

El Estado regulador en Colombia

Helena Alviar García
Everaldo Lamprea
(coordinadores)

EL ESTADO REGULADOR EN COLOMBIA

EL ESTADO REGULADOR EN COLOMBIA

Helena Alviar García
Everaldo Lamprea
(coordinadores)

El Estado regulador en Colombia / Helena Alviar García, Everaldo Lamprea (coordinadores). – Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2016.

344 páginas; 17 x 24 cm

Otros autores: Jacint Jordana, Andrés Palacios Lleras, Antonio Alejandro Barreto Moreno, Santiago Téllez Cañas, Eleonora Lozano Rodríguez, Sandra Ducón, Catalina Villegas del Castillo, Alejandro Abisambra Castillo, Sebastián Rubiano Galvis, Viviana Esteban García, Miguel Malagón Pinzón.

ISBN 978-958-774-405-7

1. Regulación del comercio – Colombia 2. Competencia económica – Colombia 3. Comisiones contraloras independientes – Colombia I. Alviar García, Helena II. Lamprea Montealegre, Everaldo III. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho

CDD 343.07

SBUA

Primera edición en español: octubre del 2016

© Helena Alviar García y Everaldo Lamprea (coordinadores)

© Jacint Jordana, Andrés Palacios Lleras, Antonio Alejandro Barreto Moreno, Santiago Téllez Cañas, Eleonora Lozano Rodríguez, Sandra Ducón, Catalina Villegas del Castillo, Alejandro Abisambra Castillo, Sebastián Rubiano Galvis, Viviana Esteban García, Miguel Malagón Pinzón

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes

Calle 19 n.º 3-10, oficina 1401

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 339 49 49, ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

infeduni@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-774-405-7

ISBN *e-book*: 978-958-774-406-4

Corrección de estilo: Catalina Rozo Tovar

Diagramación interior y de cubierta: Karina Betancur

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación

Reconocimiento como Universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964

Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia

Impresión:

Digiprint Editores S. A. S.

Calle 63 Bis n.º 70-49

Teléfono: 430 70 50

Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

Helena Alviar

Everaldo Lamprea

1

LAS AGENCIAS REGULADORAS EN AMÉRICA LATINA:

UNA PERSPECTIVA INSTITUCIONAL

Jacint Jordana

21

EL CARÁCTER “SUI GENERIS” DEL DERECHO

DE LA COMPETENCIA COLOMBIANO

Andrés Palacios Lleras

45

LA ESTRUCTURA REGULADORA DEL

SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE AGUAS,

MÁS ALLÁ DEL ENFOQUE MERCANTIL

Antonio Alejandro Barreto Moreno

75

ANÁLISIS EXPLORATORIO SOBRE LA INDEPENDENCIA

DEL SUPERVISOR FINANCIERO EN COLOMBIA

Santiago Téllez Cañas

99

REGULACIÓN ECONÓMICA DEL SECTOR DEL TRANSPORTE

EN COLOMBIA: ¿UN “CERCANO” IDEAL?

Eleonora Lozano Rodríguez

129

AGENCIA REGULADORA DE LA TELEVISIÓN EN COLOMBIA: ¿CASO DE DEBILIDAD DEL ESTADO REGULADOR? Sandra Ducón	157
EL ESTADO Y LA POLÍTICA DE LA RENOVACIÓN URBANA EN BOGOTÁ Catalina Villegas del Castillo	199
EL RÉGIMEN REGULADOR DE LA SALUD EN COLOMBIA Alejandro Abisambra Castillo Everaldo Lamprea Montealegre	229
LAS CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES (CAR) Y LA REGULACIÓN AMBIENTAL DEL TERRITORIO A PROPÓSITO DE LA DISPUTA POR EL BORDE NORTE DE BOGOTÁ Sebastián Rubiano Galvis Viviana Esteban García	261
EL ESTADO REGULADOR Y LA MISIÓN CURRIE EN COLOMBIA Miguel Malagón Pinzón	309

INTRODUCCIÓN

Helena ALVIAR*

Everaldo LAMPREA**

La regulación se ha convertido en la forma predominante de gobernanza (*governance*) del mercado en la fase actual del capitalismo global, definida por la liberalización de las economías, la privatización de las empresas públicas y la aparición de regímenes jurídicos transnacionales. Autores como Weber¹ y Kahn² ya habían destacado la importancia de la regulación, entendida ampliamente como la creación de normas, reglas y estándares para modular la conducta de individuos y firmas. Sin embargo, sólo fue a principios de los noventa del siglo XX cuando el llamado surgimiento del Estado regulador puso en evidencia el rol cada vez más central de la regulación como mecanismo de intervención en la economía y en la sociedad.

En la medida en que la regulación se convertía en el mecanismo más utilizado por los estados para gobernar el mercado, también se hacía evidente que las fallas del Estado regulador podían tener efectos nefastos no sólo en el ámbito nacional sino en el global. Hoy sabemos, por ejemplo, que las fallas en regulación que permitieron en varios países —sobre todo en los Estados Unidos— que las entidades bancarias y financieras hicieran préstamos de vivienda *subprime* a prestamistas con poca capacidad de pago y con altas posibilidades de *default* desencadenaron un fenómeno de especulación financiera que condujo, en el año 2008, a una recesión global cuyo único antecedente es la Gran Depresión de 1929. Pero las fallas del Estado regulador no sólo pueden crear las condiciones para una crisis económica global como la del 2008, sino que también pueden acelerar el crecimiento de la desigualdad³, generar incentivos para el daño ambiental⁴, fortalecer el sector financiero a costa del sector productivo de

* Profesora titular, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

** Profesor, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

¹ Max Weber, *Economy and Society*, Berkeley, University of California, 1922, 1978.

² Alfred E. Kahn, *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, Cambridge, MIT, 1970.

³ Joseph E. Stiglitz, *The Great Divide: Unequal Societies and What We Can Do About Them*, Nueva York, W. W. Norton, 2015.

⁴ Douglas A. Kysar, *Regulating From Nowhere: Environmental Law and the Search for Objectivity*, New Haven y Londres, Yale University, 2010.

la economía⁵, afectar de forma desproporcionada los intereses de las minorías vulnerables⁶, entre otros muchos efectos negativos.

La crisis económica global del 2008 mostró a entidades como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la Organización Mundial del Comercio y el Fondo Monetario Internacional —usualmente asociadas con la promoción de políticas desreguladoras— que tener estados reguladores débiles, desmontados o “capturados” es una talanquera para el crecimiento de la economía global. No sorprende, por ejemplo, que una de las recomendaciones más importantes que ha hecho la OCDE a Colombia tenga que ver con el fortalecimiento de la independencia y la experticia de sus agencias reguladoras⁷.

La creciente importancia que tiene la regulación en las agendas de políticas públicas nacionales y transnacionales se debe, en buena medida, a la rápida difusión global del modelo de Estado regulador. Como lo muestra el artículo de Jacint Jordana incluido en este libro, desde la década de los noventa se han difundido en el mundo y en América Latina agencias reguladoras encargadas de fijar las reglas del juego de importantes sectores de la economía, así como de ejercer gobernanza (*governance*) sobre el mercado y sus actores.

Colombia, desde luego, no fue ajena a este fenómeno de difusión global del Estado regulador y del capitalismo regulador. Con la Constitución de 1991 se adoptó la regulación como el mecanismo más idóneo para que el Estado interviniera en la economía y para que garantizara la prestación universal de servicios públicos. Como lo sostuvo la Corte Constitucional en el fallo C-150 del 2003 (M. P. Manuel José Cepeda):

Al margen de las controversias doctrinarias sobre el paso de un “Estado interventor” a un “Estado regulador” es claro que el Constituyente de 1991 concibió la regulación en general y la regulación de los servicios públicos en particular como un tipo de intervención estatal en la economía al cual le dedicó un capítulo especial de la Constitución, el Capítulo 5 del Título XII “Del régimen económico y de la hacienda pública”⁸.

⁵ Greta R. Krippner, *Capitalizing on Crisis: The Political Origins of the Rise of Finance*, Cambridge, Harvard University, 2012.

⁶ Lauren E. Willis, “Decisionmaking and the Limits of Disclosure: the Problem of Predatory Lending: Price”, en *Maryland Law Review*, vol. 65, n.º 3 (2006), p. 707.

⁷ OECD, *Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia: más allá de la simplificación administrativa*, OECD, 2014. Consultado en [http://www.oecd-ilibrary.org/governance/estudios-de-la-ocde-sobre-la-politica-regulatoria-en-colombia_9789264201965-es].

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-150 del 25 de febrero del 2003.

Sin embargo, casi veinticinco años después de que la Constitución adoptara la regulación como la herramienta para gobernar la economía, es poco lo que sabemos sobre la forma en que funciona, no sólo en las normas jurídicas sino también en la práctica, el Estado regulador colombiano.

Los artículos reunidos en el presente libro se proponen cerrar esa brecha en la literatura jurídica y económica con varios estudios de caso enfocados en diferentes regímenes reguladores. Cada uno aborda un sector económico particular desde una perspectiva que va mucho más allá de la descripción normativa de instituciones y agencias reguladoras.

Pero antes de entrar en materia queremos dedicar esta introducción a ahondar un poco más en el surgimiento y la difusión global del Estado regulador. Así mismo, buscaremos sintetizar qué entienden los autores que participaron en este libro por *régimen regulador*, y por qué en este proyecto se decidió adoptar dicha noción como elemento transversal a todos los artículos. Por una parte, sostendremos que el concepto de *régimen regulador* es menos amplio y ambiguo que el de *regulación*. Pero, por otra parte, mostraremos cómo la idea de *régimen regulador* es más abarcadora que la de *agencia reguladora*. Aunque las agencias reguladoras desempeñan un rol protagónico en este proyecto, los autores que contribuyen a este volumen estudiaron un número más diverso de actores e instituciones que intervienen en la regulación de sectores tales como la competencia, la salud, las finanzas, la infraestructura, el espacio público, la televisión, el medio ambiente y los servicios públicos domiciliarios, entre otros. De este modo, el mapa del Estado regulador colombiano que emerge del presente libro es mucho más rico y complejo que el que podría reflejar un texto que se enfoca sólo en las agencias reguladoras.

Por último, comentaremos algunos de los resultados de los estudios de caso. Por ejemplo, uno de los hallazgos más importantes de este proyecto es que en la mayoría de regímenes reguladores en Colombia se presenta una brecha notable entre las normas y la práctica. Por ello, los textos aquí reunidos muestran con rigor analítico la dimensión de esa brecha y sugieren además algunas alternativas para enfrentarla.

EL SURGIMIENTO DEL ESTADO REGULADOR

Durante la década de los noventa varios autores sostuvieron que las políticas de privatización que dominaron las agendas gubernamentales de países como Inglaterra y Estados Unidos no habían conducido ni a la aparición de un Estado

mínimo ni a la consolidación de economías desreguladas. Para sorpresa de muchos, la era neoliberal había dado pie a lo que Giandomenico Majone llamó el *surgimiento del Estado regulador*⁹.

En líneas generales, la aparición del Estado regulador ponía en entredicho la existencia de un Estado mínimo y respaldaba la tesis de Karl Polanyi según la cual los mercados completamente desregulados —o, en términos polanyianos, “desarraigados” de las instituciones estatales— no habían sido una realidad verificable históricamente¹⁰. Pero aunque el modelo del Estado regulador se distanciaba de la propuesta neoliberal de un mercado “desarraigado” y de un Estado mínimo, es cierto que rechazaba el rol de propietario de empresas, empleador y prestador monopólico de servicios públicos propio de los estados de bienestar¹¹.

Ante el surgimiento del Estado regulador los académicos de la época se vieron en la necesidad de crear nuevos marcos conceptuales para estudiar esta forma híbrida de organización política, ubicada en una zona de frontera entre la privatización y la intervención estatal en la economía. Al mismo tiempo, la literatura de la época empezó a explorar las variables que podrían explicar la rápida difusión del Estado regulador no sólo en Europa y Norteamérica, sino también en Latinoamérica y Asia.

El caso de Inglaterra se convirtió en la ilustración más elocuente de las interesantes paradojas del Estado regulador. En ese país, mientras el Gobierno y el Parlamento privatizaban empresas públicas de telefonía, agua, energía eléctrica, entre otros, generaban una juridificación o “polución normativa” —fenómeno que la sociología jurídica del momento consideraba propio de los estados de bienestar¹²— e instituían nuevas agencias reguladoras de servicios públicos tales como OFTEL (telefonía), OFGAS (gas), OFFER (energía eléctrica) y OFWAT (agua)¹³.

Dichas agencias no sólo contaban con grandes aparatos burocráticos sino que además se habían dotado de poderosos mecanismos para gobernar la economía e intervenir la actividad de los actores privados. Ante la aparente paradoja de un

⁹ Giandomenico Majone, “The Rise of the Regulatory State in Europe”, en *West European Politics*, vol. 17, n.º 3 (1994), pp. 77-101; Steven K. Vogel, *Freer Markets, More Rules: Regulatory Reform in Advanced Industrial Countries*, Ithaca y Londres, Cornell University, 1996.

¹⁰ Karl Polanyi, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time* (2.ª ed.), Boston, Beacon, 2001.

¹¹ Christopher Pierson, *The Modern State* (3.ª ed.), Nueva York, Routledge, 2011.

¹² Gunther Teubner, *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law. Series A*, Berlin, Walter de Gruyter, 1987.

¹³ Pierson, *op. cit.*

Estado que privatizaba empresas públicas pero que generaba fenómenos de juridificación en paralelo y creaba burocracias encargadas de regular importantes sectores de la economía, no es sorprendente que autores como Steven K. Vogel hablaran, refiriéndose a los resultados de la era neoliberal, de “la revolución desreguladora que nunca fue” (*the deregulation revolution that wasn't*)¹⁴.

Para académicos como David Levi-Faur, el surgimiento del Estado regulador a finales de la década de los ochenta fue una manifestación de la profunda transformación del sistema capitalista global que se gestó a raíz de la crisis de los estados de bienestar¹⁵. A grandes rasgos, en el modelo de capitalismo regulador descrito por Levi-Faur se presenta: (1) una nueva división del trabajo entre el Estado y la sociedad, en donde la privatización representa un rol protagónico; (2) un crecimiento de la delegación de funciones públicas a actores privados; (3) una proliferación de nuevas tecnologías de regulación, tales como las agencias reguladoras; (4) la formalización de arreglos institucionales para gobernar el mercado a través de la regulación; y (5) una importancia creciente del conocimiento experto.

Una de las características más sorprendentes del Estado regulador fue su rápida difusión mundial y regional¹⁶. Durante los últimos años se ha abierto una agenda de investigación que busca entender cómo ocurre el “contagio” entre regímenes reguladores que conduce a fenómenos de difusión global o regional del Estado regulador. ¿Cuál es la variable que explica las razones por las cuales, por ejemplo, la idea de un banco central como entidad reguladora se difundió temprano en Latinoamérica, mientras que la idea de una agencia reguladora ambiental ha tenido una difusión más limitada y tardía? ¿Se produce el “contagio” principalmente entre países o entre sectores de la economía? ¿Cuál es el rol que desempeñan los grupos de expertos y sus redes globales en la difusión de agencias reguladoras en sectores como los de las telecomunicaciones, las finanzas o la energía eléctrica? ¿Qué papel tienen entidades como el FMI, el Banco Mundial

¹⁴ Vogel, *op. cit.*

¹⁵ David Levi-Faur, “The Global Diffusion of Regulatory Capitalism”, en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 598, n.º 1 (2005), pp. 12-32.

¹⁶ Jacint Jordana, David Levi-Faur y Xavier Fernández-i-Marín, “The Global Diffusion of Regulatory Agencies: Channels of Transfer and Stages of Diffusion”, en *Comparative Political Studies*, vol. 44, n.º 10 (2011), pp. 1343-1369; Jacint Jordana y David Levi-Faur, “The Rise of Regulatory Capitalism: The Global Diffusion of a New Order”, en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 598 (2005), p. 200; R. Daniel Kelemen, *Eurolegalism: The Transformation of Law and Regulation in the European Union*, Cambridge, Harvard University, 2011; Tom Ginsburg, “Dismantling the ‘Developmental State’ Administrative Procedure Reform in Japan and Korea”, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 49, n.º 4 (2001), pp. 585-625; Fabrizio Gilardi, *Delegation in the Regulatory State: Independent Regulatory Agencies in Western Europe*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008.

o la OCDE en la difusión del Estado regulador? ¿Es la difusión del Estado regulador un fenómeno de “coerción suave” ejercida por estas entidades, las cuales logran imponer reformas reguladoras a países que dependen de créditos condicionados o que, como ocurre en la actualidad colombiana, buscan ingresar a organizaciones como la OCDE?

Estas son tan sólo algunas preguntas que preocupan a la literatura sobre la difusión del Estado regulador en el mundo y en regiones como Latinoamérica¹⁷.

REGULACIÓN Y REGÍMENES REGULADORES

Según lo muestra Levi-Faur, el término *regulación* es demasiado vago y ha recibido un sinnúmero de definiciones, muchas de ellas contradictorias entre sí¹⁸. Por ejemplo, mientras que para la literatura jurídica la regulación suele asociarse con que las instituciones o agencias estatales creen normas, para algunas vertientes de la sociología la creación de normas reguladoras no es una actividad que pueda reducirse a la actividad estatal en la medida en que la sociedad civil, los actores de mercado y las comunidades organizadas también producen regulaciones formales e informales.

Cómo consolidar una definición de *regulación* que pueda incorporar sus vertientes estatales y no-estatales ha sido un desafío constante —y elusivo— para la literatura especializada. Por ejemplo, Julia Black ha distinguido tres tipos de nociones de *regulación* en los estudios predominantes: (1) funcionalistas, (2) esencialistas y (3) convencionalistas.

Las definiciones funcionalistas enfatizan el rol que representa la regulación en una sociedad, por ejemplo, la producción de normas jurídicas para encausar el comportamiento de los individuos, la reducción del riesgo o la racionalización de los mercados¹⁹.

¹⁷ Jacint Jordana y David Levi-Faur, “The Diffusion of Regulatory Capitalism in Latin America: Sectoral and National Channels in the Making of New Order”, en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 598, n.º 1 (2005), pp. 102-124; Jacint Jordana y David Levi-Faur, “Towards a Latin American Regulatory State?: The Diffusion of Autonomous Regulatory Agencies Across Countries and Sectors”, en *International Journal of Public Administration*, vol. 29, n.º 4-6 (2006), pp. 335-366; Navroz K. Dubash y Morgan Bronwen, “Understanding the Rise of the Regulatory State in the Global South”, en *Regulation & Governance*, vol. 6, n.º 3 (2012), pp. 261-281; David Levi-Faur, “The Politics of Liberalisation: Privatisation and Regulation-for-Competition in Europe’s and Latin America’s Telecoms and Electricity Industries”, en *European Journal of Political Research*, vol. 42, n.º 5 (2003), pp. 705-740.

¹⁸ David Levi-Faur, “Regulation and Regulatory Governance”, en David Levi-Faur (ed.), *Handbook of the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 3-21.

¹⁹ Julia Black, “Critical Reflections on Regulation”, en *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 27 (2002), p. 1.

Las nociones esencialistas subrayan lo que la regulación *es*. Por ejemplo, para autores como Philip Selznick, la regulación *es* “el control sostenido y enfocado ejercitado por una agencia pública sobre actividades que son valoradas por la comunidad”²⁰. Para otros autores, la regulación no tiene una asociación directa con agencias o instituciones públicas; por el contrario, la regulación *es* “cualquier proceso o conjuntos de procesos a través de los cuales se establecen normas, se monitorea la conducta de aquellos actores que son los sujetos de las normas y se controla la conducta de los actores regulados”²¹.

Finalmente, las nociones convencionalistas se decantan por aquello que en la práctica de una comunidad se considera regulación. De este modo, para definir *regulación* en Colombia no habría que recurrir a la literatura académica o al derecho en los libros (leyes, decretos, circulares), sino que se debería atender a la forma como los actores reguladores y regulados entienden y practican la regulación.

Por esta proliferación conceptual, autores como Levi-Faur buscan ofrecer una noción integrada de *regulación* que refleje la diversidad de las aproximaciones descritas. Así, para este autor regulación *es* “la legalización burocrática de reglas prescriptivas y el monitoreo y aplicación de dichas reglas por parte de actores sociales, políticos y de mercado”²². Según Levi-Faur, las reglas formuladas directamente por el legislador o por las cortes no constituyen regulación; sólo aquellas producidas por agencias o instituciones dentro de la rama ejecutiva pueden serlo. Sin embargo, tanto el legislador como las cortes, así como la sociedad civil y los actores de mercado, pueden intervenir en la fase de monitoreo e implementación de las normas reguladoras creadas por la burocracia del Ejecutivo.

Aun definiciones integradas como la de Levi-Faur no logran capturar la complejidad y el dinamismo de la actividad reguladora en un país o en un sector económico determinado. Por tal razón, un porcentaje cada vez más importante de la literatura tiende a favorecer la noción de *régimen regulador*.

En pocas palabras, un régimen regulador está compuesto por “las normas, los mecanismos de toma de decisión y la red de actores que están involucrados en la actividad regulatoria”²³.

²⁰ Philip Selznick, “Focusing Organizational Research on Regulation”, en Roger G. Noll (ed.), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley, University of California Press, 1985, pp. 363-364.

²¹ Colin Scott, “Analysing Regulatory Space: Fragmented Resources and Institutional Design”, *Public Law*, vol. 169 (2001), p. 283.

²² Levi-Faur, “Regulation and Regulatory Governance”, *cit.*, p. 6.

²³ Marc Allen Eisner, *Regulatory Politics in Transition: Interpreting American Politics*, Baltimore, The Johns Hopkins University, 1993; Daniel Drezner, *All Politics Is Global: Explaining International Regulatory Regimes*, Princeton, Princeton University, 2007.

La idea de *régimen regulador* permite evadir muchos de los obstáculos que enfrentan las tradicionales definiciones funcionalistas, esencialistas y convencionalistas de la regulación. Así, al afirmar que un régimen regulador está compuesto por normas, se incluirían todo tipo de reglas formales (leyes, decretos, sentencias judiciales) e informales (convenciones y prácticas sociales o de mercado) que pueden constituir una regulación determinada. Por otra parte, al sostener que un régimen regulador está compuesto también por mecanismos de toma de decisión, no se circunscribe la actividad reguladora sólo a las agencias reguladoras, administrativas o ejecutivas, sino que se abre la noción de *regulación* a otro tipo de actores, como las cortes, las juntas directivas público-privadas y otro tipo de organizaciones con raíces en la sociedad civil. Finalmente, al hablar de redes de actores se evita jerarquizar a los sujetos que intervienen en la actividad reguladora. De este modo, una Corte Constitucional como la colombiana puede ser un actor tan relevante en la producción de normas reguladoras como un ministerio o una agencia reguladora. De hecho, tal ha sido el caso en sectores como la salud²⁴ o la seguridad social de la población desplazada²⁵.

EL ESTADO REGULADOR EN COLOMBIA: LA BRECHA ENTRE LAS NORMAS Y LA PRÁCTICA

Estudiar regímenes reguladores en Colombia supone afrontar un número importante de retos. Uno de ellos es la profusión de normas, instituciones, agencias y actores privados y públicos involucrados en los procesos reguladores. Piénsese, por ejemplo, en el complejo ciclo regulador que tiene que activarse en el país, en los departamentos y en los municipios para garantizar la cobertura universal del sistema de salud, proveer agua potable a los habitantes de una ciudad o expedir licencias ambientales en todo el territorio nacional. Describir intervenciones reguladoras de esa envergadura constituye un reto enorme no sólo porque nos exige dominar el complejo mapa institucional del Estado colombiano, sino porque también nos obliga a conocer sectores de la economía con sus propias redes de actores, instituciones y relaciones de economía política.

Otra dificultad que enfrenta un libro como éste es que los regímenes reguladores en nuestro país son muy inestables. Un ejemplo de esa fragilidad institucional lo ofrece el sector del transporte, estudiado en el artículo de Eleonora Lozano.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-760 del 31 de julio del 2008.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-025 del 22 de enero del 2004.

La autora muestra cómo la vida de la Comisión de Regulación del Transporte (CRTR), creada por el Decreto 101 del 2000 con facultades para promover la competencia entre empresas y operadores del servicio público de transporte, fue de apenas tres años. En el 2003 el Decreto 2053 derogó la CRTR y trasladó algunas de sus facultades reguladoras a la Oficina de Regulación Económica del Ministerio de Transporte. No obstante, esta oficina fue a su vez derogada por la Ley 1682 del 2013 y por el Decreto 947 del 2014, los cuales crearon la Comisión de Regulación de Infraestructura y Transporte (CRIT). Como lo muestra Lozano en su artículo, subsisten dudas sobre la vocación de permanencia de la CRIT en tanto agencia reguladora experta y autónoma.

A unos resultados similares a los de Lozano llega Santiago Téllez, quien explora en su artículo el régimen regulador financiero en Colombia. Un ejemplo contundente de la inestabilidad de este régimen, argumenta Téllez, puede encontrarse en el tiempo promedio de permanencia de los superintendentes financieros—inferior a dos años—y en la débil malla de protección judicial y disciplinaria con la que cuentan los funcionarios de la Superintendencia cuando cometen errores de buena fe en su actividad reguladora. Para citar sólo un ejemplo, la desproporcionada sanción impuesta en el 2013 por la Procuraduría al superintendente Gerardo Hernández pone de presente la vulnerabilidad de la Superintendencia ante órganos de control con agendas políticas encubiertas. Pero tal vez la característica más relevante de la fragilidad del régimen regulador financiero en Colombia es la poca autonomía e independencia de la Superintendencia cuando actúa en casos muy politizados, como el de Interbolsa o las pirámides de DMG, tal como lo muestra Téllez en su texto.

Otro ejemplo de la fugacidad y debilidad del Estado regulador colombiano es el sistema de salud, analizado en este libro por Everaldo Lamprea y Alejandro Abisambra. Desde 1993, cuando la Ley 100 reestructuró el sistema de salud colombiano, se han sucedido una serie de reformas de mayor y menor alcance que crearon instituciones y agencias reguladoras cuya vida activa ha sido sorprendentemente corta. Tal es el caso de la agencia que está a cargo de regular aspectos estructurales del sistema de salud colombiano. Mientras el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud tuvo una vigencia de menos de quince años (1993-2007), la entidad reguladora que lo reemplazó, la Comisión de Regulación en Salud, funcionó durante apenas siete (2007-2014). Las oleadas de reformas al sistema de salud se suceden una detrás de otra, sin que parezcan responder a un plan estructural para fortalecer la capacidad técnica y la independencia de las agencias reguladoras encargadas de gobernar el sistema de salud.

La inestabilidad de los regímenes reguladores en Colombia hace que los expertos vean desaparecer sus objetos de estudio con una frecuencia alarmante. Esto lo muestra la mayoría de estudios reunidos en este libro. En sectores como el de la televisión, analizado en este texto por Sandra Ducón, la situación de inestabilidad pareciera ser tan crítica como la descrita para los regímenes reguladores del transporte (Lozano) y la salud (Lamprea y Abisambra). En su texto, Ducón muestra cómo la eliminación de la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), una agencia reguladora aquejada por problemas de “captura” por el Gobierno y los grandes grupos económicos, no dio pie al surgimiento de una nueva agencia más autónoma y experta, sino que por el contrario condujo a la creación de un confuso arreglo institucional que no resuelve las necesidades reguladoras de este importante sector económico. En otras palabras, Ducón muestra cómo los diseñadores de políticas públicas no aprovecharon la desaparición de la CNTV para instituir una agencia reguladora independiente, especializada y refractaria a la “captura” por grupos de interés económicos y políticos. Así como lo muestra Eleonora Lozano para el sector del transporte, Ducón deja planteadas muchas dudas sobre el más reciente arreglo institucional para la regulación de la televisión en Colombia.

Las constantes reformas a los regímenes reguladores en Colombia y la creación de nuevas agencias con funciones traslapadas, y hasta contradictorias, han llevado a que la actividad reguladora en Colombia sea muy confusa. No es sorprendente que incluso los especialistas tengan dificultades al momento de explicar cuáles son las verdaderas facultades de las agencias reguladoras en sectores tan cambiantes y polimórficos como el ambiental, analizado en este libro por Sebastián Rubiano y Viviana Esteban. Como lo argumentan estos autores, el Sistema Nacional Ambiental constituye un régimen policéntrico, descentralizado y con participación de actores privados. En su texto, Rubiano y Esteban muestran cómo las facultades para regular el territorio asignadas a las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) por la Ley 99 de 1993 muchas veces están traslapadas con las de los Municipios o, como lo demuestran con detalle en su estudio de caso, con las del Distrito Capital. Aunque el texto de Rubiano y Esteban provee evidencia sobre cómo la CAR de Cundinamarca logró defender ecosistemas amenazados por la expansión urbana de Bogotá y por el Plan de Ordenamiento Territorial de la alcaldía de Enrique Peñalosa —el cual proponía la urbanización de humedales y rondas de ríos en el borde norte de la ciudad—, también señala cómo progresivamente los intereses del Distrito y del Gobierno nacional terminaron por imponerse a la autonomía técnica de la CAR.

A partir de la brecha entre las normas y las prácticas del Estado regulador colombiano, los expertos tienen que hacer esfuerzos para conciliar la literatura global sobre agencias reguladoras con la realidad local. Como lo argumenta Miguel Malagón con referencia al devenir del Estado regulador en Colombia tras las recomendaciones de la Misión Currie, es difícil encontrar agencias reguladoras con las características de autonomía y experticia comunes a algunas tradiciones como la angloamericana, desde la cual Currie hacía sus recomendaciones a los diseñadores de políticas públicas colombianos. Según Malagón y los demás autores que contribuyen a este volumen, lo que en apariencia es —en el texto de una ley o un decreto— una agencia reguladora independiente es en la práctica una entidad que tiene una fuerte influencia del Gobierno central o de los actores regulados. De este modo, las definiciones clásicas de lo que es una agencia reguladora deben flexibilizarse para que tengan algún poder descriptivo en el caso de los regímenes reguladores colombianos.

Ese es precisamente el ejercicio que realiza Catalina Villegas en su artículo, en el cual propone una reinterpretación de la Secretaría Distrital de Planeación y de la Empresa de Renovación Urbana de Bogotá como agencias reguladoras a cargo de diseñar y ejecutar la política de renovación urbana de Bogotá. Una de las conclusiones que se puede obtener del artículo de Villegas es que el régimen regulador de la renovación urbana en Colombia tiene un carácter *sui generis*, el cual sólo se puede describir desde una perspectiva empírica, capaz de incorporar las peculiaridades de un arreglo institucional en donde participan no sólo el Estado sino las comunidades organizadas y el sector privado.

A una conclusión similar llega Andrés Palacios, quien en su artículo ofrece una interesante ilustración del carácter híbrido del Estado regulador en Colombia. Palacios argumenta que se debe estudiar la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) no como un sucedáneo de las tradiciones reguladoras europeas o estadounidenses, sino como el resultado de la hibridación y la experimentación local en torno a la forma en la que se debe regular la competencia. Palacios nos invita a utilizar de manera creativa las herramientas del derecho comparado para entender la historia y el devenir del régimen regulador de la competencia en Colombia.

En su artículo, Antonio Alejandro Barreto Moreno aporta una ilustración adicional del carácter híbrido de la SIC, esta vez desde la perspectiva de la regulación del servicio público domiciliario de agua. Barreto muestra cómo la regulación de la SIC de la venta de agua es indicativa de la mercantilización de un bien —el agua—

que más que una mercancía transable es un derecho fundamental de los ciudadanos, tal como lo ha hecho explícito la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Este texto promueve además una nueva aproximación reguladora que tenga en cuenta el carácter de derecho fundamental, bien público y patrimonio ecológico del agua.

EL FUTURO DEL ESTADO REGULADOR EN COLOMBIA

Un reciente estudio realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos concluye que aunque desde 1991 Colombia ha realizado grandes esfuerzos para consolidar su Estado regulador, subsisten obstáculos sustanciales que han tenido un impacto negativo en la calidad reguladora en muchos sectores²⁶.

Los artículos reunidos en este libro comparten ese hallazgo de la OCDE. Sin embargo, los autores que formaron parte de este proyecto no proponen que la crisis del Estado regulador colombiano se solucione con trasplantes directos de “buenas prácticas” reguladoras desarrolladas en otros países y avalados por organizaciones como la OCDE. Por el contrario, los artículos del libro sugieren que antes de ofrecer fórmulas y soluciones debemos entender, por medio de análisis contextuales capaces de reflejar las particularidades de los regímenes reguladores locales, la dimensión de la crisis del Estado regulador en Colombia.

Como los lectores de este libro comprobarán al acercarse a cada uno de estos textos, los regímenes reguladores estudiados tienen trayectorias históricas distintas, redes de actores propias y fenómenos de economía política particulares. Por tal razón, la estrategia que puede servir en un régimen regulador para fortalecer la independencia de una agencia o blindar a los reguladores frente a la “captura” por intereses económicos o políticos, en otro puede resultar inocua o hasta contraproducente.

No obstante, creemos que de los textos reunidos en este libro se desprenden algunas lecciones que el diseñador de políticas públicas puede tener en cuenta al momento de avanzar hacia un fortalecimiento del Estado regulador en Colombia.

Un primer paso que puede dar el diseñador de políticas públicas es identificar los factores que explican la “captura” de las agencias reguladoras por intereses gubernamentales o privados. Los fenómenos de “captura” no son nuevos ni

²⁶ OCDE, *op. cit.*

exclusivos de Colombia. Por el contrario, actualmente se cuenta con una amplia literatura que muestra cómo mientras algunas agencias reguladoras son “capturadas” por los políticos o por grupos de interés empresariales, otras logran resistir esos intentos de toma²⁷. Las preguntas que se debería hacer el diseñador de políticas públicas local son las siguientes: ¿cómo se explica que mientras algunas agencias reguladoras hayan sido capturadas por grupos de interés políticos o económicos, otras hayan sido más refractarias a la toma?, ¿se debe buscar la explicación en el sector de la economía, en las redes de expertos nacionales o internacionales, en los recursos económicos que se mueven en esa área o en la injerencia del Ejecutivo en el nombramiento de los altos cargos de regulación?

Los artículos reunidos en este volumen muestran cómo el Ejecutivo ha “capturado” agencias reguladoras que, en la práctica —y no sólo en las normas—, deberían ser mucho más independientes. Esta “captura” impide que las agencias actúen de manera autónoma y tengan capacidad para imponer criterios técnicos sobre intereses políticos. En algunos casos este fenómeno se puede deber a un mal diseño institucional en el cual, por ejemplo, el Ejecutivo tiene una influencia desmedida en las decisiones de la agencia reguladora ya que cuenta con voz, voto y poder de veto. Los periodos de los cargos directivos de las agencias reguladoras también tienen un papel importante, así como las cualificaciones exigidas para llegar a tales cargos. En otros casos, la “captura” de las agencias reguladoras se facilita ya que el presidente tiene la libertad de nombrar y destituir a las cabezas visibles de estas entidades.

Reducir o eliminar la “captura” de las agencias reguladoras requiere, en la mayoría de los casos, voluntad política por parte del Ejecutivo y del Legislativo. Desde una perspectiva de actor racional o de *public choice*, es poco probable que el presidente decida renunciar a su influencia en una superintendencia o agencia reguladora, pero es factible que incentivos externos, como pueden ser las exigencias de regulación de la OCDE para que Colombia pueda formar parte de este “club de buenas prácticas”, sean los motores que lleven al Ejecutivo a plantear reformas que aumenten la independencia de las agencias reguladoras a costa de su actual poder en dichas instituciones. Consideramos que ésta variable se debe tener en cuenta sólo si la OCDE ejerce presión sustancial sobre el

²⁷ Marver Bernstein, *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton, Princeton University, 1955; Daniel Carpenter, “Protection without Capture: Product Approval by a Politically Responsive, Learning Regulator”, en *American Political Science Review*, vol. 98, n.º 4 (2004), pp. 613-631; Steven P. Croley, “Beyond Capture: Towards a New Theory of Regulation”, en David Levi-Faur (ed.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 50-69.

diseñador de políticas públicas colombiano para que fortalezca los regímenes reguladores locales. Esto se presentaría si, por ejemplo, la OCDE condiciona el ingreso de Colombia a que el Ejecutivo movilice recursos políticos y económicos para fortalecer la independencia y capacidad técnica de las agencias reguladoras. De lo contrario, es poco probable que la OCDE sirva como un motor para la reforma del Estado regulador colombiano.

Pero independientemente del origen del incentivo —interno o externo— no cabe duda de que las políticas públicas orientadas a reducir la “captura” de las agencias reguladoras por el Ejecutivo son indispensables para fortalecer el Estado regulador en Colombia. Si esto no ocurre, continuaremos teniendo agencias reguladoras que son poco menos que extensiones del poder ejecutivo, en lugar de entidades autónomas que pueden imponer su experticia por encima de los intereses electorales o clientelistas de los políticos de turno.

Debido a la naturaleza híbrida del Estado regulador, la independencia de las agencias reguladoras en Colombia no sólo se ve amenazada por la influencia del Ejecutivo y de los políticos, sino también por la injerencia de los intereses económicos de actores privados. En ocasiones, esta “captura” privada del Estado regulador se facilita por la baja capacidad institucional, técnica y presupuestal de las agencias reguladoras, o por los confusos arreglos institucionales en donde coexisten dos o hasta tres agencias con funciones y mandatos traslapados. En otros casos, los “libres” nombramientos presidenciales de las cabezas de las entidades reguladoras, las bajas cualificaciones profesionales que se exigen para llegar a esos cargos, la constante inestabilidad laboral de los directivos debido a los poderes de remoción que tiene el presidente o la misma fugacidad de los periodos de superintendentes y directores de agencias reguladoras, entre otras muchas variables, facilitan que los reguladores sean “capturados” por grupos de interés y sectores empresariales que cuentan con suficientes recursos para hacer un *lobby* sofisticado y efectivo ante el Ejecutivo, el Legislativo y las mismas agencias reguladoras. Además, varias actuaciones de entidades de control como la Procuraduría y la Contraloría han afectado la independencia y autonomía técnica de las agencias reguladoras en Colombia frente a los grupos de interés privados. En muchas ocasiones, una intervención reguladora de buena fe, pero controversial desde un punto de vista técnico —actuaciones que pueden ser debatibles en foros distintos al judicial o al disciplinario—, ha terminado en draconianas investigaciones y sanciones a funcionarios de agencias reguladoras impuestas por la Contraloría y la Procuraduría. La fragilidad y vulnerabilidad jurídicas de los cargos directivos de las agencias reguladoras en Colombia minan

aún más la independencia y autonomía de estas entidades frente a poderosos grupos de interés económico.

Por otra parte, los artículos de este libro sugieren que los regímenes reguladores en Colombia han sido víctimas de un experimentalismo institucional que más que solucionar la crisis del Estado regulador la ha profundizado. Este experimentalismo se ha materializado en oleadas de reformas, supresión y creación de agencias reguladoras, redefinición de funciones y traspaso de facultades de una entidad a otra, entre muchos otros fenómenos; y ha llevado, por ejemplo, a que las instituciones reguladoras en Colombia tengan una vida dramáticamente corta.

El experimentalismo institucional que ha profundizado la crisis del Estado regulador colombiano puede explicarse por medio de, al menos, dos hipótesis. La primera sostiene que la constante transformación de los arreglos institucionales del Estado regulador colombiano se debe a la búsqueda, por parte del Gobierno y el Congreso, de agencias y regímenes reguladores cada vez más independientes y expertos. Pero desde una segunda perspectiva —menos optimista—, el experimentalismo institucional al que el Ejecutivo y el Legislativo han sometido al Estado regulador colombiano se debe a intereses políticos y clientelistas coyunturales, o a cambiantes agendas políticas que no permiten proyectar el Estado regulador colombiano a mediano y a largo plazo. La evidencia reunida en este libro indica, lamentablemente, que la hipótesis más fuerte es la segunda.

Como ya lo mencionábamos en esta introducción, el objetivo de este libro no es proponer soluciones inmediatas para la crisis del Estado regulador local. Tal es precisamente el enfoque del documento de la OCDE en materia reguladora, el cual insiste, por ejemplo, en la creación de una megaagencia reguladora inspirada en la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios estadounidense (OIRA, por su sigla en inglés). Esta nueva agencia, la cual se encargaría de coordinar y sistematizar toda la regulación que se produce en el país, fortalecería —según la OCDE— la regulación en Colombia y reduciría la “tramitomanía” que, según el análisis de esta organización internacional, es uno de los efectos más notables del Estado regulador colombiano. Sin embargo, como lo muestra el libro de Cass Sunstein²⁸, actualmente profesor en Harvard y quien además fue director de la OIRA durante el primer periodo de Obama, ésta es una agencia que depende en su totalidad de la presidencia y responde a las necesidades reguladoras de una forma de Estado —estadounidense— fuertemente idiosincrática y

²⁸ Cass R. Sunstein, *Simpler: The Future of Government*, Nueva York, Simon & Schuster, 2013.

difícilmente asimilable por el Estado colombiano. Es poco probable, pues, que el trasplante directo de la OIRA a Colombia reporte los efectos previstos por la OCDE en materia de autonomía, incremento de capacidad estatal, coherencia y sistematización de la regulación.

No queremos terminar esta introducción sin insistir en la convicción que nos llevó a emprender este proyecto: para fortalecer la capacidad institucional del Estado regulador colombiano debemos reflexionar primero sobre lo que significa *regular* en nuestro contexto. Aunque resulte paradójico, con meritorias excepciones, el derecho administrativo local —todavía muy influido por teorías del Estado que insisten en la división clásica del poder público— no se ha propuesto explorar las características del Estado regulador colombiano. ¿De qué hablamos cuando hablamos de regulación en Colombia? Esta es una pregunta que la academia jurídica local está en mora de responder, no sólo con estudios basados en análisis de normas, sino a partir de un enfoque contextual y empírico que nos permita entender cómo funcionan los regímenes reguladores en la práctica y no sólo en la ley. Creemos que este libro es un primer paso en esa dirección.

REFERENCIAS

- Bernstein, Marver, *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton, Princeton University, 1955.
- Black, Julia, “Critical Reflections on Regulation”, en *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 27 (2002).
- Carpenter, Daniel, “Protection without Capture: Product Approval by a Politically Responsive, Learning Regulator”, en *American Political Science Review*, vol. 98, n.º 4 (2004).
- Corte Constitucional, Sentencia T-025 del 22 de enero del 2004.
- Corte Constitucional, Sentencia C-150 del 25 de febrero del 2003.
- Corte Constitucional, Sentencia T-760 del 31 de julio del 2008.
- Croley, Steven P., “Beyond Capture: Towards a New Theory of Regulation”, en David Levi-Faur (ed.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011.

- Drezner, Daniel, *All Politics Is Global: Explaining International Regulatory Regimes*, Princeton, Princeton University, 2007.
- Dubash, Navroz K. y Morgan Bronwen, “Understanding the Rise of the Regulatory State in the Global South”, en *Regulation & Governance*, vol. 6, n.º 3 (2012).
- Eisner, Marc Allen, *Regulatory Politics in Transition: Interpreting American Politics*, Baltimore, The Johns Hopkins University, 1993.
- Gilardi, Fabrizio, *Delegation in the Regulatory State: Independent Regulatory Agencies in Western Europe*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008.
- Ginsburg, Tom, “Dismantling the ‘Developmental State’ Administrative Procedure Reform in Japan and Korea”, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 49, n.º 4 (2001).
- Jordana, Jacint y David Levi-Faur, “The Diffusion of Regulatory Capitalism in Latin America: Sectorial and National Channels in the Making of New Order”, en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 598, n.º 1 (2005).
- Jordana, Jacint y David Levi-Faur, “The Rise of Regulatory Capitalism: The Global Diffusion of a New Order”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 598 (2005).
- Jordana, Jacint y David Levi-Faur, “Towards a Latin American Regulatory State?: The Diffusion of Autonomous Regulatory Agencies Across Countries and Sectors”, en *International Journal of Public Administration*, vol. 29, n.º 4-6 (2006).
- Jordana, Jacint, David Levi-Faur y Xavier Fernández-i-Marín, “The Global Diffusion of Regulatory Agencies: Channels of Transfer and Stages of Diffusion”, en *Comparative Political Studies*, vol. 44, n.º 10 (2011).
- Kahn, Alfred E., *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, Cambridge, MIT, 1970.
- Kelemen, R. Daniel, *Eurolegalism: The Transformation of Law and Regulation in the European Union*, Cambridge, Harvard University, 2011.
- Krippner, Greta R., *Capitalizing on Crisis: The Political Origins of the Rise of Finance*, Cambridge, Harvard University, 2012.

- Kysar, Douglas A., *Regulating From Nowhere: Environmental Law and the Search for Objectivity*, New Haven y Londres, Yale University, 2010.
- Levi-Faur, David, “Regulation and Regulatory Governance”, en David Levi-Faur (ed.), *Handbook of the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 3-21.
- Levi-Faur, David, “The Global Diffusion of Regulatory Capitalism”, en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 598, n.º 1 (2005).
- Levi-Faur, David, “The Politics of Liberalisation: Privatisation and Regulation-for-Competition in Europe’s and Latin America’s Telecoms and Electricity Industries”, en *European Journal of Political Research*, vol. 42, n.º 5 (2003).
- Majone, Giandomenico, “The Rise of the Regulatory State in Europe”, en *West European Politics*, vol. 17, n.º 3 (1994).
- OECD, *Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia: más allá de la simplificación administrativa*, OECD, 2014. Consultado en [http://www.oecd-ilibrary.org/governance/estudios-de-la-ocde-sobre-la-politica-regulatoria-en-colombia_9789264201965-es].
- Pierson, Christopher, *The Modern State* (3.ª ed.), Nueva York, Routledge, 2011.
- Polanyi, Karl, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time* (2.ª ed.), Boston, Beacon, 2001.
- Scott, Colin, “Analysing Regulatory Space: Fragmented Resources and Institutional Design”, en *Public Law*, vol. 169 (2001).
- Selznick, Philip, “Focusing Organizational Research on Regulation”, en Roger G. Noll (ed.), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley, University of California, 1985.
- Stiglitz, Joseph E., *The Great Divide: Unequal Societies and What We Can Do About Them*, Nueva York, W. W. Norton, 2015.
- Sunstein, Cass R., *Simpler: The Future of Government*, Nueva York, Simon & Schuster, 2013.

Teubner, Gunther, *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law. Series A*, Berlin, Walter de Gruyter, 1987.

The White House, *Office of Information and Regulatory Affairs*, EE. UU. Consultado en [<https://www.whitehouse.gov/omb/oir>].

Vogel, Steven K., *Freer Markets, More Rules: Regulatory Reform in Advanced Industrial Countries*, Ithaca y Londres, Cornell University, 1996.

Weber, Max, *Economy and Society*, Berkeley, University of California, 1922, 1978.

Willis, Lauren E., “Decisionmaking and the Limits of Disclosure: the Problem of Predatory Lending: Price”, en *Maryland Law Review*, vol. 65, n.º 3 (2006).

LAS AGENCIAS REGULADORAS EN AMÉRICA LATINA: UNA PERSPECTIVA INSTITUCIONAL

Jacint JORDANA*

INTRODUCCIÓN

En los años noventa, el modelo de agencia reguladora se expandió en América Latina por un extenso proceso de difusión a través de múltiples sectores y llegó prácticamente a todos los países de la región. Aunque se trató en buena parte de un proceso de difusión institucional, su dinámica formaba parte de un proceso más general de reforma del Estado y de transformación de las políticas públicas que estaba en marcha en muchos de esos países en aquellos años¹. En este artículo repasamos brevemente este proceso y nos concentramos en examinar los principales retos que han afrontado las agencias reguladoras en América Latina después de su creación, una vez superadas las fases iniciales de su establecimiento, acumulada una cierta experiencia práctica e introducidos los ajustes organizativos que en su caso fueron necesarios para desarrollar de forma más efectiva sus actividades de regulación. Argumentamos también que tales ajustes fueron en buena parte consecuencia de nuevos procesos de difusión que formaron parte del aprendizaje institucional sobre el Estado regulador² en distintos países, llevándolo a una escala regional.

A lo largo del artículo destacamos tres grandes retos de la consolidación del Estado regulador en América Latina. En primer lugar, el encaje político-institucional

* Jacint Jordana es catedrático de Ciencia Política y de la Administración en la Universitat Pompeu Fabra; licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales (1987) y doctor en Ciencias Económicas por la Universitat de Barcelona (1992); profesor visitante en la Australian National University, Wissenschafts Zentrum Berlin, la Copenhagen Business School y la Ludwig-Maximilians-Universität de München, entre otras. Actualmente dirige el Institut Barcelona d'Estudis Internacionals, instituto interuniversitario de investigación establecido en el año 2004. Su área de investigación principal es el análisis de las políticas públicas comparadas, con una atención especial en las políticas de regulación y sus instituciones especializadas. Una de sus principales líneas de trabajo es el análisis de las instituciones reguladoras en América Latina, con el propósito de analizar el impacto del marco político-institucional dominante en los países de la región sobre el rendimiento de cuentas y el funcionamiento de las agencias de regulación. Entre sus publicaciones se incluyen los libros *Accountability and Regulatory Governance*, Palgrave Macmillan, 2014, editado junto a Andrea C. Bianculli y Xavier Fernández-i-Marín. Entre el 2005 y el 2010 fue corresponsable del Standing Group del European Consortium for Political Research sobre gobernanza de la regulación.

¹ Jacint Jordana y David Levi-Faur, "The Diffusion of Regulatory Capitalism in Latin America: Sectoral and National Channels in the Making of New Order", en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 598, n.º 1 (2005), pp. 102-124.

² Giandomenico Majone y Antonio la Spina, "El Estado Regulador", en *Gestión y Política Pública*, vol. 2, n.º 2 (1993), pp. 197-261.

de las agencias reguladoras con los distintos poderes del Estado. Las agencias se establecieron en un paisaje maduro, donde ya existían muchas otras instituciones públicas y todo tipo de estructuras políticas y administrativas. Ello implicaba necesariamente su adaptación a las características existentes en cada país, incluyendo el marco constitucional, para funcionar de forma efectiva y contribuir al desarrollo de aquéllos³. En segundo lugar, encontramos el reto de la gobernanza de la regulación, o la forma de gestionar el capitalismo regulador⁴. Nos preguntamos en qué medida las agencias fueron capaces de encontrar su lugar y establecer su agenda en arenas de políticas públicas ya muy pobladas de organismos gubernamentales, grupos empresariales privados, organizaciones sociales, entre otros actores, con voz e influencia en los procesos de decisión relativos a las políticas de regulación. Por último, en tercer lugar planteamos el papel de las agencias en la relación entre la regulación territorial (estados) y las redes de gobernanza regional o global, generalmente de carácter sectorial⁵. La expansión de actores transnacionales públicos y privados, y el fuerte peso de las empresas multinacionales en los mercados regulados (en especial después de las privatizaciones) han creado nuevas dinámicas en las políticas de regulación, donde los tradicionales espacios nacionales se interrelacionan con los procesos transnacionales de regulación y las agencias juegan un papel clave como intermediarias⁶.

Con el propósito de contribuir a la reflexión sobre los mencionados retos, el artículo se organiza en tres secciones y unas conclusiones finales. La primera sección plantea una reflexión sobre las características “ideales” de las agencias reguladoras, acompañadas de elementos de referencia normativos para la discusión posterior. La siguiente sección está dedicada a identificar el desarrollo y la difusión de las agencias reguladoras en América Latina, especialmente durante los años noventa, a partir de la discusión sobre cuáles fueron las influencias

³ Alejandro Portes y Lori D. Smith, “Institutions and Development in Latin America: A Comparative Analysis”, en *Studies in Comparative International Development*, vol. 43, n.º 2 (2008), pp. 101-128.

⁴ David Levi-Faur, “Regulation and Regulatory Governance”, en David Levi-Faur (ed.), *Handbook of the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 3-21; John Braithwaite, *Regulatory Capitalism: How it Works, Ideas for Making it Work Better*, Northampton, Edward Elgar, 2008.

⁵ Sanford Berg y Jacqueline Horrall, “Networks of Regulatory Agencies as Regional Public Goods”, en *Review of International Organizations*, vol. 3, n.º 2 (2008), pp. 179-200; David Levi-Faur, “Regulatory Networks and Regulatory Agencification: Toward a Single European Regulatory Space”, en *Journal of European Public Policy*, vol. 18, n.º 6 (2011), pp. 810-829.

⁶ Jacint Jordana y David Levi-Faur, “Regional Integration and Transnational Regulatory Regimes: The Polycentric Architecture of Governance in Latin American Telecommunications”, en Laszlo Bruszt y Gerald A. McDermott (eds.), *Leveling the Playing Field. Transnational Regulatory Integration and Development*, Oxford, Oxford University, 2014; Andrea Bianculli, Jacint Jordana y Ana G. Juanatey, “International Networks as Drivers of Agency Independence: The Case of the Spanish Nuclear Safety Council”, en *Administration and Society* (2015). Consultado en [http://aas.sagepub.com/content/early/2015/04/30/0095399715581034.abstract].

externas e internas más relevantes. La tercera sección trata de las características institucionales de las agencias en América Latina que permiten reconocer sus particularidades en relación con otras áreas, en especial por el peso de los regímenes presidencialistas que caracterizan a los países de la región. Por último, y una vez planteada con detalle la situación, en las conclusiones se recupera el debate sobre la consolidación del Estado regulador en América Latina.

I. El modelo “ideal” de agencia reguladora independiente

Aunque no existe un modelo único de agencia reguladora y, de hecho, podemos observar muchas variaciones en distintos sectores y países⁷, sí es posible plantearnos el ejercicio conceptual de identificar la combinación “ideal” de características institucionales y organizativas que hacen a una agencia reguladora especialmente adecuada para cumplir sus tareas.

En primer lugar, esperamos que una agencia reguladora independiente disponga de un mandato en cuanto a sus objetivos de políticas públicas, con una suficiente base legal y con claridad sobre los términos de su responsabilidad. En este sentido, es importante entender que una agencia no puede suplantar las tareas de un ministerio o todo un ámbito de acción gubernamental, ni debería ser éste su objetivo. Una agencia recibe una delegación de responsabilidad para resolver algunos problemas económicos o sociales dentro del marco de las políticas públicas existentes en un sector, y no podemos esperar que ésta defina por sí misma los objetivos de las políticas, pues esta tarea corresponde a poderes públicos con una mayor base de legitimación política, bien sea el Parlamento o la rama ejecutiva⁸.

En segundo lugar, para llevar a cabo sus tareas, cabe esperar que una agencia reguladora disponga de un conjunto de atribuciones adecuado a la complejidad de los problemas que afronta. En este sentido, la singularidad de una agencia reguladora, en relación con otros tipos de agencias y entes públicos, se encuentra en su capacidad para articular una microintegración de poderes en sus actuaciones. De hecho, para realizar sus funciones, una agencia reguladora debe integrar tareas que combinan características legislativas, administrativas y jurisdiccionales. En concreto, una agencia debe poder emitir legislación secundaria en el ámbito

⁷ Andrea Bianculli, Xavier Fernández-i-Marín y Jacint Jordana, “The World of Regulatory Agencies: Institutional Varieties and Administrative Traditions”, en *Jerusalem Papers in Regulation & Governance*, Working Paper n.º 58 (2013).

⁸ Tom Christensen y Per Laegreid, *Autonomy and Regulation: Coping with Agencies in the Modern State*, Northampton, Edward Elgar, 2006.

de su responsabilidad, derivada de su mandato legal; también debe poder aplicar e interpretar la ley cuando ésta se lo indica, y ejercer una función ejecutiva con capacidad de control y supervisión del cumplimiento de las normas. Así mismo, una agencia reguladora debe poder dirimir controversias entre particulares, adelantarse a potenciales problemas de asignación de recursos escasos y resolver conflictos entre los particulares sobre aquéllos, ejerciendo un cierto grado de poder adjudicatario. Todo ello, sin desmerecer el marco de control jurisdiccional de una agencia reguladora, que debería estar muy bien definido para evitar que su capacidad de dirimir controversias se convierta en un continuo campo de batalla legal que absorba las energías de la agencia e impida a ésta imponer sus decisiones a los actores implicados.

La integración de poderes en una agencia reguladora se justifica únicamente por la complejidad de los problemas de políticas públicas que tiene el encargo de afrontar y resolver. Nos referimos a problemas que requieren un sofisticado conocimiento científico y técnico para que las intervenciones públicas sean efectivas, así como una intensa capacidad para relacionar la elaboración de legislación secundaria y su aplicación con el control de la legislación y la resolución de conflictos entre privados. Estos requisitos son los que, en el fondo, justifican el establecimiento de la agencia reguladora. Integrar en una sola organización administrativa capacidades y poderes que generalmente se encuentran separados en el Estado de derecho es algo singular, sólo justificable por la necesidad de una intensa coordinación en el plano operativo que permita la eficacia de la resolución de determinados problemas de políticas públicas, como puede ser el gobierno de mercados complejos, con fuertes asimetrías y economías de escala.

En tercer lugar, para identificarse como una agencia reguladora “ideal” también debe contar con espacios de discreción suficientes que le permitan ejercer sus responsabilidades sin frenos o impedimentos constantes, derivados de influencias externas, solapamientos administrativos o la existencia de áreas de actuación con responsabilidades mal definidas. De estas expectativas se derivan también algunos argumentos sobre la independencia de las agencias reguladoras, aunque el debate normativo es complejo y existen diversos razonamientos en discusión⁹. La necesidad de espacios de discreción no significa que una agencia reguladora

⁹ Jacint Jordana y David Sancho, “Regulatory Designs, Institutional Constellations and the Study of the Regulatory State”, en Jacint Jordana y David Levi-Faur (eds.), *The Politics of Regulation. Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2004, pp. 296-320; Fabrizio Gilardi, *Delegation in the Regulatory State. Independent Regulatory Agencies in Western Europe*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008.

no deba rendir cuentas de forma adecuada. Por el contrario, una agencia independiente tiene como exigencia especialmente destacada rendir cuentas, dada la singularidad de su diseño institucional y las protecciones de que dispone para garantizar su independencia. La rendición de cuentas de las agencias puede desplegarse en diversas dimensiones, desde los tradicionales mecanismos verticales, con el Ejecutivo y el Legislativo, hasta los innovadores mecanismos de relación horizontal, con las diferentes audiencias que interaccionan con ellas¹⁰.

Este esbozo normativo sobre las características “ideales” de una agencia reguladora independiente sólo pretende apuntar algunos elementos que expliquen qué hace singulares a las agencias que son objeto de estudio en este artículo. No pretendemos encontrar agencias con todos estos elementos, pero sí señalamos que en su creación tuvieron cabida estas ideas, al margen de su grado de concreción. Nos interesa además reconocer su identidad común, sin importar las diferencias que hay entre ellas dependiendo de sus países y sectores.

En las siguientes secciones, el análisis de similitudes y diferencias entre agencias reguladoras establecidas nos ayudará a discutir algunos elementos de la consolidación del Estado regulador en América Latina.

II. La difusión de las agencias reguladoras en América Latina y los ajustes institucionales

Si bien en algunos países y sectores empezaron a establecerse agencias reguladoras desde el inicio del siglo XX, especialmente —aunque no de forma exclusiva— en los Estados Unidos, para diversos sectores de actividad económica, y de forma más extendida en diversos países (como se observa en la gráfica 1) en los sectores financieros, no fue hasta finales de los años ochenta cuando surgió un intenso proceso de difusión de este modelo institucional¹¹. Este proceso tomó más fuerza a principios de los años noventa y continuó su desarrollo hasta mediados de la década siguiente cuando el nuevo modelo llegó a casi todos los países del mundo¹². La difusión estaba en parte condicionada por el nivel de desarrollo de los países, su tamaño o su grado de democratización, así como por las características de cada sector, pero su alcance fue sin duda global con la

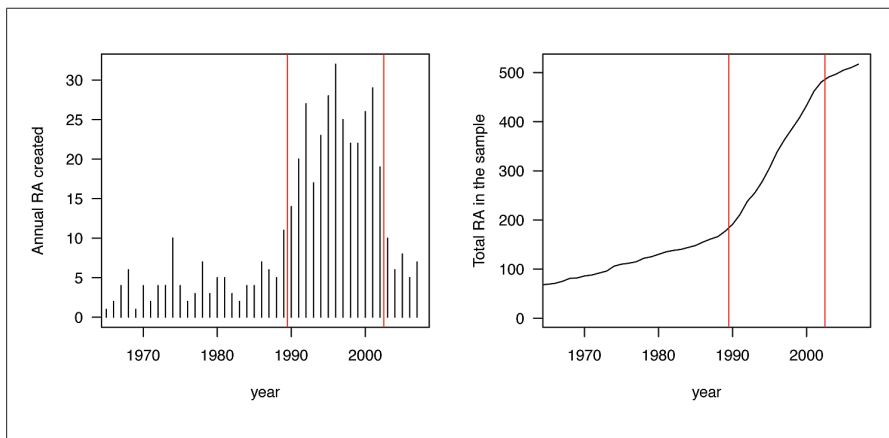
¹⁰ Jordana y Levi-Faur, “Regional Integration and Transnational Regulatory Regimes...”, *cit.*

¹¹ Jacint Jordana, David Levi-Faur y Xavier Fernández-i-Marín, “The Global Diffusion of Regulatory Agencies: Channels of Transfer and Stages of Diffusion”, en *Comparative Political Studies*, vol. 44, n.º 10 (2011), pp. 1343-1369.

¹² Bianculli, Fernández-i-Marín y Jordana, “The World of Regulatory Agencies...”, *cit.*

creación de un millar o más de nuevas agencias en todo el mundo durante este periodo. En los años siguientes siguió activo el proceso de creación de agencias reguladoras, aunque ya con menor intensidad, extendiéndose a países y sectores en los que aún no se había extendido plenamente el nuevo modelo institucional.

Gráfica 1. Evolución del número de agencias reguladoras, 1920-2007 (49 países, 15 sectores)



Fuente: Jacint Jordana, David Levi-Faur y Xavier Fernández-i-Marín, “The Global Diffusion of Regulatory Agencies: Channels of Transfer and Stages of Diffusion”, en *Comparative Political Studies*, vol. 44, n.º 10 (2011), pp. 1343-1369.

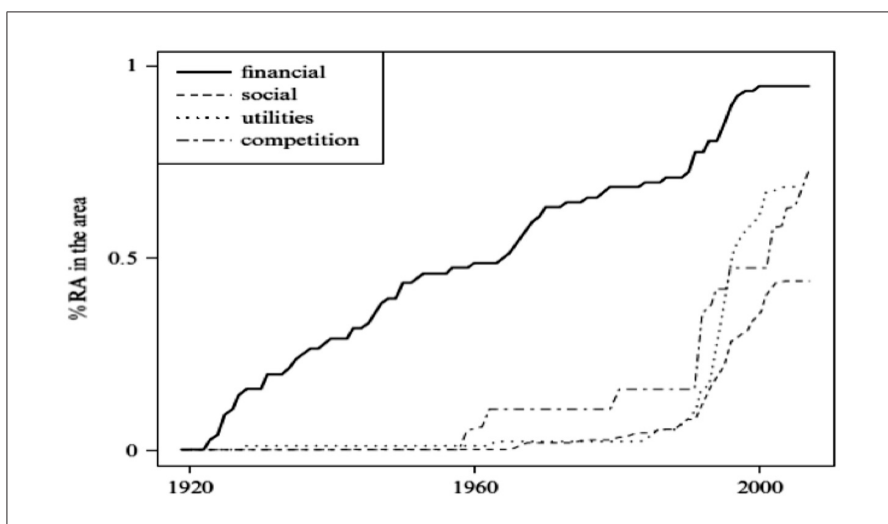
Este proceso estuvo guiado por numerosos factores, algunos de carácter local o regional, y otros global. Por ejemplo, la apertura a la competencia en el sector de las telecomunicaciones en numerosos países durante los años noventa —y en menor medida en el sector de la electricidad— impulsó una fuerte oleada de nuevas agencias de regulación relacionadas con estos sectores en todo el mundo¹³. El papel de la Unión Europea, así como de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y el Banco Mundial, fue muy importante para promover las ventajas de la nueva figura institucional, al favorecer intensamente que numerosos gobiernos la adoptaran como respuesta a diversos problemas: desde ser una fórmula para aumentar la credibilidad frente a inversores externos hasta convertirse en una iniciativa para solucionar el predominio del patronazgo

¹³ David Levi-Faur, “The Politics of Liberalisation: Privatisation and Regulation-for-Competition in Europe’s and Latin America’s Telecoms and Electricity Industries”, en *European Journal of Political Research*, vol. 42, n.º 5 (2003), pp. 705-740.

en sus burocracias o simplemente como mecanismo para facilitar la coordinación gubernamental con organizaciones internacionales.

Las teorías sobre la difusión de políticas públicas nos permiten explicar algunas de estas dinámicas¹⁴. En el momento álgido de su difusión, sin duda, unos países imitaron a otros —especialmente dentro de su región— y también los sectores se imitaron los unos a los otros¹⁵.

Gráfica 2. Cobertura de sectores por agencias reguladoras en América Latina (1920-2007) (18 países, 15 sectores)



Fuente: Jacint Jordana, “The Institutional Development of Latin American Regulatory State”, en David Levi-Faur (ed.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011.

La difusión de las agencias reguladoras en América Latina encaja bastante bien dentro de estos patrones, porque, como podemos ver en la gráfica 2, el periodo de mayor expansión en el área coincide plenamente con el momento de más difusión en todo el mundo, siendo la región también un componente activo en el proceso de difusión global que hemos mencionado. No obstante, como también

¹⁴ Frank Dobbin, Beth Simmons y Geoffrey Garrett, “The Global Diffusion of Public Policies: Social Construction, Coercion, Competition, or Learning?”, en *Annual Review of Sociology*, vol. 33 (2007), pp. 449-472.

¹⁵ Jordana, Levi-Faur y Fernández-i-Marín, “The Global Diffusion of Regulatory Agencies...”, *cit.*; Jacint Jordana, Andrea Bianculli y Xavier Fernández-i-Marín, “When Accountability Meets Regulation”, en Andrea Bianculli, Xavier Fernández-i-Marín y Jacint Jordana (eds.), *Accountability and Regulatory Governance*, Kensington, Palgrave Macmillan, 2015.

se observa en la gráfica 2, su fuerte difusión durante los años noventa se concentró en sectores económicos vinculados a los servicios públicos (telecomunicaciones, electricidad, agua, transporte, entre otros), así como a la protección de la competencia y, en menor grado, a la protección de los riesgos sociales¹⁶.

Se trató, en la mayoría de casos, de un desarrollo institucional orientado a favorecer el buen funcionamiento de los mercados, frente a los riesgos de su distorsión o a la falta de competencia efectiva; mientras que el número de nuevas agencias creadas para proteger riesgos al margen de los mercados no era muy elevado, lo que señalaba una diferencia importante en relación con el patrón de difusión que se observaba en Europa¹⁷.

Otra diferencia relevante en cuanto a su difusión en Europa fue el patrón de creación de agencias en el sector de la regulación financiera, ya que en América Latina empezó en los años veinte y el número de agencias fue aumentando de forma progresiva a lo largo de todo el siglo, mientras que en Europa se concentró fundamentalmente en el último tercio del siglo xx.

Estas diferencias pueden justificarse en parte por los orígenes institucionales del Estado regulador en América Latina: por un lado, había tradiciones de regulación propias de la región, derivadas de importaciones de modelos reguladores estadounidenses mucho más tempranos, en especial en el ámbito financiero¹⁸; y, por otro lado, las herencias institucionales seculares en la región que pervivían en sus administraciones públicas bajo el modelo de superintendencia, un formato singular proveniente de la época colonial, también incidieron en facilitar su adopción antes y durante la oleada de fuerte difusión mundial¹⁹.

La influencia de diversos modelos de regulación extranjeros en la región fue muy importante durante el periodo de mayor difusión, en los años noventa. Sin duda, el modelo regulador impulsado por el Reino Unido durante los años ochenta influyó en la definición de los nuevos instrumentos de regulación, aunque fue menos relevante en el diseño formal de las nuevas agencias.

¹⁶ Luis Gutiérrez, “Regulatory Governance in the Latin American Telecommunications Sector”, en *Utilities Policy*, vol. 11, n.º 4 (2003), pp. 225-240; Jacint Jordana y David Levi-Faur, “Towards a Latin American Regulatory State?: The Diffusion of Autonomous Regulatory Agencies Across Countries and Sectors”, en *International Journal of Public Administration*, vol. 29, n.º 4-6 (2006), pp. 335-366.

¹⁷ Fabrizio Gilardi, Jacint Jordana y David Levi-Faur, “Regulation in the Age of Globalization: The Diffusion of Regulatory Agencies across Europe and Latin America”, en Graeme A. Hodge (ed.), *Privatization and Market Development*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007.

¹⁸ Paul W. Drake, *The Money Doctor in the Andes: U.S. Advisors, Investors, and Economic Reform in Latin America from World War I to the Great Depression*, Durham, Duke University, 1989.

¹⁹ Jacint Jordana, “The Institutional Development of Latin American Regulatory State”, en David Levi-Faur (ed.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011.

No obstante, los nuevos diseños institucionales de las agencias reguladoras en América Latina, con sus garantías de independencia y su fuerte autonomía organizativa, tuvieron diversas fuentes externas de inspiración que se combinaban de forma diferente en cada caso. Por un lado, el referente clásico de las comisiones reguladoras estadounidenses inspiraron el imaginario de las agencias independientes (entendidas como independientes del Ejecutivo, aunque bajo supervisión del Congreso). Por otro lado, modelos eclécticos promovidos por organizaciones internacionales, como el Banco Mundial, sin demasiadas adaptaciones a los contextos institucionales y políticos locales, integraban múltiples características que favorecían su independencia. Por último, la aparición de numerosas agencias en los países europeos en aquellos años hizo que algunas de ellas se convirtieran en atractivos referentes para varios países latinoamericanos.

La fuerte orientación hacia la regulación de mercados que tuvo el proceso de difusión de las agencias de la región durante los años noventa está muy relacionada con diversos cambios que ocurrieron simultáneamente en América Latina.

Por un lado, la oleada de democratizaciones de los países desde finales de los años ochenta facilitó la creación de instituciones públicas singulares que no atendían al principio de jerarquía absoluta que caracterizaba a las dictaduras que existían antes en la región.

Por otro lado, la solución a la crisis económica de la mayoría de los países latinoamericanos en aquellos años se basó, en buena parte, en dismantelar el Estado desarrollista y su base de empresas públicas, subsidios y controles que apoyaban el tejido económico. Ello implicó la privatización de numerosas empresas, especialmente en el ámbito de los servicios públicos, y la introducción de estímulos a la competencia, en buena parte, mediante un progresivo dismantelamiento arancelario. No obstante, numerosos ejemplos mostraron que dismantelar el Estado desarrollista sin una alternativa de construcción institucional conduciría a enormes dificultades y a situaciones de gran concentración empresarial en numerosos mercados. Por esa razón, la introducción de agencias reguladoras en diversos sectores era vista como una oportunidad para responder a estos problemas, dando lugar al nacimiento —o fortalecimiento— del nuevo modelo de Estado, el *Estado regulador*²⁰. Así mismo, numerosos organismos internacionales

²⁰ Carol Graham y Moisés Naím, “The Political Economy of Institutional Reform in Latin America”, en Nancy Birdsall, Carol Graham y Richard H. Sabot (eds.), *Beyond Tradeoffs: Market Reform and Equitable Growth in Latin America*, Washington, D. C., Inter-American Development Bank y Brookings Institution, 1998.

muy activos en América Latina, como el Banco Mundial, promovían activamente la creación de agencias reguladoras con el fin de fortalecer la acción del Estado frente a los nuevos mercados que se estaban extendiendo.

Durante los años noventa, las agencias reguladoras creadas de nueva planta en América Latina o las reformas organizativas efectuadas en las agencias ya existentes (especialmente en el sector bancario) requirieron de un esfuerzo gubernamental para impulsar una progresiva recomposición de la acción pública en los países de la región y, en este sentido, se adaptaron, con mayor o menor precisión, a las características de la administración pública y a los procesos decisivos existentes en cada país a partir de los modelos iniciales que se habían adoptado.

En este sentido podemos destacar dos características fundamentales de los sistemas políticos latinoamericanos, cuya combinación influyó, sin duda, en el proceso de creación y establecimiento de agencias reguladoras en América Latina, marcando diferencias con respecto a otras regiones. En primer lugar, la naturaleza presidencialista que distingue a los regímenes políticos de los países latinoamericanos tuvo fuertes implicaciones en la ubicación y participación de las agencias en su proceso político y su particular relación con la institución presidencial²¹. En segundo lugar, la presencia de una administración pública poco profesionalizada en muchos países, con todo tipo de problemas estructurales para su reforma y modernización (algunos de ellos vinculados a la fuerte politización de los propios servidores públicos), promovió que muchas agencias establecieran canales alternativos de captación de recursos humanos. El establecimiento de nuevas entidades públicas, como las agencias reguladoras, implicó la creación de organizaciones meritocráticas con mucha más capacidad de acción pública, en un periodo relativamente corto, para un tipo de intervención que requería mucha capacidad técnica y profesional²².

Estas dos características condujeron a que el establecimiento de las agencias reguladoras en América Latina estuviera vinculado a las estrategias de reforma y modernización de los presidentes que estaban en el poder. Por una parte, con frecuencia los diseños de las agencias mostraban numerosos elementos de protección política y autonomía en su gestión para evitar caer en las habituales dinámicas burocráticas y administrativas: desde el establecimiento de mecanismos

²¹ Jacint Jordana y Carles Ramió, "Delegation, Presidential Regimes, and Latin American Regulatory Agencies", en *Journal of Politics in Latin America*, vol. 2, n.º 1 (2010), pp. 3-30.

²² Salvador Parrado y Miquel Salvador, "The Institutionalisation of Meritocratic Recruitment in Latin American Regulatory Agencies", en *International Review of Administrative Sciences*, vol. 77, n.º 4 (2011), pp. 687-712.

de financiación que no dependieran directamente de los presupuestos de los ministerios hasta la introducción de procedimientos de contratación y promoción de personal diferentes de los establecidos para los funcionarios públicos. En muchos países, los impulsores de las agencias —y en particular los presidentes— tenían grandes expectativas de mejorar su capacidad de dirección política mediante esta innovación institucional. Por otra parte, las influencias entre países fueron muy importantes, en la medida en que se admiraban los procesos de reforma e innovación políticas impulsados por presidentes con un fuerte liderazgo. Por último, también fue muy importante la dimensión sectorial, a través de múltiples redes profesionales y tecnocráticas establecidas en toda la región²³.

En este sentido podemos suponer que las similitudes entre las agencias reguladoras de los países latinoamericanos fueron también un resultado del proceso de difusión, pues más allá de la decisión de crear agencias, también se difundieron las características institucionales que debían tener. Algunos países influyeron en otros para definir el modelo de las agencias, especialmente en países cercanos, en ocasiones incluso contrataron las mismas empresas de consultoría especializadas o los mismos oficiales de organismos internacionales estuvieron involucrados en los procesos. Luego, las reformas a los marcos institucionales de las agencias también experimentaron un cierto proceso de difusión dentro de la región, aunque ello es más complejo de rastrear. Por último, la interrelación de los responsables de las políticas nacionales a través de redes transnacionales presentes en estos países constituyó un elemento clave en la circulación de ideas y en las innovaciones implementadas, así como en los ajustes y reajustes institucionales, en el marco del Estado regulador²⁴.

IV. El marco institucional de las agencias reguladoras en América Latina

En esta sección analizamos el marco institucional de las agencias reguladoras de la región y nos preguntamos cómo cambiaron éstas años después de su creación.

Queremos analizar si las características institucionales de las agencias reguladoras tienen muchos elementos en común, como fruto de un proceso de difusión simultáneo con mecanismos de divulgación activos similares para la mayoría de

²³ Jordana y Levi-Faur, “The Diffusion of Regulatory Capitalism...”, *cit.*; Jordana y Levi-Faur, “Regional Integration and Transnational Regulatory Regimes...”, *cit.*

²⁴ Jordana, Bianculli y Fernández-i-Marín, “When Accountability Meets Regulation”, *cit.*

los países, o si, por el contrario, su grado de diversidad es muy elevado, siendo imposible distinguir un *cluster* latinoamericano entre el conjunto de agencias creadas en las últimas décadas en el mundo (y donde es más habitual que las similitudes sean sectoriales, más que territoriales). Para este propósito, partimos de una base de datos sobre las características formales de las agencias reguladoras del mundo en el año 2010, elaborada a partir del análisis de textos legales e información pública²⁵. Se presentan datos agregados de 20 países de la región, junto con una elaboración estadística que agrupa en cuatro grandes dimensiones latentes el conjunto de características identificadas para cada agencia (independencia política, autonomía organizativa, rendición de cuentas y responsabilidades reguladoras).

Como ya hemos señalado, suponemos que el predominio de la institución presidencial en América Latina condicionó las características de las agencias y su actividad una vez en funcionamiento. A diferencia de los regímenes parlamentarios, donde los acuerdos entre partidos para formar coaliciones de gobierno constituyen un elemento clave de su equilibrio que permite una relación más directa de la agencia con el Parlamento, tanto para su control y supervisión como para el nombramiento de sus responsables, en los regímenes presidenciales el Parlamento tiene un peso menor (a no ser que el presidente tenga muy limitados sus poderes, como es el caso de los Estados Unidos). Por ello, en la práctica, la independencia de las agencias reguladoras en los países con fuertes regímenes presidenciales tiende a ser cuestionada con cierta frecuencia²⁶. En muchos casos, la relación entre la dirección de la agencia reguladora y la institución presidencial es estrecha y, de cualquier manera, ésta suele evitar el enfrentamiento directo respecto a los objetivos de la política pública. La agencia puede, o no, ser un instrumento del presidente en función del sistema de nombramiento de sus responsables, los términos de su mandato y otras características institucionales. No obstante, al margen de cuál sea su situación coyuntural, en los regímenes presidenciales la agencia puede mantener sus competencias como repositorio de capacidades técnicas y red internacional, además de su reputación profesional, con el objetivo de ejercer sus tareas de regulación en el ámbito de las responsabilidades que tiene encomendadas.

²⁵ Para más información, véase Andrea Bianculli, Xavier Fernández-i-Marín y Jacint Jordana, “The World of Regulatory Agencies: Institutional Varieties and Administrative Traditions”, en *Jerusalem Papers in Regulation & Governance*, Working Paper n.º 58 (2013).

²⁶ Jordana y Ramío, *op. cit.*

Tabla 1. Características institucionales
de agencias reguladoras en América Latina

	Agencias	Nombramiento del responsable de la agencia		Junta o consejo de la agencia
		Presidente o bien Gobierno en pleno	Implicación del Legislativo	Capacidad de toma de decisiones
Costa Rica	8	0 %	13 %	100 %
República Dominicana	9	89 %	11 %	67 %
El Salvador	8	100 %	0 %	88 %
Guatemala	3	67 %	0 %	67 %
Haití	2	0 %	50 %	100 %
Honduras	4	75 %	0 %	100 %
Nicaragua	6	17 %	83 %	83 %
Panamá	5	40 %	60 %	80 %
México	11	64 %	9 %	63 %
Argentina	11	82 %	0 %	55 %
Bolivia	10	40 %	0 %	10 %
Brasil	13	8 %	0 %	77 %
Chile	13	69 %	0 %	23 %
Colombia	10	70 %	0 %	40 %
Ecuador	7	29 %	0 %	57 %
Paraguay	6	67 %	17 %	50 %
Perú	10	50 %	0 %	70 %
Uruguay	3	33 %	67 %	67 %
Venezuela	11	82 %	9 %	36 %
Cuba	4	0 %	0 %	0 %
Media países	7,7	52 %	17 %	62 %

Fuente: elaboración propia.

Estas dimensiones latentes se han construido a partir de la mencionada base de datos, en la que se establecieron unas cincuenta variables distintas. Luego, a partir de criterios teóricos sobre las principales características de las agencias, se asignaron las distintas variables a una de las cuatro dimensiones, y se calcularon los valores de cada dimensión utilizando análisis factorial, para cada agencia de la muestra. Luego se realizó un promedio del valor de todas las agencias para cada país. Es importante señalar que en este trabajo nos limitamos a analizar las características formales de las agencias, aun siendo conscientes de que las prácticas informales pueden afectar de forma importante su comportamiento. En el mismo sentido, cabe anotar que la dimensión de independencia se refiere a su relación con el gobierno, y no incluye variables sobre la relación de los reguladores con el sector privado, dado su carácter más informal en la mayoría de los casos.

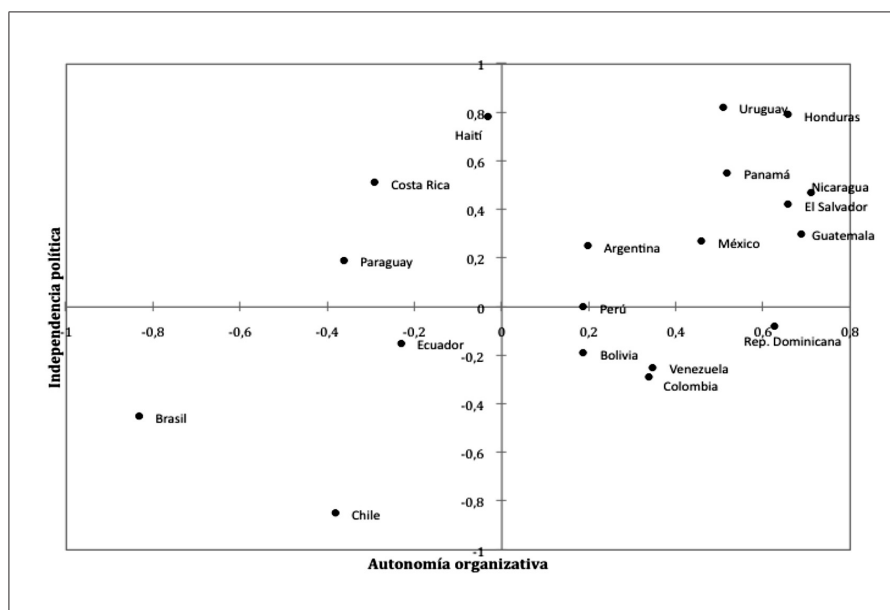
Esta relación particular entre el presidente y los responsables de la agencia se puede observar también en el sistema de nombramiento. Hay muy pocos casos en los que el máximo responsable de la agencia reguladora es nombrado por el ministro del ramo correspondiente, lo habitual es que el nombramiento esté en manos del consejo de ministros o bien en manos del presidente directamente. Este último caso es el más frecuente. De hecho, si observamos la tabla 1 podemos ver que más de la mitad de las agencias identificadas se encuentran en esta situación. Es poco frecuente que el poder legislativo intervenga en el nombramiento del máximo responsable de la agencia, sólo en un 17% de los casos éste tiene alguna implicación, ya que lo habitual es que el presidente tenga la última palabra. Así pues, encontramos que la relación de la agencia con el presidente acostumbra a ser muy estrecha en la mayoría de los casos, excepto cuando el responsable de la agencia ha sido nombrado por el anterior presidente (para evitar este problema, en un país de la región se estableció que el responsable de la agencia debe abandonar su cargo cuando termina el periodo presidencial). Ello puede causar, en casos concretos, fuertes enfrentamientos en los que los responsables de la agencia pongan a prueba su capacidad de resistencia institucional, aunque es común que el presidente consiga al final su propósito forzando la renuncia avanzada del responsable de la agencia y nombrando a un nuevo responsable más afín a él.

Tal vez para compensar la fuerte influencia del régimen presidencial, es frecuente en muchas agencias reguladoras de América Latina que la toma de decisiones interna se encuentre poco centralizada. Así, los consejos o las juntas de las agencias suelen disponer de responsabilidades decisorias, mientras que sus presidentes deben conseguir el apoyo de los miembros de esos consejos o juntas para las

decisiones importantes. Según los datos de la tabla 1, cerca de dos tercios de las agencias de la región disponen de consejos o comisiones con potestades decisorias, no sólo asesoras. Sólo en las agencias de regulación financiera y en algunos países específicos encontramos un pequeño número de casos en los que las decisiones se encuentran fundamentalmente en manos del máximo responsable.

La existencia de consejeros con mandatos escalonados (que han sido nombrados en distintos momentos) hace que la composición de la agencia sea más diversa, en cuanto a la posibilidad de que hayan sido nombrados por distintos presidentes y gobiernos. En estos casos, que son bastante frecuentes, los máximos responsables de las agencias tienen que buscar el equilibrio preciso para avanzar en la toma de decisiones y evitar situaciones extremas, tanto de seguimiento a los requerimientos del Gobierno como de confrontación con éste, constituyéndose, por tanto, en un componente compensador (que puede ser más o menos efectivo según los casos).

Gráfica 3. Independencia política y autonomía organizativa

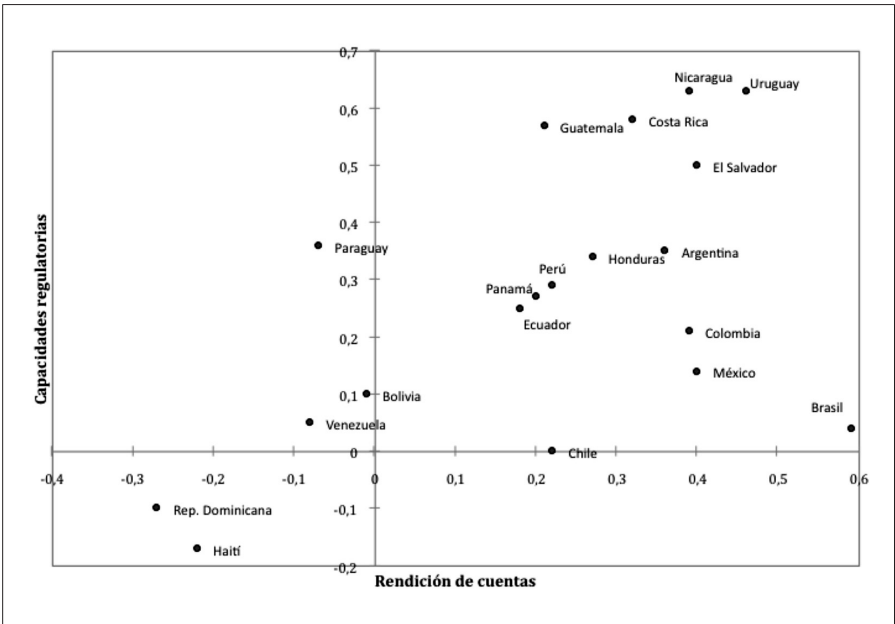


Fuente: elaboración propia.

Para entender la diversidad interna de las agencias reguladoras de América Latina, presentamos los datos agregados por países de las dimensiones latentes

antes mencionadas. Cada una de estas dimensiones latentes agrupa un conjunto de indicadores sobre aspectos formales del funcionamiento de las agencias (entre 6 y 12 en cada caso) y se relacionan las unas con las otras —lo que muestra que miden distintos aspectos de su diseño institucional— en cuanto al conjunto de agencias de todo el mundo. Un par de estas relaciones, sólo para los distintos países latinoamericanos, pueden observarse en las gráficas 3 y 4. En la tercera se ubican los países de la región en la dimensión de autonomía organizativa e independencia política. Hay sin duda una pequeña relación positiva (un coeficiente de correlación Pearson del 0,48), pero la dispersión es muy grande. En la cuarta gráfica se observa que también existe cierta relación entre las dimensiones de rendición de cuentas y las responsabilidades reguladoras (coeficiente de correlación Pearson del 0,55), aunque también en este caso con una elevada dispersión.

Gráfica 4. Rendición de cuentas y responsabilidades reguladoras



Fuente: elaboración propia.

Con el propósito de analizar las diferencias entre las agencias reguladoras latinoamericanas y el conjunto de agencias reguladoras en otras partes del mundo, hemos agregado la información sobre las características de las agencias regionales en la tabla 2. En ella observamos el resumen de los estadísticos del conjunto

de países latinoamericanos (19) comparado con el conjunto europeo (32 países), lo que nos permite confrontar el grado de similitud interna en cada una de las cuatro dimensiones identificadas.

Tabla 2. Dimensiones latentes: Europa y América Latina

	Autonomía organizativa		Independencia política		Rendición de cuentas		Capacidades reguladoras	
Estadístico	Europa	América Latina	Europa	América Latina	Europa	América Latina	Europa	América Latina
Observaciones	31	19	31	19	31	19	31	19
Mínimo	-0,840	-0,830	-0,750	-0,850	-0,430	-0,270	-0,290	-0,170
Máximo	0,530	0,710	0,860	0,820	1,030	0,590	0,530	0,630
1.º cuartil	-0,290	-0,130	-0,310	-0,170	0,115	0,085	0,050	0,075
Mediana	0,050	0,340	0,170	0,250	0,300	0,220	0,130	0,270
3.º cuartil	0,215	0,575	0,465	0,490	0,420	0,390	0,220	0,430
Media	-0,025	0,210	0,100	0,163	0,276	0,208	0,118	0,265
Varianza (n-1)	0,135	0,200	0,231	0,209	0,096	0,056	0,030	0,060
Desv. típica (n-1)	0,368	0,447	0,481	0,457	0,310	0,237	0,172	0,244

Fuente: elaboración propia.

Si nos fijamos en algunas medidas de dispersión en los resultados de esta tabla, advertimos con claridad que las diferencias se presentan según la dimensión latente concreta que se observe. De esta forma, las medidas de dispersión, la varianza y la desviación típica son mayores para las agencias de América Latina que para las de Europa en las dimensiones de autonomía organizativa y responsabilidades reguladoras, pero no en las de independencia política y rendición de cuentas. Las diferencias, sin embargo, no son muy grandes en ningún caso, apuntando que son dos grupos de países relativamente homogéneos. Por otra parte, si observamos medidas de intensidad en estas dimensiones latentes veremos que hay algunas diferencias interesantes en la media y la mediana de los dos grupos. Así, es claro que las dimensiones de autonomía organizativa y las capacidades de regulación son más fuertes en América Latina que en Europa, mientras que las de independencia política y rendición de cuentas son bastante similares, sólo

ligeramente superior en América Latina la primera y ligeramente superior en Europa la segunda.

Conclusiones: los retos del Estado regulador en América Latina

La consolidación del Estado regulador en la región es aún en buena parte una cuestión pendiente y muy importante para dos grandes objetivos que implican un carácter transformador de sus características sociales y económicas, y su capacidad para ejercer fórmulas más complejas e inclusivas de gobernanza: por un lado, hacer que los mercados funcionen de forma eficaz, con un buen grado de competencia, y que los consumidores y la ciudadanía en general disfruten los resultados derivados de ello; y, por otro lado, contribuir a la reducción de las grandes desigualdades existentes en la región de manera que se facilite, en condiciones adecuadas, el acceso a los servicios regulados y la reducción de riesgos entre los menos favorecidos.

Si en otras partes del mundo estos dos objetivos pueden separarse con relativa facilidad —dejando el primero para las agencias reguladoras y el segundo para las políticas de los ministerios—, en el caso de América Latina, con sus democracias de régimen presidencial y sus enormes desigualdades internas, la distinción no es tan simple de establecer, y sitúa a las agencias en una encrucijada donde la legitimidad de sus actuaciones se cuestiona si no consigue responder a estos desafíos mediante un encaje adecuado con las políticas gubernamentales relacionadas. Su fuerte autonomía organizativa y capacidad reguladora puede facilitarles esta función si los equilibrios políticos se encuentran bien resueltos.

Al inicio de este artículo planteamos la existencia de tres grandes retos que afronta la consolidación del Estado regulador en la región. Ahora, una vez analizados su desarrollo y las tensiones institucionales que experimentan, volvemos a revisarlos.

Como primer reto mencionamos el encaje político-institucional de las agencias reguladoras en un entorno político complejo y en ajuste constante. Hemos visto en las secciones anteriores que las características de sus perfiles institucionales muestran un cierto grado de adaptación a las condiciones de la región y, sin duda, se encuentran aún en proceso de construcción en muchos casos. Una gran cantidad de agencias, desde su creación, ha experimentado diversos ajustes en su configuración y reglas de funcionamiento para adaptarse de forma más adecuada al contexto político e institucional de cada país, debido a que se crearon como modelos institucionales propuestos por organismos internacionales con

el apoyo de consultoras globales, que proponían diseños estándares, bastante similares, para países y sectores muy diversos, con una reflexión más bien escasa sobre cómo debían ajustarse sus características en cada caso. Sin embargo, no siempre los ajustes posteriores representaron una mejora. En algunas ocasiones se revisaron algunos aspectos disfuncionales, pero en otras se aprovecharon las reformas para hacer reajustes a las condiciones de autonomía de las agencias con el fin de hacerlas un poco más débiles frente al poder ejecutivo. Sin duda, el desafío es alcanzar el equilibrio institucional necesario para que las agencias realicen sus complejas misiones adecuadamente, en las dos direcciones señaladas.

Además, la relación de las agencias reguladoras con el poder judicial no está exenta de dificultades en muchos de los países de la región. Los tribunales pueden tener un papel clave para definir mejor el ámbito jurisdiccional de las agencias, así como para recoger y procesar demandas de difícil encaje en los procesos de decisión pública, y reforzar en su conjunto la institucionalidad del proceso regulador, en el caso de que se produzcan algunas desviaciones de sus objetivos básicos o bien una parálisis en la toma de decisiones. No obstante, el encaje de las agencias reguladoras en el marco de la división de poderes y el ordenamiento constitucional no es una cuestión simple, y requiere debates normativos que se sitúan más allá de los contenidos de este artículo. Además, aunque existan ajustes institucionales por difusión en las regiones, su adecuación a cada contexto nacional constituye un elemento importante que se debe considerar cuando se examinan los equilibrios existentes entre los distintos poderes y el papel singular de las agencias reguladoras.

El segundo reto que identificamos fue la relación entre regulación y democracia. Las agencias reguladoras en América Latina nacieron en el contexto de recuperación de la democracia, a partir de la década de los ochenta, por lo que sus diseños institucionales como agencias independientes no pueden entenderse al margen de la democratización de los países de la región durante estos años. Hemos visto cómo fueron encontrando su espacio para encajar en las características institucionales de cada país. No obstante, el reto pendiente para las agencias reguladoras es apoyar la profundización de la democracia, contribuyendo a que el Estado regulador sea también un Estado profundamente democrático. Para ello requieren mejorar sus niveles de transparencia y sus mecanismos de rendición de cuentas al introducir fórmulas que permitan, por una parte, mayor relación con el Legislativo y, por otra, una relación más fluida con las diversas audiencias (incluyendo colectivos sociales, usuarios, afectados, productores, entre otros) con las que la agencia tiene contacto en el ejercicio de sus funciones.

Planteamos que el tercer reto para las agencias reguladoras es la internacionalización del Estado regulador en la región. La capacidad de las agencias reguladoras y sus profesionales para actuar en red y disponer así de mayor capacidad de reacción frente a los grandes grupos empresariales es un desafío cada vez más relevante en América Latina. Si las empresas multinacionales de muchos sectores productivos (energía, comunicaciones, recursos naturales, entre otros) y del ámbito financiero operan habitualmente con una dimensión transnacional, y disponen de una gran capacidad de acción regional, los reguladores de América Latina deben ser capaces de compartir información y recursos para afrontar las tareas de control y supervisión de sus mercados de forma coordinada, aumentando su capacidad de aprendizaje, ajuste mutuo rápido y respuesta común. Sólo mediante la regionalización del Estado regulador —no necesariamente mediante nuevos organismos internacionales, sino mediante fórmulas institucionales específicas adecuadas a las características de la región— será posible para las agencias reguladoras acumular fuerzas suficientes para alcanzar los grandes objetivos señalados. El buen nivel de autonomía organizativa de las agencias de la región es un elemento que facilita su participación en redes internacionales, dadas las limitaciones de su independencia en bastantes casos (gráfica 1). No obstante, debido a la dificultad de aumentar el grado de independencia formal de las agencias por las características políticas de la región, se debe tener en cuenta la dimensión internacional como un elemento que puede ayudar a aumentar la reputación interna de las agencias, en caso de que ejerzan su rol de intermediarios entre distintos niveles de políticas y distintos tipos de redes, locales y globales²⁷.

Más allá de estos retos, las agencias reguladoras afrontan un desafío adicional en cuanto a políticas públicas, más sustantivo que instrumental. Se trata de responder al interrogante de si es posible promover activamente la regulación en pro de la distribución en los países de la región para luchar contra la desigualdad sin limitar la efectividad de la regulación procompetencia²⁸. Aspectos como la provisión universal de servicios básicos y el control de calidad en la oferta de productos y servicios requieren que se preste una atención especial a los consumidores y usuarios, lo que tiene implicaciones importantes en pro de la distribución, que no pueden ser eludidas por la regulación en América Latina, so pena de incurrir en dificultades significativas de legitimidad²⁹. En este sentido, la regulación es

²⁷ Bianculli, Jordana y Juanatey, “International Networks as Drivers of Agency Independence...”, *cit.*

²⁸ Bronwen Morgan, “De vuelta a la política: la trayectoria del Estado regulador en los países del Sur”, en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, vol. 60 (2014), pp. 7-26.

²⁹ Joan Calzada, Antón Costas y Jacint Jordana, *Más allá del mercado: las políticas de servicio universal en América Latina*, Barcelona, Fundación Cidob, 2009.

sin duda más “política” en los países en desarrollo con elevados niveles de desigualdad, donde las tensiones distributivas son más visibles y la provisión de los servicios públicos se puede convertir en una arena de intenso conflicto político con mucha facilidad³⁰. En la medida en que los retos planteados puedan afrontarse con seriedad y se encuentren soluciones que puedan difundirse como ajustes institucionales en los países de la región, las agencias dispondrán de mayor capacidad y legitimidad para dar respuesta a este último desafío.

REFERENCIAS

- Berg, Sanford y Jacqueline Horral, “Networks of Regulatory Agencies as Regional Public Goods”, en *Review of International Organizations*, vol. 3, n.º 2 (2008).
- Bianculli, Andrea; Xavier Fernández-i-Marín y Jacint Jordana, *Accountability and Regulatory Governance: Audiences, Controls and Responsibilities in the Politics of Regulation (Executive Politics and Governance)*, Kensington, Palgrave Macmillan, 2015.
- Bianculli, Andrea; Xavier Fernández-i-Marín y Jacint Jordana, “The World of Regulatory Agencies: Institutional Varieties and Administrative Traditions”, en *Jerusalem Papers in Regulation & Governance*, Working Paper n.º 58 (2013).
- Bianculli, Andrea; Jacint Jordana y Ana G. Juanatey, “International Networks as Drivers of Agency Independence: The Case of the Spanish Nuclear Safety Council”, en *Administration and Society* (2015). Consultado en [<http://aas.sagepub.com/content/early/2015/04/30/0095399715581034.abstract>].
- Braithwaite, John, *Regulatory Capitalism: How it Works, Ideas for Making it Work Better*, Northampton, Edward Elgar, 2008.
- Calzada, Joan; Antón Costas y Jacint Jordana, *Más allá del mercado: las políticas de servicio universal en América Latina*, Barcelona, Fundación Cidob, 2009.
- Christensen, Tom y Per Laegreid, *Autonomy and Regulation: Coping with Agencies in the Modern State*, Northampton, Edward Elgar, 2006.
- Dobbin, Frank; Beth Simmons y Geoffrey Garrett, “The Global Diffusion of Public Policies: Social Construction, Coercion, Competition, or Learning?”, en *Annual Review of Sociology*, vol. 33 (2007).

³⁰ Morgan, *op. cit.*

- Drake, Paul W., *The Money Doctor in the Andes: U.S. Advisors, Investors, and Economic Reform in Latin America from World War I to the Great Depression*, Durham, Duke University, 1989.
- Gilardi, Fabrizio, *Delegation in the Regulatory State. Independent Regulatory Agencies in Western Europe*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008.
- Gilardi, Fabrizio; Jacint Jordana y David Levi-Faur, “Regulation in the Age of Globalization: The Diffusion of Regulatory Agencies across Europe and Latin America”, en Graeme A. Hodge (ed.), *Privatization and Market Development*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007.
- Graham, Carol y Moisés Naím, “The Political Economy of Institutional Reform in Latin America”, en Nancy Birdsall, Carol Graham y Richard H. Sabot (eds.), *Beyond Tradeoffs: Market Reform and Equitable Growth in Latin America*, Washington, D. C., Inter-American Development Bank y Brookings Institution, 1998.
- Gutiérrez, Luis, “Regulatory Governance in the Latin American Telecommunications Sector”, en *Utilities Policy*, vol. 11, n.º 4 (2003).
- Jordana, Jacint, “Los límites de la independencia: gobernanza de la regulación y democracia”, en Jacint Jordana, Rosa Virós y Javier Astudillo Ruiz (eds.), *Democràcia, política i societat: homenatge a Rosa Virós*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2012.
- Jordana, Jacint, “The Institutional Development of Latin American Regulatory State”, en David Levi-Faur (ed.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011.
- Jordana, Jacint y David Levi-Faur, “Regional Integration and Transnational Regulatory Regimes: The Polycentric Architecture of Governance in Latin American Telecommunications”, en Laszlo Bruszt y Gerald A. McDermott (eds.), *Leveling the Playing Field. Transnational Regulatory Integration and Development*, Oxford, Oxford University, 2014.
- Jordana, Jacint y David Levi-Faur, “The Diffusion of Regulatory Capitalism in Latin America: Sectorial and National Channels in the Making of New Order”, en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 598, n.º 1 (2005).

- Jordana, Jacint y David Levi-Faur, “Towards a Latin American Regulatory State?: The Diffusion of Autonomous Regulatory Agencies Across Countries and Sectors”, en *International Journal of Public Administration*, vol. 29, n.º 4-6 (2006).
- Jordana, Jacint; David Levi-Faur y Xavier Fernández-i-Marín, “The Global Diffusion of Regulatory Agencies: Channels of Transfer and Stages of Diffusion”, en *Comparative Political Studies*, vol. 44, n.º 10 (2011).
- Jordana, Jacint y Carles Ramió, “Delegation, Presidential Regimes, and Latin American Regulatory Agencies”, en *Journal of Politics in Latin America*, vol. 2, n.º 1 (2010).
- Jordana, Jacint y David Sancho, “Regulatory Designs, Institutional Constellations and the Study of the Regulatory State”, en Jacint Jordana y David Levi-Faur (eds.), *The Politics of Regulation. Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2004.
- Jordana, Jacint; Andrea Bianculli y Xavier Fernández-i-Marín, “When Accountability Meets Regulation”, en Andrea Bianculli, Xavier Fernandez-i-Marín y Jacint Jordana (eds.), *Accountability and Regulatory Governance*, Kensington, Palgrave Macmillan, 2015.
- Levi-Faur, David, “Regulation and Regulatory Governance”, en David Levi-Faur (ed.), *Handbook of the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011.
- Levi-Faur, David, “Regulatory Networks and Regulatory Agencification: Toward a Single European Regulatory Space”, en *Journal of European Public Policy*, vol. 18, n.º 6 (2011).
- Levi-Faur, David, “The Politics of Liberalisation: Privatisation and Regulation-for-Competition in Europe’s and Latin America’s Telecoms and Electricity Industries”, en *European Journal of Political Research*, vol. 42, n.º 5 (2003).
- Lora, Eduardo, “State Reform in Latin America: A Silent Revolution”, en Eduardo Lora (ed.), *The State of State Reform in Latin America*, Palo Alto, Stanford University, 2007.
- Majone, Giandomenico y Antonio la Spina, “El Estado regulador”, en *Gestión y Política Pública*, vol. 2, n.º 2 (1993).

Morgan, Bronwen, “De vuelta a la política: la trayectoria del Estado regulador en los países del Sur”, en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, vol. 60 (2014).

Parrado, Salvador y Miquel Salvador, “The Institutionalization of Meritocracy in Latin American Regulatory Agencies”, en *International Review of Administrative Sciences*, vol. 77, n.º 4 (2011).

Portes, Alejandro y Lori D. Smith, “Institutions and Development in Latin America: A Comparative Analysis”, en *Studies in Comparative International Development*, vol. 43, n.º 2 (2008).

EL CARÁCTER “SUI GENERIS” DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA COLOMBIANO

Andrés PALACIOS LLERAS*

INTRODUCCIÓN

Los estudios sobre la difusión del derecho de la competencia en América Latina caracterizan su desarrollo como un proceso continuo que, pese a algunos problemas, ha hecho que la competencia sea cada vez más importante para los gobiernos y el sector privado. Estos estudios sugieren una “historia progresiva” de este campo del derecho en tres periodos históricos. El primero, que tiene lugar entre 1900 y 1990, se caracteriza por la relativa ausencia de regímenes de competencia en esta región, salvo por un puñado de excepciones que, de todas formas, no son acatados por los respectivos gobiernos y sectores privados. Un segundo periodo, que tiene lugar entre 1990 y el año 2000, se caracteriza por el “despertar” de una genuina preocupación por proteger la competencia. Durante éste, muchos países de la región adoptan regímenes de competencia nuevos o modifican aquéllos que ya existían de manera formal pero que no se respetaban. Debido a esto se caracteriza por un “quiebre” o una discontinuidad con la ausencia de promoción y protección de competencia que distingue al periodo anterior. Por último, un tercer periodo, que data del año 2000, y en el que nos encontramos hoy en día, se caracteriza por la continua sofisticación de los regímenes existentes. Durante éste, nuevas reformas dotan a las autoridades en esta materia de mayor autonomía y de herramientas para ser eficaces en el cumplimiento de sus labores¹.

* Abogado de la Universidad de los Andes, I.L. M. de Harvard Law School y candidato a doctor en Derecho de University College London.

¹ Las obras que se refieren a este proceso son las siguientes: Ignacio de León, *An Institutional Assessment of Antitrust Policy: The Latin American Experience*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2009. Véase también del mismo autor: *Latin American Competition Law and Policy: A Policy in Search of Identity*, Kluwer Law International, 2001; Julián Peña, “The Consolidation of Competition Law in Latin America”, en *CPI Antitrust Chronicle*, vol. 2 (2011); Alfonso Miranda Londoño, “Competition Law In Latin America: Main Trends and Features”, en *CEDEC IV*, vol. 2, n.º 2 (2006); Carlos Pablo Márquez, “Competition Law in Latin America and the Caribbean: Statutory Harmonization and Convergence”, 2010. Consultado en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1619467]; Luis Fernando Álvarez-Londoño, “Últimas tendencias en derecho de la competencia en América Latina”, en *Vniversitas*, vol. 115 (2008), pp. 247-262; Juan David Gutiérrez-Rodríguez, “Competition Laws in Latin America and Caribbean: History, Enforcement and Amendments”, en *Competition Law & Economics Working Paper*, n.º 07-05 (2007); Malcolm B. Coate, René Bustamante y A. E. Rodríguez, “Antitrust In Latin America: Regulating Government and Business”, en *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 24, n.º 1 (1992), p. 37.

Esta “historia progresiva” concuerda con los estudios sobre la difusión de modelos reguladores en esta región².

Los textos sobre la historia del derecho de la competencia colombiano presentan una versión local de esta historia que se ajusta más o menos a la “historia progresiva” del derecho de la competencia en América Latina. Ésta señala que Colombia vivió durante buena parte del siglo XX un periodo de proteccionismo industrial en el que no había mayor preocupación por proteger la competencia. Ejemplo de ello es que la autoridad en esta materia, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), decidió muy pocos casos sobre competencia desde la promulgación de la Ley 155 de 1959 hasta mediados de los años noventa. Luego, con el Decreto-Ley 2153 de 1992, se dotó a la SIC de nuevas facultades para proteger la competencia y, a raíz de ello, durante los años siguientes comenzó a adelantar más investigaciones y a incrementar sus actividades en general. Por último, en el 2009 tuvo lugar la última reforma importante en esta materia, que ha llevado a que la SIC cumpla mejor con sus funciones. Esta reforma parece haber conducido a avances notables gracias, entre otras cosas, a los cambios que ocurrieron en materia de integraciones empresariales y abogacía de la competencia³. Así pues, esta visión de la evolución de este campo del derecho sugiere que Colombia está más o menos a la par de otros países de la región, y que, como dice el refrán, “vamos bien y mejorando”.

Esta “historia progresiva” y la literatura sobre la difusión de la regulación en América Latina parten de la premisa de que este campo del derecho no se originó en esta región, sino que se trasplantó de otras jurisdicciones. Los países de la zona, incluida Colombia, han “seguido el ejemplo” de regulación de la competencia establecido por otros países con más experiencia en el tema. Si bien esta apreciación parece correcta, entraña una profunda dificultad: ¿qué “modelo” o tipo de derecho de competencia es el que se ha seguido? Consideramos que esta pregunta es pertinente porque los diferentes elementos de cada modelo o esquema —sus normas sustantivas junto con su respectiva arquitectura institucional— pueden producir patrones de resultados que tienen diversas implicaciones.

² Fabrizio Gilardi, Jacint Jordana y David Levi-Faur, “Regulation in the Age of Globalization: The Diffusion of Regulatory Agencies across Europe and Latin America”, en Graeme A. Hodge (ed.), *Privatization and Market Development*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007, p. 127; Jacint Jordana, “The Institutional Development of Latin American Regulatory State”, en David Levi-Faur (ed.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011.

³ Alfonso Miranda Londoño, “Origen y evolución del derecho de la competencia en Colombia. La ley 155 de 1959 y su legado”, en *Revista de Derecho Competencia*, vol. 6, n.º 6 (2011), p. 65.

Después de todo, este campo del derecho limita lo que las personas, en cuanto consumidores, productores o distribuidores, pueden hacer con su propiedad y el tipo de contratos que pueden celebrar en aras de proteger “la competencia”. Si se sigue un modelo con bases liberales, se realza la legitimidad y validez que tienen la autonomía de la voluntad y la propiedad privada en nuestro ordenamiento, mientras que con un modelo con características intervencionistas se acentúa la validez del “interés público” o del “desarrollo nacional” sobre otras consideraciones. Así, cada modelo puede producir resultados que se ajustan más o menos a los principios establecidos en nuestra Constitución con relación al tipo de relaciones económicas que el derecho colombiano debería promover⁴.

En este artículo sostendré la tesis de que el derecho de la competencia colombiano tiene elementos de varios modelos, pero que, al mismo tiempo, no funciona como ninguno de ellos de forma exacta. A pesar de los intentos de introducir elementos tomados de regímenes de competencia de otras partes del mundo, el derecho de la competencia colombiano tiene, por así llamarlo, una personalidad propia. Es un derecho que sigue dinámicas propias y que por ello merece ser analizado a partir de sus propios elementos y de los principios que informan el ordenamiento jurídico colombiano.

Las diferentes secciones de este artículo desarrollan esta tesis y otras ideas planteadas en esta introducción. En la sección I se hace referencia a una serie de implicaciones que resultan de ver el derecho de la competencia como un campo regulador más. Luego, en la sección II, se identifican algunos elementos del derecho de la competencia colombiano tomados del derecho de la competencia de la Unión Europea; mientras que en la sección III se muestran aquellos elementos tomados del derecho de la competencia estadounidense. En estas últimas dos se busca, entonces, dejar en evidencia las influencias internacionales en el desarrollo del derecho de la competencia colombiano. Finalmente, en la sección IV se concluye que, a pesar de dichos elementos, el derecho de la competencia colombiano debe entenderse como un modelo propio debido a que su contexto político, jurídico y económico permite caracterizarlo mejor como un régimen que complementa otra serie de regímenes o campos del derecho orientados hacia la promoción industrial.

⁴ Mi primera aproximación a este tema se encuentra en Andrés Palacios Lleras, “El Derecho de la competencia: ¿Derecho privado, Derecho público, regulación o Derecho económico?”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, vol. 9 (2013).

I. El derecho de la competencia como regulación

Desde una perspectiva jurídica, el término *regulación* es en especial ambiguo y poco esclarecedor. Tampoco sirve que los libros más reconocidos sobre este tema no ofrezcan una definición de este término precisa o, por lo menos, más exacta que otros términos comunes del léxico jurídico, como *derecho público* o *derecho privado*. Por ejemplo, los autores de *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* definen la *regulación* como una actividad ejercida por los estados —muchas veces por medio de autoridades administrativas— para controlar el desarrollo de actividades sociales por medio de normas jurídicas⁵. Esta definición incluye varias posibilidades: primero, *regulación* puede ser un grupo específico de normas jurídicas de obligatorio cumplimiento cuya observancia depende de una autoridad administrativa; segundo, puede ser todas las formas en las que el Estado influye de manera intencional en actividades económicas y sociales (incluyendo las normas referidas y otras que generan incentivos, pero no determinan ciertos comportamientos), y tercero, también puede referirse a todas las demás formas posibles en las que el Estado influye en dichas actividades (y, además de las anteriores, incluye la influencia de cuerpos no estatales y manifestaciones no intencionales del Estado). No es necesario que dicha influencia sea restrictiva y preventiva, también puede ser facultativa, ya que puede establecer las condiciones en las que se da una actividad para facilitar su desarrollo⁶. Así pues, el Estado y las entidades no estatales pueden ejercer la regulación, directa e indirectamente, facultativa y restrictivamente, intencional e involuntariamente. Visto de esta manera, ¿qué distingue a las normas que constituyen la regulación de aquellas normas que no lo hacen?

A pesar de lo anterior, esta ambigüedad propia del término *regulación* representa también un “punto de escape” de los fenómenos jurídicos desde una perspectiva en extremo legalista y jurídica. Si definimos el *punto de vista jurídico* como el estudio del contenido de las normas jurídicas y su legalidad exclusiva, hablar de *regulación* nos permite hablar, con cierto rigor, de muchos otros fenómenos que se relacionan de manera intrínseca con los procesos de elaboración y aplicación del derecho. Por ejemplo, desde un punto de vista jurídico hablar de las presiones políticas que llevaron a que un reglamento técnico dijera una cosa y no otra es poco relevante, porque lo que importa en realidad es el contenido de dicho reglamento en cuanto norma jurídica. Pero, desde la perspectiva de la regulación

⁵ Robert Baldwin, Martin Cave y Martin Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Nueva York, Oxford University, 2012, pp. 2-3.

⁶ *Idem.*

dichas presiones formarían parte del proceso de expedición de la norma y, por lo tanto, se conectarían con su contenido. Así pues, hablar de *regulación* permite enmarcar fenómenos jurídicos en dinámicas políticas complejas más amplias, que muestran las conexiones entre lo político y lo jurídico que complementan nuestro entendimiento sobre el derecho⁷.

De esta manera, hablar del derecho de la competencia desde la perspectiva de la regulación nos invita a considerar cómo funciona este campo del derecho más allá de la descripción del contenido de las diferentes normas que lo componen. La propuesta de este artículo es ver el derecho de la competencia criollo como una forma de regular las relaciones de rivalidad y cooperación entre productores, comercializadores y consumidores en aras de alcanzar fines (diferentes y, en cierta medida, contradictorios), como preservar la libertad económica, la libre participación de empresas en los mercados y la eficiencia económica. Las normas constitucionales, legales y los decretos crean derechos y obligaciones para los participantes en los mercados, y le asignan un mandato a la SIC de estudiar, caso por caso, su cumplimiento. La SIC ejerce las funciones que se le han asignado y expide resoluciones en las que da cuenta de sus investigaciones y de las decisiones que toma a partir de éstas. Sin embargo, la discrecionalidad que esta entidad tiene para realizar sus funciones está mediada por el hecho de pertenecer a la rama ejecutiva del Estado y, por consiguiente, por su poca autonomía. A su vez, las decisiones de la SIC están sometidas al control judicial, lo que crea una oportunidad para que los jueces revisen si sus actuaciones se ajustan a lo establecido en las diferentes normas jurídicas que determinan sus funciones. Nótese que las tres principales actividades —la formulación de normas, su aplicación y el control de la aplicación— recaen en especial en el Estado, aunque empresas con poder político, gremios empresariales y ciudadanos particulares han influido en su desarrollo de distintas maneras. Las empresas y los gremios, por ejemplo, han ejercido presiones para minimizar los efectos de las normas sustantivas antes de su promulgación y han logrado concesiones en muchos casos importantes. Si desmenuzamos este esquema en normas jurídicas veríamos que está compuesto por: (1) normas constitucionales y legales que (a) establecen normas sustantivas sobre conductas prohibidas o permitidas a personas

⁷ Si bien hablar de regulación constituye un “escape” al punto de vista netamente jurídico (cualquiera que éste sea), es importante precisar que no es el único, ni el mejor. La sociología jurídica, con sus metodologías de investigación, también puede proporcionar análisis ricos que van más allá de la descripción del contenido de las normas jurídicas. Además, es común encontrar sociólogos que estudian regulación y sus resultados pueden ser particularmente ricos. Un buen ejemplo de lo anterior es el libro de Michel Foucault, *The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978-1979*, Great Britain, Palgrave Macmillan, 2010.

naturales y jurídicas, públicas y privadas, y (b) determinan las funciones de la SIC y los procesos que debe seguir para realizarlas; (2) decretos que puntualizan o modifican ciertos aspectos de la estructura y el funcionamiento de esta entidad; (3) actuaciones particulares de dicha entidad y (4) sentencias judiciales que dirimen conflictos con respecto a la adecuación de dichas actuaciones a las normas legales y constitucionales.

A pesar de lo anterior, no hay que dejarse persuadir por cierta teleología implícita en esta manera de caracterizar el derecho de la competencia colombiano. No se trata, pues, de un esquema regulador que fue promulgado para hacerles la vida más fácil a los colombianos, como si fuera un acto desinteresado del Estado recibido con vítores por las empresas afectadas. La historia —poco investigada— de este esquema sugiere un panorama mucho más rico y complejo. Sabemos que cuando se promulgó la primera norma sobre libre competencia, el Decreto-Ley 2061 de 1955, las relaciones entre el gobierno de Rojas Pinilla y los gremios empresariales se caracterizaron por fuertes tensiones y antagonismos⁸. También sabemos que se modificó la Ley 155 de 1959 para ampliar el régimen de exenciones⁹. De igual manera, el Decreto 2153 de 1992 (expedido a partir del artículo 20 transitorio de la Constitución Política de 1991) contiene normas sustantivas sobre competencia porque el Gobierno temía que el Congreso de ese entonces no aprobara una nueva ley en esta materia¹⁰. Por último, el texto final de la Ley 1340 del 2009 también permite eximir al sector agrícola de las prohibiciones contenidas en otras normas, lo que constituye otra evidencia de las tensiones políticas que rodean a la protección de la competencia en Colombia¹¹. Todo lo anterior sugiere que el “espacio de regulación” en el que tiene lugar este esquema de regulación es menos lineal que lo que sugiere su mera caracterización como regulación¹².

Contar la historia del derecho de la competencia (como campo regulador) a partir de las fuerzas que han propiciado su evolución es una labor que merece un es-

⁸ Eduardo Sáenz Rovner, *Colombia años 50: industriales, política y diplomacia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002.

⁹ Véase, por ejemplo, el Decreto 1302 del 1.º de junio de 1964, en *Diario Oficial*, n.º 31 922, 3 de mayo de 1964.

¹⁰ Véase CEDEC, *Historia del Derecho de la Libre Competencia* (video). Minutos 27, 45 y 46. Consultado en [https://www.youtube.com/watch?v=OyFIIm2sE3to&list=PLcZQSMp7CBBw1EEgH9cFT'OcaCUTJRMENq&index=3].

¹¹ Congreso de la República, Ley 1340 del 24 de julio del 2009, artículo 5, en *Diario Oficial*, n.º 47 420, 24 de julio del 2009.

¹² Sobre “espacio de regulación”, véase Leigh Hancher y Michael Moran, “Organizing Regulatory Space”, en Leigh Hancher y Michael Moran (eds.), *Capitalism, Culture, and Economic Regulation*, Nueva York, Oxford University, 1989, pp. 271-300.

tudio en sí mismo y, por lo tanto, no será abordado en estas páginas. Este artículo busca algo más específico: resaltar las tensiones que resultan de ver el derecho de la competencia colombiano como si siguiera o se hubiera inspirado en el derecho de la competencia de la Unión Europea o en el de los Estados Unidos. Esto es relevante porque la articulación de las funciones de la SIC se somete de forma continua a las expectativas de distintos actores —litigantes, funcionarios, profesores— basadas en el funcionamiento de este campo del derecho en esos países. En otras palabras, las percepciones de estos actores condicionan mucho la forma en la que se entienden tanto las actuaciones de la SIC como los diferentes propósitos que éstas deberían cumplir, y el rol general de la protección de la competencia en nuestro contexto. Dichas expectativas se pueden apreciar en la literatura internacional y nacional que tratan del desarrollo de este campo del derecho y presentan la ya mencionada “historia progresiva”. Así mismo, dichas expectativas tienen lugar en las distintas etapas en las que las relaciones establecidas por el esquema de regulación empiezan a desenvolverse: desde la adopción inicial de las normas de competencia, su aplicación por la SIC, el respectivo control judicial, hasta las futuras reformas que vayan a tener lugar. De ahí la importancia de poder discutir las similitudes y diferencias de nuestro derecho de la competencia con el de otros países, que es el tema de las secciones siguientes.

II. Elementos europeos en el derecho de la competencia colombiano

El derecho de la competencia de la Unión Europea se considera uno de los “modelos” de competencia más influyentes del mundo¹³. En lo que se refiere a su arquitectura institucional, dicho modelo se distingue por girar en torno a una única entidad independiente, de naturaleza administrativa que investiga y sanciona conductas restrictivas de la competencia de manera autónoma, es decir, las autoridades judiciales ejercen un control de legalidad sobre sus decisiones, que se basa en si las decisiones cuestionadas están dentro de los parámetros establecidos por las normas procesales y sustantivas. En cuanto a las normas sustantivas como tal, éstas se refieren, por separado, a negocios jurídicos (acuerdos, contratos y demás) y a prácticas paralelas, y a abusos de la posición dominante. De hecho, el concepto *abuso de la posición dominante* es de stirpe europea. Estas

¹³ Véase, por ejemplo, David J. Gerber, “Comparative Antitrust Law”, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Nueva York, Oxford University, 2006; Keith N. Hylton y Fei Deng, “Antitrust Around The World: An Empirical Analysis of the Scope of Competition Laws and Their Effects”, en *Antitrust Law Journal* (2007).

normas suelen distinguir entre el objeto de los acuerdos, contratos y demás, y sus efectos. El análisis del objeto del acuerdo o negocio jurídico se refiere a si el negocio jurídico en cuestión busca restringir la competencia, mientras que el análisis de sus efectos se basa en las consecuencias que dicho negocio produce en el mercado relevante. Por último, es un modelo que supone que la protección de la competencia es un asunto de interés público y que depende de las actuaciones que dicha entidad inicie por voluntad propia¹⁴.

A. La historia de la SIC: entre la experticia jurídica y la dependencia política

A primera vista parece que la actual arquitectura institucional de la SIC tiene muchos elementos en común con el modelo europeo. Algunas características, como la concentración de decisiones de investigación y sanción, la naturaleza de autoridad única y su carácter administrativo sugieren cierta similitud. Sin embargo, la historia de la SIC muestra que, a pesar de las similitudes, esta entidad no sigue del todo el modelo europeo. En particular, su historia sugiere que llegó a tener las características mencionadas más por la manera en la que se concebía la arquitectura institucional del control de precios en el país que por seguir el modelo de esa región.

El Decreto 2061 de 1955 estableció el primer régimen de protección de competencia en el país, pero la Ley 155 de 1959 (todavía vigente) lo derogó de forma tácita. Poco se sabe de los orígenes o la aplicación del Decreto 2061 de 1955, y para todos los efectos prácticos, el régimen establecido por la Ley 155 de 1959 se considera la piedra angular de este campo del derecho. Dicho régimen está compuesto por una prohibición general (que abarca tanto acuerdos como actos unilaterales) que: prohíbe ciertas prácticas de distribución, limita ciertos aspectos de la composición de juntas directivas de empresas y establece por primera vez un régimen de control previo de integraciones. De igual manera, incluye un párrafo con el que se exceptúan muchas conductas de la aplicación de la prohibición general establecida en el artículo 1.º. La tarea de aplicar estos mandatos se asigna al entonces Ministerio de Fomento y a las superintendencias que tenía bajo su cargo, en especial la Superintendencia de Regulación Económica¹⁵. Casi diez años después, el Decreto-Ley 2974 de 1968 crea la SIC y le asigna las

¹⁴ Una historia del rol de la Comisión Europea en el desarrollo del derecho de la competencia de la Unión Europea se puede encontrar en Lee McGowan, *The Antitrust Revolution in Europe: Exploring the European Commission's Cartel Policy*, Northampton, Edward Elgar, 2010.

¹⁵ Congreso de la República, Ley 155 del 24 de diciembre de 1959, en *Diario Oficial*, n.º 30138, del 22 de enero de 1960; Decreto 1653 del 27 de junio de 1991, en *Diario Oficial*, n.º 39881, del 27 de junio de 1991.

funciones de vigilancia y control que tenía ese ministerio en el momento¹⁶. Más adelante, el Decreto 149 de 1976 consolida a la SIC como la autoridad encargada de aplicar las normas de competencia establecidas en la Ley 155 de 1959 y de vigilar el cumplimiento de las normas sobre control de precios, una labor que hasta ese entonces adelantaban las superintendencias adscritas al Ministerio. Este decreto es además de particular importancia porque modificó la estructura interna de esta entidad al crear la figura de superintendente delegado y un proceso sancionatorio que constaba de dos instancias¹⁷.

A partir de la década de los noventa tiene lugar una serie de cambios que definió la estructura y las funciones de esta entidad como las conocemos hoy en día. En 1992 el presidente de la República expidió el Decreto-Ley 2153 con las facultades especiales que le había concedido el artículo 20 transitorio de la Constitución Política de 1991. A pesar de que este artículo transitorio sólo le permitía al Gobierno modificar las funciones de las entidades públicas, el Decreto 2153 contenía normas sustantivas que limitaban los derechos de las personas y las empresas. Sin embargo, el Consejo de Estado decidió que el decreto se ajustaba a la Constitución porque las normas sustantivas estaban íntimamente ligadas a las funciones que el decreto-ley le otorgaba a la SIC¹⁸. Además, este decreto eliminó la doble instancia en el interior de esta entidad e hizo que el proceso administrativo sancionador fuera de una única instancia¹⁹. A pesar de que se presenta como la norma que “modernizó” el derecho de la competencia colombiano, la estructura que estableció para la SIC era igual a aquella desarrollada por los decretos anteriores.

El siguiente cambio importante que tuvo lugar fue la Ley 1340 del 2009, la única otra expedida por el Congreso que se refiere a la protección de la competencia

¹⁶ Alfonso Miranda, “El diseño de la autoridad de la competencia en Colombia: necesidad de introducir reformas”, en *Revista de Derecho de la Competencia*, vol. 8 (2012), p. 29.

¹⁷ Decreto 149 del 27 de enero de 1976, en *Diario Oficial*, n.º 34570, 11 de junio de 1976. El primer superintendente delegado era quien podía imponer las multas en primera instancia a partir de los informes presentados por las secciones bajo su cargo, mientras que el superintendente de Industria y Comercio podía revisar dicha multa en segunda instancia. Tanto el primero como el segundo eran cargos de libre nombramiento y remoción por el presidente. Véanse los artículos 7.º a 14 de este decreto.

¹⁸ República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 7 de diciembre de 1993, M. P. Libardo Rodríguez Rodríguez.

¹⁹ A finales de la década de 1990, el Gobierno recurrió de nuevo al uso de facultades extraordinarias (esta vez establecidas por la Ley 489 de 1998) para intentar modificar la estructura de la SIC con el fin de que fuera la única autoridad de competencia, pero esta vez sin mayor éxito. La Corte Constitucional declaró inexecutable los dos decretos por medio de los cuales el Gobierno intentó hacer esto —el Decreto 1122 de 1999 y el Decreto 266 del 2000—. Corte Constitucional, Sentencia C-923 del 18 de noviembre de 1999 y Sentencia C-1316 del 29 de septiembre del 2000, respectivamente.

desde la Ley 155 de 1959. Esta ley introdujo varios cambios, tanto en lo referente a las normas sustantivas como a la estructura de la SIC. En cuanto a las primeras, vale la pena mencionar que modificó el régimen de integraciones, estableció la figura de delación y concilió el régimen general de competencia con los regímenes de sectores especiales. En relación con la segunda, constituyó a la SIC como autoridad única en materia de competencia y creó un sistema de abogacía de la competencia que le permitiera oponerse a decretos y otras normas de igual o menor alcance que tuvieran efectos anticompetitivos²⁰. El Decreto 4886 del 2011 terminó de apuntalar la estructura administrativa de esta entidad pero sin introducir cambios radicales²¹. Por último, la Ley 1437 del 2011 introdujo una serie de cambios con respecto a la manera en la que esta entidad adelanta los procesos de investigación. No sobra recordar que las decisiones de la SIC, en tanto actos administrativos, están sujetas a que los jueces administrativos ejerzan un control de legalidad²². Así pues, la naturaleza administrativa de la SIC es una consecuencia del lastre institucional que resultó de la arquitectura del control de precios que hubo en el país en la segunda mitad del siglo XX²³.

Otros elementos de la SIC sugieren cierta similitud con el modelo europeo. La SIC, al igual que la Comisión Europea (CE) —su homólogo en lo que se refiere a la aplicación de las normas de competencia—, lleva a cabo funciones que versan sobre la aplicación de distintos regímenes jurídicos. La SIC es la única autoridad en materia de prácticas restrictivas de la competencia y también vigila el cumplimiento de la normatividad relacionada con competencia desleal (donde tiene funciones jurisdiccionales además de administrativas), protección al consumidor, propiedad intelectual, *habeas data*, metrología legal, entre otras²⁴. Pero, a diferencia de la CE, esto se debe más a una acumulación de funciones disímiles, reflejada en la historia comentada. La respuesta institucional a los problemas

²⁰ Congreso de la República, Ley 1340 del 24 de julio del 2009, en *Diario Oficial*, n.º 47 420, del 24 de julio del 2009; Corte Constitucional, Sentencia C-172 del 19 de marzo del 2014, M. P. Jorge Iván Palacio.

²¹ El Decreto 4886 del 2011 derogó de forma parcial el Decreto 1687 del 2010, el cual a su vez intentó corregir discrepancias que el Decreto 3523 del 2009 creó con respecto a la Ley 1340 del 2009. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Decreto 3523 del 15 de septiembre del 2009, en *Diario Oficial*, n.º 47 473, 15 de septiembre del 2009, Decreto 1687 del 14 de mayo del 2010, en *Diario Oficial*, n.º 47 709, 14 de mayo del 2010, y Decreto 4886 del 23 de diciembre del 2011, en *Diario Oficial*, n.º 48 294, 26 de diciembre del 2011.

²² República de Colombia, Constitución Política de Colombia. Hay varios artículos en la Constitución al respecto, pero el principio se encuentra consagrado en el artículo 6.º. En lo que se refiere al control de legalidad por los jueces administrativos, véase el texto del Congreso de la República, Ley 1437 del 18 de enero del 2011, en *Diario Oficial*, n.º 47 956, 18 de enero del 2011.

²³ Una excelente recopilación de las normas de competencia puede encontrarse en el siguiente enlace: [<https://centrocedec.org/normativa/>].

²⁴ Decreto 4886.

que resultan de esta acumulación ha consistido en reforzar la estructura de la entidad y en particular los despachos (o delegaturas) y las direcciones que realizan sus funciones de manera más o menos independiente bajo la coordinación del despacho del superintendente de Industria y Comercio²⁵. Al interior de cada despacho y dirección es donde podemos encontrar la experticia técnica de esta entidad, en el sentido de que hay funcionarios que se dedican a temas puntuales bajo ciertas normas formales (e informales) que les guían en su quehacer. Así, por ejemplo, en el despacho del superintendente delegado para la protección de la competencia encontramos un equipo dedicado a integraciones empresariales, lo cual refleja una especialización funcional, ya que estos equipos se dedican a un tema específico y se encuentran dentro de una organización administrativa (el “despacho”) dedicada a un campo específico del derecho.

Lo anterior bien podría haber llevado a que la SIC se posicionara como una institución reconocida por la calidad técnica de sus decisiones, pero ése no ha sido el caso. La relativa anonimidad de la SIC en la historia política y económica colombiana es una incógnita que se debe estudiar y que contrasta con la notoriedad que tiene la CE en su propio contexto. A diferencia de otras entidades relacionadas con el devenir económico del país, como el Departamento Nacional de Planeación (DNP), la SIC no se reconoce mucho por el perfil técnico de sus actuaciones o de sus funcionarios, a pesar de que en épocas recientes haya hecho considerables esfuerzos para ello. Hay varias razones para esa situación, pero es probable que la más importante sea que a lo largo de su historia no se ha relacionado con los “tecnócratas” de élite colombianos, como sí lo ha sido el DNP²⁶.

Durante su funcionamiento, la SIC ha sido vista como una entidad administrativa de bajo perfil, cuyo deber es aplicar normas jurídicas de forma mecánica y sin voz para referirse sobre las coyunturas económicas del país. Dos aspectos refuerzan este argumento: en primer lugar, cuando la SIC asumió las funciones de protección de competencia era una entidad adscrita a un ministerio, no participaba de forma directa en los debates económicos y no atraía a jóvenes tecnócratas (como sí lo hacía el DNP); en segundo lugar, si bien la SIC se ha vuelto una entidad independiente en términos jurídicos²⁷, sigue dependiendo en términos políticos

²⁵ *Idem*; Decreto 2153 del 30 de diciembre de 1992, en *Diario Oficial*, n.º 40704, 31 de diciembre de 1992.

²⁶ Véase Consuelo Uribe Mallarino, “The Positioning of Economic Rationality in Colombia”, en *Bulletin of Latin American Research*, vol. 33, n.º 1 (2014), p. 46; Luis Bernardo Flórez, “Colombia: Economics, Economic Policy and Economists”, en Verónica Montecinos y John Markoff (eds.), *Economists in the Americas*, Northampton, Edward Elgar, 2009.

²⁷ Congreso de la República, Ley 489 del 29 de diciembre del 1998, artículos 38 y 82, en *Diario Oficial*,

del presidente de la República. El presidente nombra y remueve a quienes ocupan los cargos de superintendente y superintendentes delegados²⁸, y quienes los han asumido no han tenido un conocimiento profundo de las normas que la SIC aplica (con algunas excepciones)²⁹. Por ello, la Superintendencia de Industria y Comercio sigue la pauta marcada por otras entidades y personas de la rama ejecutiva. En esto es bien diferente a la CE, ya que ésta es una entidad supranacional y no depende del poder ejecutivo de un sólo país miembro de la Unión Europea. No obstante, los superintendentes se han vuelto fichas importantes en el ajedrez político del país, bien sea porque tienen conexiones personales con altos miembros del Gobierno o bien porque tienen una capacidad sancionatoria considerable.

B. Similitudes y diferencias entre las normas sustantivas del derecho de la competencia comunitario y colombiano

En lo que se refiere al contenido de las normas sustantivas, las similitudes entre el derecho colombiano y el modelo europeo son más evidentes³⁰. Si bien el colombiano tiene una prohibición general que abarca tanto conductas multilaterales que restringen la competencia (acuerdos, contratos y prácticas paralelas) como conductas unilaterales (abuso de la posición dominante), el Decreto 2153 de 1992 complementa lo anterior en cierta medida al reproducir el contenido de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Y, además, introduce otra serie de elementos que no se encontraban en el sistema comunitario europeo.

Un breve repaso de la estructura de estas normas puede ser útil para apreciar mejor las similitudes y diferencias entre las normas comunitarias europeas y las colombianas. El artículo 101 TFUE se divide en tres partes: la primera (101[1]) contiene una prohibición general de acuerdos, contratos y prácticas paralelas

n.º 43 464, 30 de diciembre de 1998; Congreso de la República, Ley 1151 del 24 de julio del 2007, artículo 71, en *Diario Oficial*, n.º 46 700, 25 de julio del 2007. No siempre ha sido así; antes era una entidad adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico. Véase el Decreto 149, artículo 6.º.

²⁸ Decreto 149, artículo 7.º; Decreto 2153, artículo 4.º, numeral 19. El Decreto 1817 del 2015 modifica parcialmente el régimen de selección y remoción del superintendente, pero aun así es el presidente quien puede de manera unilateral decidir si remueve o no a un superintendente.

²⁹ Al respecto, el Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC) tiene varios videos con los superintendentes nombrados desde 1998 hasta el 2012, en los que se comenta el perfil de los exsuperintendentes. Véase José Orlando Montealegre y Emilio Archila, "The History of Competition Law in Colombia according to the Superintendents' Criteria (I)". Disponible en [<https://www.youtube.com/user/centrocedec/videos>].

³⁰ Por motivos de espacio el análisis aquí presentado no incluye un análisis del régimen de integraciones empresariales, que obviamente también contiene normas sustantivas.

que tienen por objeto o efecto restringir la competencia en el mercado interno, y una lista no taxativa de acuerdos prohibidos que incluyen, entre otros, la fijación de precios; la segunda parte de este artículo (101[2]) establece que los acuerdos mencionados son nulos de pleno derecho, y la tercera (101[3]) indica una excepción: los acuerdos mencionados en el artículo 101(1) TFUE pueden estar exentos de la prohibición si fomentan la producción de artículos o el desarrollo de tecnologías y reservan una porción de los beneficios obtenidos para los consumidores, siempre y cuando los acuerdos sean indispensables para el fin buscado y no eliminen la competencia de forma sustancial³¹. A su vez, el artículo 102 TFUE prohíbe de manera general los abusos de la posición de dominio de una o varias empresas que afecten el comercio entre países miembros o una parte sustancial de éste, e incluye una lista no taxativa de actos considerados abusivos³². Las

³¹ Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 101. Su texto es el siguiente:

1. “Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:
 - a. fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
 - b. limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
 - c. repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
 - d. aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
 - e. subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.
2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.
3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:
 - cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
 - cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
 - cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos, o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:
 - a. impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
 - b. ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”.

³² Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 102. Su texto es el siguiente: “Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a. imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b. limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c. aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d. subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

conductas enumeradas en esta lista concuerdan con algunas de las establecidas en el artículo 101(1) TFUE.

A su vez, las normas colombianas siguen una estructura parecida a la que tienen las normas comunitarias europeas. La Ley 155 de 1959 establece una prohibición general que se refiere tanto a acuerdos, conductas y actos³³ como a una excepción general con el mismo alcance³⁴. A su vez, el Decreto 2153 tiene artículos que se refieren a acuerdos y otras conductas multilaterales, como su nulidad, la prohibición de abuso de la posición dominante y excepciones. El artículo 45 define qué son acuerdos, actos, conductas y posiciones de dominio³⁵. Los artículos 47 y 50, que tratan respectivamente de acuerdos y conductas restrictivas de la competencia, y abusos de la posición dominante, reproducen con ciertas variaciones los artículos 101(1) y 102 TFUE. Ambos artículos se refieren al artículo 44 del mismo decreto, con lo cual se hace una remisión expresa a la prohibición contenida en el artículo 1.º de la Ley 155 de 1959³⁶. A su vez, el artículo 47 contiene una lista no taxativa de acuerdos que se consideran contrarios a la libre competencia y que incluyen las mismas conductas señaladas en el artículo 101(1) TFUE³⁷.

³³ Ley 155. El texto de dicho artículo después de su reforma por el Decreto 3307 del 30 de septiembre de 1963, en *Diario Oficial*, n.º 31 265, 30 de diciembre de 1963 es el siguiente: “Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”.

³⁴ Ley 155. El texto original de este párrafo es el siguiente: “Parágrafo 1: El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdo o convenio que no obstante limitar la libre competencia, tenga por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general”. Esta excepción fue modificada más adelante por el Decreto 1302 y la Ley 1340.

³⁵ República de Colombia, Decreto 2153, artículo 45. El texto de esta norma es el siguiente: “Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

1. Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.
2. Acto: Todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica.
3. Conducta: Todo acto o acuerdo.
4. Control: La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.
5. Posición Dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.
6. Producto: Todo bien o servicio”.

³⁶ *Ibid.*, artículo 44. “La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante”.

³⁷ *Ibid.*, artículo 47. El texto de este artículo es el siguiente: “Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia,

De igual manera, el artículo 50 contiene una lista no taxativa de conductas de la posición dominante consideradas abusivas que concuerdan con las establecidas en el artículo 102 TFUE (y el artículo 47 del mismo decreto)³⁸. El acuerdo 46 del Decreto 2153 de 1992 contiene una nulidad muy similar a la establecida en el artículo 101(2) TFUE³⁹. El artículo 49 de este decreto, a su vez, contiene un régimen de excepciones más amplio que el establecido en el artículo 101(3). En particular, el artículo del decreto colombiano incluye tanto acuerdos como actos y no dice nada respecto a la indispensabilidad del acuerdo para extenderle parte de los beneficios obtenidos a los consumidores o a una reducción sustancial de la competencia. En cambio, sí se refiere al cumplimiento de estándares y

entre otros, los siguientes acuerdos:

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.
2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.
3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.
4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.
5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.
6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.
7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.
8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.
9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.
10. (Numeral adicionado por el art. 16 de la Ley 590 del 2000). Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización”.

³⁸ *Ibid.*, artículo 50. El texto de este artículo es el siguiente: “Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.
2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.
3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.
4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.
5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.
6. Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 del 2000. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización”.

³⁹ *Ibid.*, artículo 46. El texto original de este artículo es el siguiente: “En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito”.

a facilidades comunes⁴⁰. Por último, el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 no tiene correlación alguna con los artículos comunitarios europeos. Este artículo prohíbe actos que pueden restringir la competencia, como infringir las normas de publicidad establecidas en el estatuto del consumidor, influir en la política de precios de una empresa y negarse a contratar con una empresa como retaliación por su política de precios⁴¹. La siguiente tabla resume y compara, de manera general, el contenido de los artículos de la Comunidad Europea mencionados con el de la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992.

Tabla 1. Resumen comparativo de normas TFUE y normas colombianas

Contenido	Normas TFUE	Normas colombianas
Prohibición general	Artículo 101(1)	Ley 155 de 1959, artículo 1.º
Prohibición acuerdos, contratos y prácticas paralelas que restringen la competencia	Artículo 101(1)	D. 2153 de 1992, artículos 45 (definición de acuerdos) y 47 (lista de acuerdos)
Nulidad	Artículo 101(2) (conductas)	D. 2153 de 1992, artículo 46 (conductas)
Excepciones	Artículo 101(3) (conductas)	Ley 155 de 1959, parágrafo del artículo 1.º D. 2153 de 1992, artículo 49 (conductas)
Prohibición de abuso de la posición dominante	Artículo 102	D. 2153 de 1992, artículos 45 (definición de conductas y posición dominante) y 50 (lista de conductas)
Prohibición de actos contrarios a la competencia	—	D. 2153 de 1992, artículos 45 (definición de actos) y 48

Fuente: elaboración propia.

⁴⁰ *Ibid.*, artículo 49. El texto de este artículo dice lo siguiente: “Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:

1. Las que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología.
2. Los acuerdos sobre cumplimientos de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado.
3. Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes”.

⁴¹ *Ibid.*, artículo 48. El texto de este artículo es el siguiente: “Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos:

1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.
2. Influnciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios.
3. Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios”.

Así pues, a manera de resumen vemos que las normas colombianas se parecen a las normas comunitarias europeas en tres aspectos, a saber: (1) contienen una prohibición general y una lista no taxativa de acuerdos y actos prohibidos; (2) los acuerdos comparten la distinción entre objeto y efecto; (3) los acuerdos y actos prohibidos son básicamente los mismos, y (4) éstos caracterizan de manera muy similar lo que es el abuso de la posición dominante. De igual manera, las principales diferencias de estos dos conjuntos de normas son: (1) su estructura y (2) su alcance —el régimen colombiano tiene una serie de excepciones más amplias y prohíbe actos que no están prohibidos en el régimen comunitario europeo.

A partir de esto, no es de extrañar que suela pensarse que el régimen colombiano sigue de cerca el modelo europeo. Tanto la naturaleza administrativa de este campo del derecho como el contenido mismo de las normas permite llegar a esa conclusión —si se supone, por supuesto, que la historia de la SIC y las diferencias de alcance de las normas puedan obviarse—. Sin embargo, como se sugiere a continuación, el régimen colombiano también refleja de cierta manera la influencia del modelo estadounidense de derecho de la competencia en el momento preciso de interpretar estas disposiciones legales.

III. Elementos estadounidenses en el derecho de la competencia colombiano

El modelo estadounidense del derecho de la competencia se considera el otro modelo influyente en materia de derecho de la competencia⁴². En lo que se refiere a su arquitectura institucional, éste gira en torno al proceso litigioso que se surte ante los jueces federales y, en menor medida, a las investigaciones y decisiones proferidas por la Federal Trade Commission (FTC) y la dirección de competencia del Departamento de Justicia (DOJ, por su sigla en inglés). A diferencia del modelo europeo, en el modelo estadounidense los jueces federales han sido los principales actores encargados de definir el alcance de las prohibiciones contenidas en las leyes federales, como la Ley Sherman de 1890. Si bien las otras autoridades que forman parte de este sistema también han desempeñado un rol importante, al estar sometidas a la rama judicial federal, sus decisiones e iniciativas están sujetas a los pronunciamientos que los jueces hagan de ellas. Como resultado, este campo del derecho en los Estados Unidos se basa en litigios adelantados por particulares o por las autoridades mencionadas, y su desarrollo conceptual está atado a la manera en la que los jueces estudian los argumentos

⁴² Véase, por ejemplo, Gerber, *op. cit.*; Hylton, *op. cit.*

presentados por los litigantes. En particular, por diferentes razones históricas, este desarrollo está anclado en el derecho privado que forma parte del *common law* de este país⁴³. El proceso de entrada de Colombia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha reforzado la influencia de este modelo en el país.

Una de las particularidades doctrinales del derecho de la competencia estadounidense, o *antitrust*, es la creación jurisprudencial de dos categorías de análisis basadas en la razonabilidad de las restricciones que una conducta pueda imponer en la competencia. Éstas son análogas a los *test* de proporcionalidad en derecho constitucional.

Una primera categoría considera que hay ciertos acuerdos y actos que restringen la competencia de manera tan poco razonable que, sin importar los beneficios que produzcan, están prohibidos. Se conoce como “regla de ilegalidad *per se*”, y es la categoría con la que se analizan los carteles, ciertos acuerdos de fijación de precios y de repartición de mercados. Una vez se prueba que la conducta sometida a esta categoría tuvo lugar, la parte acusada no puede argumentar que tiene efectos positivos que la redimen.

Una segunda categoría, más generalizada, considera que es importante determinar la naturaleza, el propósito y el efecto de los actos o acuerdos que se discuten antes de concluir sobre su legalidad. Esta categoría supone que dichos actos y acuerdos, a pesar de restringir la competencia, también pueden producir resultados deseables para los consumidores u otros actores que formen parte del mercado. Así pues, esta categoría, llamada “regla de la razón”, implica comparar los efectos negativos producidos por los actos y acuerdos con los efectos positivos que pueden producir. Su principal característica es que obliga a las partes en contienda a aportar pruebas que corroboren sus pretensiones sobre la legalidad o ilegalidad del acto o de la conducta en cuestión a partir de sus efectos en el mercado relevante⁴⁴.

Por razones que presentaré, pienso que resulta poco realista considerar que el sistema colombiano adopta estas categorías originadas en el derecho *antitrust* estadounidense. Sin embargo, un sector de la doctrina, la SIC, en algunos de sus pronunciamientos, y algunos jueces, han adoptado posiciones consistentes con

⁴³ Véase James May, “Antitrust in the Formative Era: Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880-1918”, en *Ohio State Law Journal*, vol. 257 (1989), pp. 269-277.

⁴⁴ Véase un análisis interesante de estas categorías en Corte Suprema de EE. UU., *Arizona vs. Maricopa County Medical Society*, n.º 80-419, 1982.

la “regla de la razón”. Con respecto a la doctrina, Alfonso Miranda Londoño ha escrito varios textos en los que asegura que el sistema colombiano opta por el uso de estas categorías. El primero de ellos (del que tengo noticia) es una ponencia de 1997 titulada *El régimen general de la libre competencia*, en la que se afirma que

[e]s indiscutible que en el régimen general de la libre competencia imperante en Colombia existen dos sistemas fundamentales de análisis, que siguiendo el derecho antimonopolístico norteamericano podríamos llamar el sistema de la regla de la razón y el sistema de la ilegalidad *per se*⁴⁵.

A continuación plantea que la aplicación del artículo 1.º de la Ley 155 de 1959 y el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 se basa en la “regla de la razón” mientras que el artículo 47 del mencionado decreto se aplica bajo la categoría de “ilegalidad *per se*”⁴⁶. En un artículo académico posterior, el autor mantiene esta afirmación y señala que la categoría de *per se* también se extiende a los artículos 48 y 50 del mencionado decreto⁴⁷. La razón de la distinción en el uso de estas categorías, explica el autor, es que la generalidad del artículo 1.º de la Ley 155 de 1959 y el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 permite investigar y sancionar conductas anticompetitivas que el legislador no prevea. Precisamente por esto, la persona o empresa investigada por violar sólo el artículo 1.º de esta ley debe poder aportar pruebas que muestren los beneficios que resultan de dicha práctica en el mercado relevante⁴⁸. A su vez, este argumento permite controvertir la idea de que el artículo 1.º de la Ley 155 de 1959 funciona de manera residual al incluir todos los acuerdos, los actos y las conductas restrictivos que no están contenidos en las otras disposiciones del Decreto 2153 de 1992. En el sentido del autor, un análisis basado en la “regla de la razón” del artículo 1.º de la Ley 155 de 1959 permite afirmar la legalidad de conductas que, además de no estar incluidas en el decreto, no son restrictivas porque las limitaciones que introducen en el mercado relevante serían razonables⁴⁹. Otros investigadores del tema reconocen la acogida que tiene la categoría de *per se* e invitan a la SIC y a los jueces a desarrollar análisis de las normas de competencia que se basen menos en el tenor literal de la ley para aprovechar las experiencias estadounidenses en la materia⁵⁰.

⁴⁵ Alfonso Miranda Londoño, *El régimen general de la libre competencia* (ponencia), Bogotá, Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial, 1997. Consultado en [http://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-rc3a9gimen-general-de-la-libre-competencia-aml.pdf].

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 17-20. (cursiva en el texto original)

⁴⁷ Miranda, “Origen y evolución”, *cit.*, p. 83.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 86 y 87.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 89 y 95.

⁵⁰ Carlos Andrés Uribe Piedrahita, “¿Los acuerdos horizontales de precios en Colombia se resuelven

Por su parte, la SIC, en cuanto a resoluciones y conceptos, ha mostrado a lo largo de su historia cierta vacilación por adoptar de manera decidida estas categorías de análisis. Entre el 2001 y el 2009, en unos conceptos la entidad manifestó de manera expresa que la celebración de acuerdos restrictivos, como los prohibidos en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se analiza bajo la categoría de ilegalidad *per se*⁵¹. En otros conceptos no lo dijo de manera expresa, pero sí lo ha dado a entender de manera tácita⁵². De la misma forma, en varias resoluciones sancionatorias, la SIC estableció de manera explícita que no es necesario probar los efectos restrictivos generados por una de las conductas señaladas en el mencionado decreto, ya que su sola ocurrencia está prohibida por éste⁵³. Luego, es probable que como resultado de la entrada en vigor de la Ley 1340 del 2009, en la Resolución 40346 del 2010 la SIC haya cambiado de parecer; el superintendente delegado para la protección de la competencia señaló primero que no se habían acogido ambas categorías de análisis y luego afirmó que lo importante a la hora de analizar la licitud de una conducta es su incidencia en el mercado⁵⁴. Después, en la Resolución 46235 del 2010 archivó una investigación sobre un acuerdo de no competencia bajo el argumento de que éste no afectaba la competencia en el contexto del mercado relevante a la transacción⁵⁵. Por último, en la Resolución sancionatoria 23890 del 2011 de la SIC, que trata sobre la repartición de fuentes de abastecimiento, tanto los representantes de las partes investigadas como la entidad se refirieron a ambas categorías, pero la SIC no hizo ningún pronunciamiento expreso sobre qué categoría adoptaba⁵⁶.

Las decisiones judiciales que han analizado este tema son más bien escasas. Algunas de ellas, que aparecen de manera recurrente en las decisiones de la SIC, sostienen que la sola ocurrencia de una conducta prohibida por el Decreto 2153 de 1992 no es suficiente para ameritar una sanción. Por ejemplo, la Corte Constitucional señaló en la Sentencia C-535 de 1997 que una interpretación *per se* de la prohibición que versa sobre cláusulas de exclusividad no es correcta porque

por la regla *per se*: el caso de las empresas de vigilancia y los retos del Consejo de Estado”, en *Vniversitas*, n.º 112 (2006), pp. 149-191.

⁵¹ Véase, por ejemplo, República de Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 013678 de 1993.

⁵² Véase, por ejemplo, República de Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 01081394 del 2001.

⁵³ Véase, por ejemplo, República de Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 8310 del 2003, Resolución 29302 del 2000, Resolución 14540 del 2002, Resolución 01055 del 2009 y Resolución 4946 del 2009. Véase también el análisis de Uribe Piedrahita, *op. cit.*

⁵⁴ República de Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 40346 del 2010, pp. 5-6.

⁵⁵ República de Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 46235 del 2010.

⁵⁶ República de Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 23890 del 2010.

deben analizarse los efectos que la cláusula objeto de estudio tiene en su contexto⁵⁷. En un sentido similar se ha pronunciado el Consejo de Estado sobre dichas cláusulas⁵⁸. En una sentencia del año 2010, la Corte Constitucional mantuvo su análisis sobre tener en cuenta el efecto de una conducta prohibida por el artículo 48 del mencionado decreto más allá de constatar su ocurrencia⁵⁹.

La decisión judicial que más ha desarrollado la interpretación de las normas de protección de la competencia es la proferida por el Consejo de Estado en el año 2010 en la que ratifica la legalidad de la Resolución 29302 del año 2000⁶⁰. En ésta, la SIC había multado a un grupo de empresas de vigilancia por haber acordado los precios de sus servicios. Las empresas sancionadas demandaron la nulidad de la resolución de la SIC, y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 27 de noviembre del 2003, accedió a dichas pretensiones. El tribunal sustentó su decisión señalando que la SIC interpretó los artículos 47 y 49 del Decreto 2153 de 1992 como si establecieran una responsabilidad objetiva y no una presunción de ilegalidad, y por lo tanto debió advertir si la conducta en cuestión tuvo el objeto de restringir la competencia. Además, también sostiene que la SIC erró al no considerar que la conducta investigada pudo haber estado exenta de acuerdo con el numeral 2 del artículo 49 del mencionado decreto, toda vez que se llevó a cabo por seguir la circular expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada⁶¹. El Consejo de Estado revocó la sentencia del tribunal bajo el argumento de que éste erró en su interpretación del artículo 47 del mencionado decreto porque la norma se refiere a constatar el objeto o el efecto de la conducta y no la voluntad de las partes, y la SIC sí constató que la conducta de las partes tuvo como objeto restringir la competencia. De igual manera, el Consejo de Estado señaló que se suponía que la circular que las entidades sancionadas estaban cumpliendo iba en contravía de las normas de competencia y, tras constatar el objeto del acuerdo de las partes investigadas, éste no se podía exceptuar según el artículo 49 mencionado⁶². Para efectos de nuestra discusión, esta sentencia es interesante porque establece que para cons-

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-535 del 23 de octubre de 1997. Estas cláusulas están prohibidas explícitamente por el Congreso de la República, Ley 256 del 15 de enero de 1996, en *Diario Oficial*, n.º 42692, 18 de enero de 1996, e implícitamente por el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153, *id.*

⁵⁸ República de Colombia, Consejo de Estado, sentencia del 24 de agosto del 2001.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-537 del 30 de junio del 2010.

⁶⁰ República de Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 29302 del 2000, confirmada en vía gubernativa por la Resolución 670 del 2001.

⁶¹ República de Colombia, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sentencia del 27 de noviembre del 2003.

⁶² República de Colombia, Consejo de Estado, sentencia del 28 de enero del 2010.

tatar una violación a las normas de competencia (en especial al artículo 47 del Decreto 2153 de 1992) se necesita comprobar: (1) la ocurrencia del acuerdo y (2) que éste tuviera (a) como objeto o (b) como efecto restringir la competencia. Nótese que esta categoría dual de análisis se aproxima más al modelo europeo que al estadounidense.

Frente a estas consideraciones resulta relevante tener presentes algunos de los cambios introducidos por la Ley 1340 del 2009. La modificación del régimen de integraciones, la introducción del régimen de delación o el establecimiento de la SIC como autoridad única, cambiaron su arquitectura institucional y el alcance de ciertas normas sustantivas. Otros cambios versan sobre la interpretación misma de las normas de competencia y tienden más hacia el desarrollo de un análisis de las conductas investigadas similar al que se lleva a cabo bajo la “regla de la razón”.

Consideremos de manera breve el cambio introducido por el artículo 3.º de esta ley. Dicho artículo señala que una de las funciones de la SIC es dar trámite a las quejas que sean significativas para alcanzar tres propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. El párrafo de este artículo añade que la SIC debe tener en cuenta dichos propósitos al momento de decidir sobre la significatividad de la práctica y adelantar o no una investigación⁶³. La entrada en vigor de este artículo tiene dos implicaciones relevantes para nuestro análisis. En primer lugar, la SIC tiene ahora que evaluar cómo satisfacer esos tres propósitos de manera simultánea, ya que los tres pueden entrar en conflicto. Por ejemplo, propender a la eficiencia económica puede llevar a aceptar prácticas que limitan la libre participación de las empresas en el mercado e incrementan el bienestar de los productores más de lo que lo pierden los consumidores. La misma SIC ha aceptado esta interpretación en la Resolución 40346 del 2010⁶⁴. Por ello, este artículo abre una vía interesante para controvertir las decisiones de esta entidad, ya que permite argumentar que una de sus decisiones no cumple con todos estos propósitos cuando

⁶³ Ley 1340. El texto de este artículo es el siguiente: “Propósitos de las Actuaciones Administrativas: Modifícase el número 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992[,] que en adelante será del siguiente tenor: Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Párrafo: La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica a iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta”.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 6.

la ley ordena que así lo haga, sin distinción. En segundo lugar, tener en cuenta la significatividad de una práctica implica analizar sus efectos en el mercado relevante, lo que descarta sancionar conductas que tengan por objeto restringir la competencia sin producir efectos significativos en el mercado. Este análisis sería consistente con la categoría de la “regla de la razón”. La SIC también aceptó esta interpretación, aunque de manera poco clara, en la Resolución 46235 del 2010^[65]. Así pues, este artículo disminuye de manera notable el alcance que tiene el análisis por objeto, propio de artículos como el 47 del Decreto 2153 de 1992, y que es importante en los argumentos desarrollados por el Consejo de Estado en la sentencia comentada.

Las consideraciones anteriores sobre el uso de las categorías “*per se* ilegal” o “regla de la razón” por investigadores de la materia, la misma SIC y los jueces pasan por alto un elemento que, a mi juicio, es de vital importancia: la SIC no es una autoridad judicial en materia de prácticas restrictivas de la competencia. Este elemento es importante porque no tiene mayor sentido que una autoridad administrativa se comporte como un juzgado en lo que se refiere a su autonomía para interpretar las normas jurídicas. Pensar que esta entidad puede o debe adoptar una u otra categoría de análisis es suponer que tiene la autonomía e independencia para hacerlo. Además, si bien la historia de la SIC muestra que se han hecho esfuerzos para que sea una entidad única en materia de competencia, no es una autoridad autónoma frente a las otras ramas del poder público. Como ya se mencionó, el presidente nombra y remueve a quienes ocupan los cargos de superintendente de Industria y Comercio y de superintendentes delegados. Esta falta de independencia se traduce en que una decisión de un superintendente que no se ajuste a los lineamientos o intereses del presidente puede costarle el puesto: esto ha ocurrido en el pasado⁶⁶. Un juez, en teoría, puede tomar ese tipo de decisiones sin esperar consecuencias de esa clase. Por ello, sugerir o considerar que la SIC adopte una forma u otra de interpretar las normas de competencia como si ello tuviera lugar en un vacío político es poco realista.

IV. Conclusiones

El análisis de la sección anterior sugiere que el derecho de la competencia colombiano se encuentra entre dos modelos, uno europeo y otro estadounidense.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ Véase, por ejemplo, Nullvalue, “Estoy decepcionado”, en *El Tiempo*, 24 de agosto del 2001. Disponible en [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-468989>].

El primero ha aportado las normas sustantivas, mientras que el segundo ha aportado las categorías de análisis⁶⁷. Como consecuencia, la identidad de este campo oscila entre la aplicación de normas inflexibles y coherentes o el desarrollo de análisis que lo hacen más preciso pero menos consistente. Es, por lo tanto, un modelo híbrido que no se ajusta de manera exacta ni al modelo europeo ni al estadounidense.

Una de las características particulares que dificultan sugerir que el derecho de la competencia colombiano es “de estirpe” europea o estadounidense es la conexión que existe entre este campo del derecho y la promoción industrial. La dependencia política de la SIC es una manifestación de la idea, de fuerte arraigo en nuestro derecho constitucional, de que la rama administrativa del poder público debe tener la discreción y las herramientas para “racionalizar la economía”. Esta idea se traduce en que el Gobierno debe tener las herramientas para determinar en qué mercados o condiciones propicia la economía y en cuáles no. Ello permite entender por qué la Ley 155 de 1959 le asignó al Ministerio de Fomento la aplicación de estas normas, y por qué desde ese entonces las entidades encargadas de aplicar las normas de competencia también han desarrollado actividades relacionadas con el control de precios. De igual manera, permite entender la relación entre el artículo 1.º de dicha ley y su correspondiente párrafo sin caer en anacronismos históricos, como aseverar que incluir dicho párrafo fue un error porque permitió el “proteccionismo”. El desarrollo de este párrafo ha tenido una importancia particular a lo largo de la historia del derecho de la competencia, hasta el punto de que considerarlo un error implicaría negar su importancia como mecanismo de intervención en la economía⁶⁸. De hecho, debemos superar la idea de que el proteccionismo es “malo” si queremos entender el derecho de la competencia y sus complejidades a la luz de las ideas “desarrollistas” que han sido tan importantes en nuestra historia constitucional. Por ello, para entender nuestro derecho de la competencia como un modelo en sí mismo hay que mostrar cómo se han compaginado tanto la protección de la competencia como su restricción en las respectivas normas que desarrollan.

Otra forma de plantear este reto consiste en contar la historia del derecho de la competencia colombiano contravirtiendo la “historia progresiva” presentada al

⁶⁷ Esta dualidad es una característica de ciertos campos del derecho latinoamericano. Al respecto véase Diego López Medina, “The Latin American And Caribbean Legal Traditions”, en Mauro Bussani y Ugo Mattei (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Nueva York, Cambridge University, 2012, pp. 344-367.

⁶⁸ Véase, por ejemplo, el Decreto 1302 y la Ley 1340, artículos 5.º, 8.º (párrafo), 9.º, 31 y 32.

inicio de este artículo. Sobre todo, debemos superar el impulso de pensar que para describir este campo del derecho y su historia se debe dejar de pensar que la adopción y reforma de las normas de competencia que han tenido lugar constituyen una forma de progreso. Una alternativa consiste en plantear la relación entre el artículo 1.º de la Ley 155 de 1959 y su correspondiente parágrafo como una relación antagónica entre dos normas jurídicas que reflejan visiones diferentes sobre cómo debe el Estado intervenir en la economía. El desarrollo de ambas normas a través del Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 del 2009 se inscribe en la historia de una tensión entre ideas y valores jurídicos, sin que sea claro que uno de los dos ha predominado de manera consistente sobre el otro. Pensar el derecho de la competencia de esta manera permite ver cómo ha cambiado con el tiempo nuestra forma de entender la competencia y su restricción, y, por ende, cómo se ha transformado la tensión entre ambas visiones.

Todas estas consideraciones nos invitan a pensar cómo describir el derecho de la competencia colombiano sin buscar encajarlo en modelos foráneos ni buscar su punto de partida en ideas que ya se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico.

Un tema diferente es qué derecho de la competencia *queremos* tener. Un programa ambicioso de reforma de nuestro derecho de la competencia tiene que partir de nuestra Constitución. Ésta tiene varios artículos que se refieren a la competencia y que constituyen, en la teoría criolla de este campo del derecho, su fundamento⁶⁹. Lo curioso es que, salvo por una sentencia de la Corte Constitucional⁷⁰, no hemos relacionado estos artículos con la carta de derechos fundamentales que tiene nuestra Constitución o con los valores y principios que la informan. No sabemos cómo usar el derecho de la competencia para hacer de Colombia un país más justo y equitativo, en especial cuando los mercados —competitivos o no— tienen tanta importancia en nuestras vidas. Más allá de las declaraciones de los funcionarios de turno, no hay una política pública sólida y bien fundamentada que oriente el desarrollo de este campo del derecho. Pero mientras nuestras doctrinas sobre el derecho de la competencia sean poco imaginativas, hay que comenzar por ofrecer visiones diferentes sobre el derecho de la competencia que queremos tener.

⁶⁹ República de Colombia, Constitución Política de 1991, artículos 333 y 334. Un ejemplo de cómo se relacionan estos artículos con las otras normas se puede apreciar en Miranda, “Origen y evolución del derecho de la competencia...”, *cit.*

⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-375 del 14 de agosto de 1997.

REFERENCIAS

- Álvarez-Londoño, Luis Fernando, “Últimas tendencias en derecho de la competencia en América Latina”, en *Vniversitas*, vol. 115 (2008).
- Baldwin, Robert, Martin Cave y Martin Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Nueva York, Oxford University, 2012.
- CEDEC, *Historia del Derecho de la Libre Competencia* (video). Minutos 27, 45 y 46. Consultado en [<https://www.youtube.com/watch?v=3lkVlBeFMCg&index=2&list=PLcZQSMp7CBBw1EEgH9cFTOcaCUTJRMENqI>].
- Coate, Malcolm B., René Bustamante y A. E. Rodríguez, “Antitrust In Latin America: Regulating Government and Business”, en *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 24, n.º 1 (1992).
- Congreso de la República, Ley 155 del 24 de diciembre de 1959, en *Diario Oficial*, n.º 30 138, 22 de enero de 1960.
- Congreso de la República, Ley 256 del 15 de enero de 1996 en *Diario Oficial*, n.º 42 692, 18 de enero de 1996.
- Congreso de la República, Ley 489 del 29 de diciembre del 1998, en *Diario Oficial*, n.º 43 464, 30 de diciembre de 1998.
- Congreso de la República, Ley 1151 del 24 de julio del 2007, en *Diario Oficial*, n.º 46 700, 25 julio del 2007.
- Congreso de la República, Ley 1340 del 24 de julio del 2009, en *Diario Oficial*, n.º 47 420, 24 de julio del 2009.
- Congreso de la República, Ley 1437 del 18 de enero del 2011, en *Diario Oficial*, n.º 47 956, 18 de enero del 2011.
- Corte Constitucional, Sentencia T-375 del 14 de agosto de 1997.
- Corte Constitucional, Sentencia C-535 del 23 de octubre de 1997.
- Corte Constitucional, Sentencia C-537 del 30 de junio del 2010.
- Corte Constitucional, Sentencia C-923 del 18 de noviembre de 1999.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1316 del 29 de septiembre del 2000.

- Corte Suprema de EE. UU., *Arizona vs. Maricopa County Medical Society*, n.º 80419, 1982.
- De León, Ignacio, *An Institutional Assessment of Antitrust Policy: The Latin American Experience*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2009.
- Decreto 149 del 27 de enero de 1976, en *Diario Oficial*, n.º 34570, 11 de junio de 1976.
- Decreto 1302 del 1.º de junio de 1964, en *Diario Oficial*, n.º 31922, 3 de mayo de 1964.
- Decreto 1653 del 27 de junio de 1991, en *Diario Oficial*, n.º 39881, 27 de junio de 1991.
- Decreto 2153 del 30 de diciembre de 1992, en *Diario Oficial*, n.º 40704, 31 de diciembre de 1992.
- Decreto 3307 de 30 de septiembre de 1963, en *Diario Oficial*, n.º 31265, 30 de diciembre de 1963.
- Flórez, Luis Bernardo, “Colombia: Economics, Economic Policy and Economists”, en Veronica Montecinos y John Markoff (eds.), *Economists in the Americas*, Northampton, Edward Elgar, 2009.
- Foucault, Michel, *The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978-1979*, Great Britain, Palgrave Macmillan, 2010.
- Gerber, David J., “Comparative Antitrust Law”, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Nueva York, Oxford University, 2006.
- Gilardi, Fabrizio, Jacint Jordana y David Levi-Faur, “Regulation in the Age of Globalization: The Diffusion of Regulatory Agencies across Europe and Latin America”, en Graeme A. Hodge (ed.), *Privatization and Market Development*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007.
- Gutiérrez-Rodríguez, Juan David, “Competition Laws in Latin America and Caribbean: History, Enforcement and Amendments”, en *Competition Law & Economics Working Paper*, n.º 07-05 (2007).
- Hancher, Leigh y Michael Moran, “Organizing Regulatory Space”, en Leigh Hancher y Michael Moran (eds.), *Capitalism, Culture, and Economic Regulation*, Nueva York, Oxford University, 1989.

- Hylton, Keith N. y Fei Deng, “Antitrust Around The World: An Empirical Analysis of the Scope of Competition Laws and Their Effects”, en *Antitrust Law Journal* (2007).
- Jordana, Jacint, “The Institutional Development of Latin American Regulatory State”, en David Levi-Faur (ed.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011.
- López Medina, Diego, “The Latin American And Caribbean Legal Traditions”, en Mauro Bussani y Ugo Mattei (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Nueva York, Cambridge University, 2012.
- Márquez, Carlos Pablo, “Competition Law in Latin America and the Caribbean: Statutory Harmonization and Convergence”, 2010. Consultado en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1619467].
- May, James, “Antitrust in the Formative Era: Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880-1918”, en *Ohio State Law Journal*, vol. 257 (1989).
- McGowan, Lee, *The Antitrust Revolution in Europe: Exploring the European Commission's Cartel Policy*, Northampton, Edward Elgar, 2010.
- Miranda Londoño, Alfonso, “Competition Law In Latin America: Main Trends and Features”, en *CEDEC IV*, vol. 2, n.º 2 (2006).
- Miranda Londoño, Alfonso, “El diseño de la autoridad de la competencia en Colombia: necesidad de introducir reformas”, en *Revista de Derecho de la Competencia*, vol. 8 (2012).
- Miranda Londoño, Alfonso, *El régimen general de la libre competencia* (ponencia), Bogotá, Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial, 1997. Consultado en [<http://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-rc3a9gimen-general-de-la-libre-competencia-aml.pdf>].
- Miranda Londoño, Alfonso, “Origen y evolución del derecho de la competencia en Colombia. La ley 155 de 1959 y su legado”, en *Revista de Derecho Competencia*, vol. 6, n.º 6 (2011).
- Montealegre, José Orlando y Emilio Archila, “The History of Competition Law in Colombia according to the Superintendets’ Criteria (I)”. Disponible en [<https://www.youtube.com/user/centrocedec/videos>].

Nullvalue, “Estoy decepcionado”, en *El Tiempo*, 24 de agosto del 2001. Disponible en [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-468989>].

Palacios Lleras, Andrés, “El Derecho de la competencia: ¿Derecho privado, Derecho público, regulación o Derecho económico?”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, vol. 9 (2013).

Peña, Julián, “The Consolidation of Competition Law in Latin America”, en *CPI Antitrust Chronicle*, vol. 2 (2011).

República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 7 de diciembre de 1993, Magistrado Ponente Libardo Rodríguez Rodríguez.

República de Colombia, Consejo de Estado, sentencia del 24 de agosto del 2001.

República de Colombia, Consejo de Estado, sentencia del 28 de enero del 2010.

República de Colombia, Constitución Política de 1991.

República de Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 013678 de 1993.

República de Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 01081394 del 2001.

República de Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 23890 del 2010.

República de Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 01055 del 2009

República de Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 4946 del 2009.

República de Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 8310 del 2003.

República de Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 14540 del 2002,

República de Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 29302 del 2000, confirmada en vía gubernativa por la Resolución 670 del 2001.

República de Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 40346 del 2010.

República de Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 46235 del 2010.

República de Colombia, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sentencia del 27 de noviembre del 2003.

Sáenz Rovner, Eduardo, *Colombia años 50: industriales, política y diplomacia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002.

Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea, Artículo 101.

Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea, Artículo 102.

Uribe Mallarino, Consuelo, “The Positioning of Economic Rationality in Colombia”, en *Bulletin of Latin American Research*, vol. 33, n.º 1 (2014).

Uribe Piedrahita, Carlos Andrés, “¿Los acuerdos horizontales de precios en Colombia se resuelven por la regla *per se*?: el caso de las empresas de vigilancia y los retos del Consejo de Estado”, en *Vniversitas*, n.º 112 (2006).

LA ESTRUCTURA REGULADORA DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE AGUAS, MÁS ALLÁ DEL ENFOQUE MERCANTIL

Antonio Alejandro BARRETO MORENO*

INTRODUCCIÓN

La regulación económica como expresión de la interpretación estatal de las manifestaciones del mercado y entendida como la normatividad expedida para crearlo, diseñarlo y contrarrestar sus distorsiones¹, se ha desarrollado bastante durante los últimos años en materia de servicios públicos domiciliarios (SPD) en Colombia².

Esta visión mercantil de los SPD puede verse con claridad en los pronunciamientos de uno de los actores de la regulación de esta materia en nuestro país, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Sobre la distribución de agua en bloque la SIC asegura que

si bien el servicio de suministro de agua en bloque se enmarca dentro de la cadena productiva del agua potable, la cual tiene como último eslabón la comercialización del bien al usuario final, la prestación de este servicio tiene todas las características que debe tener un mercado para ser calificado como tal³.

Esta visión del servicio de aguas⁴ sólo como mercancía es la que se critica en este escrito. Considerar que éste se extingue en su aspecto mercantil porque forma parte de un sector que es objeto de regulación y desestimar otras facetas más

* Profesor de planta de la Universidad de la Sabana, doctor y magíster en Derecho de la Universidad de los Andes, pasantía doctoral de la Universidad de Nantes, abogado de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, miembro del grupo de investigación Justicia, Ámbito Público y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de la Sabana. Este escrito corresponde a un producto académico del proyecto de investigación “La gestión de los servicios públicos domiciliarios”. Correo electrónico: antonio.barreto@unisabana.edu.co.

¹ “La regulación del Estado se materializa en un amplio conjunto de medidas específicas destinadas ya sea a intervenir en las acciones de mercado, o a alterar de una forma determinada las decisiones de oferta y demanda. La tarea regulatoria del Estado parte del supuesto de que existen fallas de mercado”, Everaldo Lamprea M., “Los servicios públicos domiciliarios y el Estado regulador”, en *Revista Jurídica Precedente*, 2004, p. 108. Disponible en [http://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1413/1812].

² Esta es una definición clásica de *regulación* sólo desde una perspectiva económica, que es justamente la que se considerará inconveniente a lo largo de este escrito. La Corte Constitucional colombiana se pronunció sobre las especificidades formales del régimen regulador en materia de servicios públicos. Véase el texto de la Corte Constitucional, Sentencia C-150 del 25 de febrero del 2003.

³ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución SIC 53992 del 14 de sept. del 2012, p. 24.

⁴ Prefiero esta denominación para tratar lo relativo al agua como un sistema integral, no dando prioridad al agua “limpia” o acueducto en detrimento del agua “sucía” o al alcantarillado.

relevantes, como su carácter de derecho fundamental, de derecho colectivo, de elemento que se entrega en concesión y que no es apropiable, de ordenador del territorio y de interés ecológico, entre otros, es problemático y debe revisarse.

En este artículo se defenderá una noción de *regulación* amplia⁵ de lo que se ha denominado el “mercado” del servicio de acueducto, que va más allá de un enfoque sólo comercial que le da primacía al agua como mercancía por encima del agua como derecho, y se propondrá una noción que incluya en la regulación económica aspectos sociales y ambientales que resultan de la aplicación de principios constitucionales que la Corte Constitucional resalta con amplitud. El “mercado” resultante del servicio de acueducto es *sui generis* y debe ser regulado como tal; aplicarle reglas generales de mercado sin tener en consideración su carácter singular y excepcional es una equivocación indudable. Transmitir la necesidad de un esquema regulador de este servicio que exija considerar el aspecto mercantil y el de “los derechos” será el objetivo central de este artículo.

Para tales efectos, se relevará la participación de la Superintendencia de Industria y Comercio como parte de la estructura reguladora de los SPD en su papel de protectora de la competencia incluso en este “mercado”⁶. La Corte Constitucional⁷, frente a una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1340 del 2009, avaló la facultad asignada a la SIC para proteger la libre competencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios, sin embargo, precisó con acierto que,

[n]aturalmente, el cumplimiento de estas funciones por parte de la SIC debe tener en cuenta la naturaleza especial de los servicios públicos domiciliarios, su esencialidad, su continuidad, el acceso a la población en condiciones de igualdad, y en general todas las variables que hacen de su realización efectiva uno de los fines sociales del Estado.

⁵ Jacint Jordana, *Regulación y Políticas Sociales. Las políticas de regulación social y la creación de mercados en los sectores sociales en América Latina*, Nueva York, Instituto Interamericano para el Desarrollo Social, 2006; para este autor existen múltiples regulaciones, aquella que busca la creación de mercados se llama *regulación económica*. Sin embargo, su noción de *regulación* es amplia como la que acá se quiere defender. “Todas estas reglas pueden entrar en el conjunto de lo que se denomina regulación o, en otras palabras, el uso de normas públicas, de carácter general, con la amenaza de aplicar la capacidad coactiva del Estado en caso de incumplimiento.”

⁶ Desde hacía varios años se presentaba una discusión sobre el competente para conocer los asuntos relacionados con abusos, prácticas restrictivas y demás situaciones irregulares de la competencia en el “mercado” de servicios públicos. Algunos entendían que por especialidad debía asignarse a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, pero finalmente se entregó a la SIC. Hugo Palacios Mejía, “La Constitución y la especialización de las funciones de protección a la competencia en materia de servicios públicos domiciliarios”, en *Con-texto, Revista de Derecho y Economía*, n.º 21 (2007).

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-172 del 19 de marzo del 2014, en el expediente D-9827, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2.º y 6.º (parciales) de la Ley 1340 del 2009, “por medio de la cual se dictan normas en materia de protección a la competencia”.

Esta precisión realizada por la Corte pone de presente cómo se resalta en el país el carácter especial de los servicios a cargo de las empresas de servicios públicos y lo señala como el límite de los análisis que la SIC realiza sobre competencia.

En adelante, se desarrollará un análisis general de los conceptos, las instituciones y las directrices que, en conjunto, componen un complejo andamiaje llamado, en el presente documento, “La estructura reguladora de los servicios públicos domiciliarios” (I). En esta primera parte se busca reconocer tres aspectos de la regulación de los SPD: la teoría de las normas de regulación del mercado; la identificación de los órganos básicos de la estructura estatal que las aplican en el servicio de acueducto, y, por último, el papel de la Superintendencia de Industria y Comercio como protectora de la competencia en el servicio de acueducto en el caso concreto de la llamada “venta de agua en bloque”.

La segunda parte (II) de este texto, que llamaré “Oposición al tratamiento del recurso hídrico como mercancía”, se concentrará en aquellos aspectos del servicio de acueducto que lo hacen diferente de los mercados de bienes tradicionales y que la estructura de regulación debería considerar a la hora de emitir normas reguladoras, de tal forma que se permitiera edificar un discurso desde la oposición al tratamiento del recurso hídrico sólo como mercancía.

I. La estructura reguladora de los servicios públicos domiciliarios y el “submercado” de venta de agua en bloque. El caso de la Sabana de Bogotá

Como consecuencia de la corriente económica asumida por la Asamblea Constituyente de 1991, la promulgación de la Carta Política del mismo año tuvo repercusiones notables en la forma en que el concepto de SPD adquirió. Por esta razón, es fundamental resaltar que permitir el acceso de capital privado a la operación de los SPD exigía el fortalecimiento del papel regulador del Estado complementado con la función garantista de prestación del servicio⁸; es decir, aquélla que obligó al Gobierno a asumir la prestación de los SPD en los sitios en donde nadie lo hacía.

En gran medida, esta previsión apuntó a crear un marco atractivo para el avance de la libre iniciativa privada, dado que existió la contundente determinación de dejar atrás el antiguo principio que consideraba la prestación de los SPD una

⁸ Sentencia C-172, artículo 365.

responsabilidad relacionada con la administración pública. Sin embargo, rezagó la falta de previsión del Estado en temas de regulación. En atención a la especial relevancia que tiene el servicio, se estableció de forma explícita que la regulación de los SPD pertenece al Estado y de ninguna manera a organismos mixtos o a asociaciones o gremios particulares⁹.

Con la Constitución Política de 1991 se estableció un nuevo rol de la administración en la economía; una visión que, sin negar la función social inherente al accionar del Estado, también reconociera la actividad privada como factor generador de bienestar colectivo y que, además, concediera plena legitimidad al ánimo de lucro existente en la prestación de los SPD como ejercicio de la iniciativa particular. En este escenario del mercado de los SPD, la regulación económica tomaría plaza central en la discusión. La Ley 142 de 1994, que desarrolla los preceptos constitucionales para los servicios domiciliarios, señala en su artículo 3.º sobre la regulación:

Instrumentos de la intervención estatal. Constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta ley, especialmente las relativas a las siguientes materias: [...].

La exposición de motivos del proyecto de ley que a la postre se convirtió en la Ley 142 de 1994 señala que

la función reguladora no debe ser entendida como el ejercicio de un intervencionismo entorpecedor de la iniciativa empresarial. En su visión moderna, la regulación es una actividad estatal que fomenta la competencia en aquellas áreas donde existe y es factible; impide el abuso de posiciones de monopolio natural, donde esta es ineludible; desregula para eliminar barreras artificiales a la competencia, finalmente, calibra las diversas áreas de un servicio para impedir prácticas discriminatorias o desleales para el competidor¹⁰.

Esta definición de *regulación* recogida por el legislador sirvió de orientación teórica para la estructura normativa que se expidió en 1994 sobre los SPD.

⁹ *Ibid.*, artículos 150, 365, 367, 369 y 370.

¹⁰ Proyecto de Ley 197 de 1992, “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios”, en *Gaceta del Congreso*, año 1, n.º 162, 17 de noviembre de 1992, p. 23.

A. La teoría de las normas reguladoras del mercado

En Colombia, el Estado es el máximo director de la actividad económica. Más allá de las discusiones ideológicas sobre el rol que le corresponde a la administración en la conducción del mercado, es claro que, en la actualidad, el Estado colombiano mantiene una influencia fundamental sobre el curso de la economía, sin que por ello se pretenda desconocer que tanto el sector privado como los agentes foráneos ejercen cierto grado de influencia. Anotado lo anterior, al menos a la luz de la realidad nacional, nos encontramos en la presencia de un “Estado regulador”.

De esta manera, “el objetivo fundamental del ‘Estado regulador’ es que el sistema económico opere a su máximo potencial en términos de producción, calidad del servicio, inversiones, progreso tecnológico y protección del medio ambiente”¹¹. Sin embargo, en la práctica, diversos factores atentan contra la realización de ese anhelado aparato económico que trabaje a capacidad óptima. En efecto, el mercado es vulnerable a una compleja gama de externalidades¹² que pueden desvirtuar su normal desenvolvimiento, lo que a la postre determina la expedición de una normatividad destinada a contrarrestar en lo posible el efecto de distorsión inyectado al curso del mercado.

Al circunscribirnos en la figura particular de los servicios públicos se encuentran aristas todavía más exclusivas. La Constitución de 1991 le otorga un destacado lugar a este renglón de la economía. En atención a ello, los servicios públicos se consagran

como una actividad económica en la que tiene especial interés el Estado, por su importancia para la satisfacción del interés general, razón por la cual estableció que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y en consecuencia, lo dotó de herramientas de intervención en dicha actividad¹³.

Según esta premisa, los SPD adquieren una trascendencia material más relevante, en la medida que tal afirmación “conlleva [para la administración] el deber de

¹¹ José Eduardo Gómez Figueredo y José Silva Ruiz, *Gestión de Servicios Públicos*, Bogotá, Escuela Superior de Administración Pública, 2008, p. 13.

¹² “Las externalidades constituyen otra forma de imperfección que se origina cuando la acción de un agente económico afecta a terceros sin que medie una compensación entre ellos. De la misma forma, las asimetrías de información son imperfecciones que surgen cuando oferentes y demandantes tienen distinta información sobre las características de los bienes y los servicios que se transan en el mercado”: *idem*.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 11001-03-26-000-2001-0029-01 del 5 de marzo del 2008, p. 14.

asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”¹⁴. Everaldo Lamprea coincide con esta interpretación de contenidos al sostener que “se trata de un concepto material, ya que se busca dotar los servicios públicos de un carácter sustancial que anteceda al concepto de administración pública y que no dependa de éste”¹⁵.

Con esta nueva percepción se da paso a un concepto que, además de rebasar la connotación estrictamente económica, incorpora un profundo significado político y social. Además, es valioso señalar que la Constitución Política declara que la conducción de los servicios públicos es labor del Estado:

el nuevo ordenamiento constitucional dejó atrás la noción de servicio público que lo asimilaba a una proyección de la “función pública” y optó por un “nuevo servicio público” basado en el modelo competitivo: a la vez libre e intervenido por el Estado en su condición de director general de la economía¹⁶.

El enfoque regulador se asienta en bases teóricas foráneas que se han introducido, a veces de manera forzada, en una estructura administrativa que data de las reformas nacionales de 1968.

Con la adopción de estos criterios se produce un modo de acercamiento entre dos corrientes que en otras épocas se concebían como expresiones antagónicas; se incursiona “dentro de un modelo neocapitalista, propio de una economía social de mercado, que pretende conciliar las bondades de la competencia con la necesaria intervención estatal, en orden a proteger al usuario final”¹⁷. Resulta necesario acudir a ciertos conceptos económicos mínimos que permitan validar la relevancia de la regulación del mercado.

Otras interesantes virtudes del renovado ideario asociado a las fórmulas de regulación tienen que ver con los componentes de autonomía e independencia; sin embargo, en nuestro medio, a diferencia de otros¹⁸, en los cuales la regulación

¹⁴ Antonio Barrera Carbonell, “Regulación en servicios públicos”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 11 (2000), p. 19.

¹⁵ Everaldo Lamprea M., “Los servicios públicos en Colombia: entre la libertad de mercado y la intervención estatal”, en Helena Alviar García (ed.), *Manual de derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 2009, p.175.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, *cit.*, p. 14.

¹⁷ *Ibid.*, p. 15.

¹⁸ “Figuras relativamente nuevas en el universo del derecho administrativo como las IRA norteamericanas (Independent Regulatory Agencies), las QUANGO británicas (Quasi Autonomous Non Governmental Organisations), las AAI francesas (Autorités Administratives Indépendantes) y ciertas superintendencias y Organismos Autónomos e Independientes (OAI) colombianos, nacen a partir de la necesidad de atender de manera especializada a ciertos sectores sensibles socialmente. Dicha

está en manos de asociaciones privadas u organismos autónomos¹⁹, la estructura reguladora colombiana forma parte de la tradicional conformación del poder público por medio de unidades administrativas especiales con o sin personería jurídica; ejemplo de las primeras son las comisiones de regulación de Energía y Gas²⁰, la de Acueducto y Saneamiento Básico (CRA)²¹ y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales²²; de las segundas y que tengan relación con el sector se puede mencionar la Agencia Nacional de Contratación Pública —Colombia Compra Eficiente²³—; así mismo se resalta la figura de las agencias estatales de naturaleza especial como la Agencia Nacional de Minería²⁴.

Por una parte, el Estado tiene la posibilidad, o en algunos casos la obligación, de prestar los SPD a través de una parte de su estructura, la rama ejecutiva; por otra parte, tiene a su cargo la regulación de la actividad por intermedio de la misma estructura, la misma administración²⁵. A este aspecto, que obedece a la adaptación del esquema regulador a la estructura administrativa del Estado en Colombia, se le considera forzado. Dentro de la política de modernización del Estado a mediano plazo se encuentra incentivar la imitación de fórmulas extranjeras y aceptar cada vez más la introducción de “autoridades independientes”²⁶ ajenas

sensibilidad proviene del hecho de tocar muy de cerca ciertas libertades o derechos fundamentales como la libertad económica, la salud, la propiedad privada, la seguridad o por estar en el centro de intereses en potencial conflicto como los de empresas titulares de monopolios naturales que proveen servicios públicos esenciales para la sociedad”: Departamento Nacional de Planeación de Colombia, “Consolidar un Estado eficiente y transparente y un modelo de intervención económica óptimo”, en *Visión Colombia 11 centenario: 2019*, Bogotá, pp. 327-336. Consultado en [https://www.dnp.gov.co/Portals/0/archivos/documentos/2019/Documentos/Documento_Consolidar_un_estado_eficiente.pdf].

¹⁹ En Colombia no es desconocida la regulación en cabeza de asociaciones privadas. El sector bursátil por ejemplo cuenta con un autorregulador de carácter privado llamado AMV. La Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del sistema que opera en el mercado de valores señaló: “la autorregulación en el escenario bursátil se define como la actividad por la que los participantes del mercado de valores se imponen así mismo normas de conducta y operativas, supervisan su cumplimiento y sancionan su violación, creando un orden ético y funcional de carácter gremial complementario al dictado por la autoridad formal”, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-692 del 5 de septiembre del 2007.

²⁰ Gobierno Nacional, Decreto 1260 del 17 de junio del 2013, “Por el cual se modifica la estructura de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG)”.

²¹ Gobierno Nacional, Decreto 2882 del 31 de julio del 2007, “Por el cual se aprueban los estatutos y el Reglamento de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA)”.

²² Gobierno Nacional, Decreto 3573 del 27 de septiembre del 2011, “Por el cual se crea la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y se dictan otras disposiciones”.

²³ Gobierno Nacional, Decreto-Ley 4170 del 3 de noviembre del 2011, “Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública —Colombia Compra Eficiente—, se determinan sus objetivos y estructura”.

²⁴ Gobierno Nacional, Decreto-Ley 4134 del 3 de noviembre del 2011, “Por el cual se crea la Agencia Nacional de Minería, ANM, se determina su objetivo y estructura orgánica”.

²⁵ Libardo Rodríguez, *Estructura del poder público en Colombia* (13.ª ed.), Bogotá, Temis, 2011, p. 63.

²⁶ “Si bien es cierto que la intervención estatal sigue siendo necesaria para establecer reglas universalmente aplicables y mantener el equilibrio entre los intereses de diferentes sectores, también lo

a la estructura estatal, que permitan superar la desconfianza que generan las facetas de regulador y operador del Estado.

El diseño institucional y el tamaño de la administración pública colombiana permiten observar este tipo de circunstancias que, en apariencia, son contradictorias: la actuación del Ejecutivo como juez y parte. La fusión de corrientes teóricas e influencias ha ido formando este modelo regulador muy propio de nuestro medio y la estructura administrativa se ha ido adaptando a las necesidades que plantea el mercado, lo cual forma parte integral de la regulación jurídica. Se requería adecuar la estructura reguladora a la organización del poder público en Colombia; de ahí la adopción de modelos que adaptados (organismos adscritos, como las superintendencias, y unidades administrativas especiales, como las comisiones de regulación)²⁷ formaran parte de esa organización clásica.

Parece discutible que siendo la estructura reguladora una parte del organigrama del Estado y que según la Constitución tenga como deber garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos, exaltando su esencialidad, su vinculación con los derechos fundamentales, su continuidad y calidad, el acceso a la población en condiciones de igualdad, la protección del medio ambiente, entre otras, el Estado tome decisiones a través de las normas que emite fundadas de manera exclusiva en la libertad de mercado y la regulación económica, sin percatarse de que en sus funciones debe regular aspectos más generales que tienen mayor impacto en la ciudadanía en comparación con los elementos mercantiles.

B. Estructura reguladora del Estado

El Departamento Nacional de Planeación señala que

el Estado actual continúa siendo decididamente interventor en los aspectos más variados del desarrollo económico y social de las naciones modernas, sólo que asume su papel desde una perspectiva diferente: la del denominado *Estado regulador*. Éste, en lugar de prestar servicios directamente, permite su privatización y liberalización a cambio de poder intervenir en la planeación, promoción, regulación y

es que tal injerencia a menudo conlleva amenazas para el libre desarrollo de la sociedad. La instauración de *autoridades independientes*, que a pesar de actuar por cuenta y en nombre del Estado, sean ajenas a la jerarquía institucional, es un mecanismo que permite superar esta tensión, al poner en marcha un tipo de regulación especializada, por fuera del alcance de lo puramente político o de lo estrictamente particular.”: Departamento Nacional de Planeación, *op. cit.*, p. 4.

²⁷ Rodríguez, *op. cit.*, pp. 89-91, 106-107.

control de la economía, a través de autoridades especializadas. En otras palabras, el Estado cambia su injerencia directa y global sobre la economía y la sociedad, por una presencia indirecta y, sobre todo, sectorial. Así, la nueva dinámica del proceso de desarrollo económico ha planteado la necesidad de enmarcar las actividades social y económicamente sensibles a través de una *intervención alternativa* de carácter especializado²⁸.

Es muy valioso anotar la justa connotación que el texto constitucional le otorga a los servicios públicos, pues de forma expresa se reconoce que son inherentes a la finalidad social del Estado, lo cual conlleva el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. De la misma manera, la Constitución admite, bajo el predominio de la idea de concebir objetiva o materialmente el servicio público, que el Estado, las comunidades organizadas o los particulares puedan prestarlo de manera directa o indirecta con arreglo al régimen jurídico que determine la ley²⁹.

Las dificultades de la estructura administrativa están relacionadas con la finalidad de las instituciones, no necesariamente construidas a partir de un objetivo social, sino para cubrir otras necesidades, políticas o económicas. De esa falacia institucional resultan “monstruos” de varias cabezas que acumulan funciones administrativas y judiciales, a veces regadas entre varias entidades; más adelante se verá el caso de la colisión de competencias entre la Superintendencia de Servicios Domiciliarios y la Superintendencia de Industria y Comercio. Estas cuestiones, sumadas a la dificultad de regular en tiempo real —porque es evidente que la velocidad del mercado excede en mucho la respuesta estatal y la mencionada coexistencia de roles en cabeza del propio Estado—, hacen cada vez más difícil el ya complejo entorno de regulación, vigilancia y control.

La respuesta del Estado se ha dado por medio de algunos documentos emitidos por el Departamento Nacional de Planeación, como son el “Marco conceptual para reformar y consolidar el esquema institucional de regulación y control de la actividad empresarial”³⁰ y “Visión Colombia Segundo Centenario”³¹, ambos

²⁸ Departamento Nacional de Planeación, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

²⁹ Barrera Carbonell, *op. cit.*, pp. 25 y 26.

³⁰ Departamento Nacional de Planeación de Colombia, “Marco conceptual para reformar y consolidar el esquema institucional de regulación y control de la actividad empresarial”. Consultado en [http://admonpublica.org/wp-content/uploads/2014/08/Marco_conceptual_para_reformar.pdf].

³¹ Departamento Nacional de Planeación de Colombia, “Visión Colombia Segundo Centenario”. Consultado en [https://www.dnp.gov.co/Pol%C3%ADticasdeEstado/Visi%C3%B3nColombia2019/Documentosypublicaciones.aspx].

tomados de programas regionales más amplios que buscan homogeneizar la estructura reguladora de la administración³².

La preocupación por modernizar el Estado ante las exigencias de un mercado en continuo movimiento no son sólo regionales, sino que atienden a políticas del Banco Mundial, recogidas por el Banco Interamericano de Desarrollo, en las que se recomienda al Estado colombiano adoptar

modificaciones de tipo legal que permitan que las instituciones de regulación, vigilancia, control y defensa de la competencia funcionen de manera más autónoma y eficiente, mediante el establecimiento de mecanismos que aseguren la idoneidad de las autoridades de regulación para que sus decisiones gocen de legitimidad, esto es, de respeto y acatamiento por las empresas prestadoras, los usuarios y la academia³³.

¿Hasta dónde debe ir la autonomía del regulador para garantizar un adecuado control de los mercados? En la actualidad, la estructura reguladora está vinculada a la organización del poder público y, en esa medida, le son aplicables no sólo los controles propios de su régimen, sino las limitaciones operativas del control estatal (falta de recursos, limitación funcional, entre otros); la excepción, como la existente en el mercado bursátil, se ha puesto en entredicho en épocas recientes por la ambigüedad de roles que se pueden desempeñar y su inactividad en sonados escándalos³⁴. No obstante, se observa la tendencia hacia la búsqueda de la independencia de las autoridades, como lo han recomendado organismos internacionales, que forma parte de la bitácora de planeación colombiana.

³² “La nueva institucionalidad para la regulación y el control de la actividad económica es uno de los procesos transversales del Programa de Reforma de la Administración Pública (PRAP), orientado a crear y consolidar una política de Estado de modernización y gestión de la administración pública, mediante el establecimiento de un Estado gerencial que se caracterice por su responsabilidad fiscal.

La puesta en marcha del PRAP ha recibido el apoyo financiero del Banco Interamericano de Desarrollo, el cual ha definido un marco de referencia para su acción en los programas de modernización del Estado y fortalecimiento de la sociedad civil, que incluye propuestas en cuatro áreas de acción interrelacionadas: poder ejecutivo, sistema judicial, órganos legislativos y sociedad civil.”

Ibid., p. 276.

³³ *Ibid.*, p. 278.

³⁴ “Bastaron las primeras entrevistas con elegantes comisionistas e impecables funcionarios de ésta para advertir lo que cualquier extraño habría notado: que la falta de regulación y supervisión dejaba un hueco por el que se podían colar los deshonestos y los oportunistas. Por ese boquete se vino abajo Interbolsa.” César Rodríguez Garavito, “Interbolsa y los pecados de la regulación”, en *El Espectador*, 19 de noviembre del 2012. Disponible en [<http://www.elspectador.com/opinion/interbolsa-y-los-pecados-de-regulacion>].

1. Órganos de la estructura reguladora del Estado en materia de servicios públicos domiciliarios

Ante los nuevos retos que asumía el Estado por la reorientación del mercado de los SPD en la Carta Política de 1991, se implementó una estructura de regulación básicamente en cabeza del Gobierno nacional. “Las tareas de regulación y fiscalización se atribuyen a los ‘Comités de Desarrollo de los Servicios Públicos’, a los ministerios, a las Comisiones de Regulación, y a la ‘Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios’”³⁵. Los usuarios, a través de los comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios³⁶, no forman parte de la estructura reguladora como emisores de normas, sino que, de acuerdo con el artículo 63 de la Ley 142 de 1994, tienen funciones de apoyo a la gestión y de fiscalización a los prestadores de servicios.

Esta estructura se complementa con actores administrativos, como la Superintendencia de Industria y Comercio, y judiciales, como la Corte Constitucional, que no están definidos en la lista anterior y que actúan como verdaderos reguladores de los servicios domiciliarios por medio de sus decisiones.

Para los fines de este artículo, me referiré de manera breve a la SIC, que, como se dijo, con sus decisiones ha tenido una participación activa en la regulación de los servicios públicos domiciliarios³⁷.

a. La Superintendencia de Industria y Comercio como parte de la estructura de regulación de la gestión del agua

Por una división funcional que un sector de la doctrina ha criticado³⁸ y que se discutió en la Corte Constitucional³⁹, la Superintendencia de Industria y Comercio es competente para adelantar investigaciones por la violación de la competencia en materia de servicios públicos domiciliarios, y, con sus decisiones, se regula el sector. Por esa razón es necesario incluir dentro de la estructura reguladora y sancionatoria de los SPD a la SIC. El artículo 2.º de la Ley 1340 del 2009 señala que

³⁵ Proyecto de Ley 197, p. 25.

³⁶ Congreso de la República, Ley 142 del 11 de julio de 1994, artículos 62, 63, 64, 65 y 66, en *Diario Oficial*, n.º 41 433, 11 de julio de 1994.

³⁷ Además de las señaladas en este escrito, véanse las resoluciones 25036 de abril 21 del 2014 y 53788 de septiembre 3 del 2014 emitidas por la SIC.

³⁸ Palacios Mejía, *op. cit.*, p. 45.

³⁹ Sentencia C-172.

[l]as disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico⁴⁰.

Esta disposición se demandó ante la Corte Constitucional bajo el argumento de especialidad, debido a la existencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD); no obstante, en la decisión que declaró exequible la norma, la Corte señaló:

En definitiva, concluye la Corte que como la Constitución no asignó directa y exclusivamente en la SSPD la protección a la libre y leal competencia de las empresas de servicios públicos domiciliarios, el legislador sí podía asignar esa función a otra entidad, en este caso a la SIC. Regulación que atiende parámetros constitucionalmente legítimos, razonables y proporcionados, en tanto el presidente de la República mantiene inalteradas sus atribuciones como suprema autoridad administrativa; no se vacían las funciones de inspección, control y vigilancia a cargo de la SSPD; y por el contrario se pretendió racionalizar el cumplimiento de la función administrativa y superar los problemas estructurales identificados para alcanzar un adecuado control a la libre competencia en todos los sectores de la economía.

Naturalmente, *el cumplimiento de estas funciones por parte de la SIC debe tener en cuenta la naturaleza especial de los servicios públicos domiciliarios, su esencialidad, su continuidad, el acceso a la población en condiciones de igualdad, y en general todas las variables que hacen de su realización efectiva uno de los fines sociales del Estado*⁴¹ (énfasis agregado).

Ante la contundencia de la Corte para desestimar el argumento de especialidad, vale resaltar que en el pronunciamiento se alude a la “naturaleza especial de los servicios públicos domiciliarios”, pues no se trata de un mercado cualquiera, sino uno *sui generis* que está lleno de características particulares, como se verá adelante, que deben ser consideradas al momento de los análisis de competencia.

Para los apartes que siguen, se tendrán como fundamento las decisiones tomadas por la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con la llamada

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ Sentencia C-172.

“venta de agua en bloque”⁴². Después de acudir a posiciones fundadas en el análisis económico del derecho, ésta tomó la decisión de sancionar a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá por perturbación de ese submercado no regulado.

Este mecanismo negocial consiste en que un prestador del servicio de acueducto suministre agua en grandes volúmenes, con excedentes del líquido, a un municipio o a otro prestador del servicio que no las tiene y requiere agua extra, sin que se genere alguna relación entre los usuarios de éste y la empresa que realiza el suministro; ésta última, a su vez, cobra una tarifa por el servicio prestado. La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico emitió la Resolución CRA 608 del 2012 en la cual definió algunos contratos⁴³ que incluyen lo que era la venta de agua en bloque, lo que llenó un vacío en términos de regulación en la materia.

Para tomar su decisión, la SIC parte de una supuesta dualidad de regulación de este negocio: la de los servicios públicos domiciliarios y la emitida por el Distrito Capital. En efecto, la SIC interpreta que la venta de agua en bloque está sometida a la Ley 142 de 1994 como actividad complementaria de los servicios públicos domiciliarios y a la ley privada, que hasta ese momento la CRA no regulaba.

Esta situación supone que la SIC, en su decisión, pasee por ambas regulaciones de forma poco sistemática, siempre bajo una perspectiva económica y de mercado. Pero estos argumentos, como se ha dicho, dejan por fuera otros aspectos del “mercado” del agua que son igual o más relevantes que aquellos que se deben tener en cuenta a la hora de tomar decisiones en materia de competencia. Estos otros aspectos se desarrollan a continuación.

⁴² Véase el desarrollo de las decisiones tomadas por la SIC en mi escrito Antonio Alejandro Barreto Moreno, “Gestión local y libre mercado en el servicio público domiciliario de acueducto: la experiencia del abuso de la posición de dominio en Francia y Colombia”, en *Revista Jurídica Precedente*, vol. 5 (2014), pp. 75-121.

⁴³ Comisión de Regulación de Acueducto y Saneamiento Básico, Resolución CRA 608 del 25 de abril del 2012, en *Diario Oficial*, n.º 48445, 28 de mayo del 2012. “Artículo 2. Definiciones [...] d) *Contrato de interconexión de acueducto*: Es un acuerdo de voluntades en virtud del cual un proveedor permite a un beneficiario el acceso a sus subsistemas de producción, transporte y/o [sic] distribución de agua potable en al menos dos puntos (entrada y salida) previamente definidos por las partes, a cambio del pago de un peaje;

”e) *Contrato de interconexión de alcantarillado*: Es un acuerdo de voluntades en virtud del cual un proveedor permite a un beneficiario el acceso a sus subsistemas de recolección, transporte, tratamiento y/o [sic] disposición final en uno o varios puntos previamente definidos por las partes, a cambio del pago de un peaje;

”f) *Contrato de suministro de agua potable*: Es un acuerdo de voluntades que tiene por objeto el suministro de agua potable por parte de un proveedor a un beneficiario, a cambio de una remuneración que cubra los costos del subsistema de producción, para que este la transporte y/o [sic] distribuya y comercialice entre sus usuarios” (énfasis agregado).

II. Oposición al tratamiento del recurso hídrico como mercancía

La imposibilidad de apropiación por su cualificación de bien público, su carácter de derecho fundamental, de derecho colectivo, de recurso que se entrega en concesión, su relevancia como ordenadora del territorio y las limitaciones de orden ambiental que giran en torno a ella, dificultan que se hable de un “mercado del agua”, haciéndolo *sui generis* frente a los demás SPD; es obligatorio tener en cuenta estas características del recurso hídrico para cualquier ejercicio de regulación. En adelante se desarrollarán esas caras del servicio de acueducto que exigen un ejercicio regulador que las englobe.

A. El agua, de dominio público, inalienable e imprescriptible, se ha calificado como un derecho fundamental y es un recurso que debe entregarse en concesión

La concesión de agua a la empresa prestadora del servicio de acueducto no transfiere la propiedad sobre el recurso hídrico, el cual es inapropiable, ni otorga el derecho de cobrar por el agua; se trata de una autorización de la autoridad ambiental para que el prestador pueda embalsar, tratar y transportar el líquido hasta el domicilio del usuario. Éstas son las acciones generales objeto de cobro.

1. El agua es un bien público que debe entregarse en concesión

Frente a la calidad de bien público, el Decreto-Ley 2811 de 1974^[44] señala que “sin perjuicio de los derechos privados adquiridos con arreglo a la ley, las aguas son de dominio público, inalienables e imprescriptibles”⁴⁵; y, además, que

toda persona tiene derecho a utilizar las aguas de dominio público para satisfacer sus necesidades elementales, las de su familia y las de sus animales, siempre que con ello no cause perjuicios a terceros. El uso deberá hacerse sin establecer derivaciones, ni emplear máquina ni aparato, ni detener o desviar el curso de las aguas, ni deteriorar el cauce o las márgenes de la corriente, ni alterar o contaminar las aguas en forma que se imposibilite su aprovechamiento por terceros⁴⁶.

⁴⁴ “Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.” Decreto 2811 del 18 de diciembre de 1974, en *Diario Oficial*, n.º 34 243, 18 de diciembre de 1974.

⁴⁵ *Ibid.*, artículo 80.

⁴⁶ *Ibid.*, artículo 86.

Para que una persona pueda captar, almacenar, tratar y transportar el recurso hídrico, es necesario tener la autorización expresa de una autoridad ambiental por medio de una concesión. La norma sobre recursos naturales así lo refiere: “Salvo disposiciones especiales, solo puede hacerse uso de las aguas en virtud de concesión”⁴⁷.

La concesión en mención, contraria a su denominación, está lejos de ser un negocio jurídico, más bien es un permiso otorgado por la autoridad competente⁴⁸; así lo corrobora la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca que la define como “el permiso que otorga la autoridad ambiental competente mediante acto administrativo a una persona natural o jurídica, pública o privada para obtener el derecho al aprovechamiento limitado de las aguas, sin que aquello implique dominio del mismo”⁴⁹. Así las cosas, resulta por lo menos extraño hablar del mercado de un bien inalienable e imprescriptible. Por otro lado, el mercado en torno al agua que no genera dudas es el de la interconexión; esto es, el derecho a utilizar los bienes indispensables para la prestación del servicio, como son redes, tanques, válvulas, entre otros⁵⁰, previo el pago de “remuneración o peaje razonable” del que habla el artículo 39.4 de la Ley 142 de 1994, regulado por la Resolución CRA 608 del 2012.

Por otra parte, el agua no es un bien que se produzca, sino un recurso natural cada vez más escaso⁵¹ que no está sometido a las leyes del mercado, sino a las normas ambientales y las particularidades del servicio público. Si se tiene que no hay producción de agua, ni hay posibilidad de apropiarse de ella porque se trata de un bien de uso público, entonces ¿qué conforma en realidad el mercado del servicio público de acueducto y alcantarillado?

En el régimen de servicios públicos (Ley 142 de 1994), el artículo 25 señala que “quienes presten servicios públicos requieren contratos de concesión, con las autoridades competentes según la ley, para usar las aguas [...]”, y además que

⁴⁷ *Ibid.*, artículo 88.

⁴⁸ Decreto 1541 del 28 de julio de 1978, en *Diario Oficial*, n.º 35078, 21 de agosto de 1978.

⁴⁹ Corporación Autónoma Regional. Consultado en [<http://www.car.gov.co/?idcategoria=3890>].

⁵⁰ Ley 142, artículo 39.4: “Contratos en virtud de los cuales dos o más entidades prestadoras de servicios públicos o éstas con grandes proveedores o usuarios, regulan el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos, mediante el pago de remuneración o peaje razonable. Este contrato puede celebrarse también entre una empresa de servicios públicos y cualquiera de sus grandes proveedores o usuarios. Si las partes no se convienen, en virtud de esta Ley la comisión de regulación podrá imponer una servidumbre de acceso o de interconexión a quien tenga el uso del bien”.

⁵¹ Eva Guyard, *La gestion de la rareté de l'eau en droit public. Analyse comparée en droit français et italien* (tesis doctoral), Nantes, 2010.

“deberán obtener los permisos ambientales y sanitarios que la índole misma de sus actividades haga necesarios, de acuerdo con las normas comunes”. También el artículo 39 de la misma Ley 142 señala:

Contratos especiales. Para los efectos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales:

39.1. Contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente. El contrato de concesión de aguas, es un contrato limitado en el tiempo, que celebran las entidades a las que corresponde la responsabilidad de administrar aquéllas, para facilitar su explotación o disfrute. En estos contratos se pueden establecer las condiciones en las que el concesionario devolverá el agua después de haberla usado.

En el caso de los municipios, cuando éstos o sus empresas de servicios públicos sean los responsables del alcantarillado, deberán tramitar ante la autoridad ambiental el Plan de Saneamiento y Manejo de Vertimientos.

2. Si el agua está destinada al consumo humano es un derecho fundamental

Sobre este particular y sin exceder demasiado el argumento, transcribo la postura de la Corte Colombiana:

La Corte desde su primera jurisprudencia ha establecido que el agua es un derecho fundamental, si la misma está destinada al consumo humano. Así fue instituido en la Sentencia T-578 de 1992 en la que se afirmó que “En principio, el agua constituye fuente de vida y la falta de servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en cuanto afecta la vida de las personas (CP artículo 11), la salubridad pública (CP artículos 365 y 366), o la salud (CP artículo 49), es un derecho constitucional fundamental⁵².

La venta de agua en bloque responde a estas especificidades porque está dirigida al consumo humano, razón por la cual corresponde a un derecho fundamental. No obstante, el servicio de acueducto no es gratuito: por el contrario, en desarrollo del principio de solidaridad se reconoce la obligación del usuario de pagar por su consumo. En casos extremos, como el de una población en situación

⁵² Corte Constitucional, Sentencia T-312 del 26 de abril del 2012.

de debilidad, este principio y el acceso al servicio de acueducto como derecho fundamental se concilian a través de acuerdos de pago o la posibilidad de accionar ante la justicia en contra del usuario moroso. Así lo ha señalado la Corte de forma reiterada:

La empresa encargada del servicio público de acueducto, podrá, [sic] con el objetivo de recuperar las cantidades adeudadas por el usuario, ejercer las acciones judiciales correspondientes. Con ello se concilian el principio de solidaridad que inspira la prestación de los servicios públicos, por una parte y el derecho fundamental al agua de los usuarios que son sujetos de especial protección y que se encuentran en imposibilidad de pago, por otra, pues se garantiza el acceso a unas cantidades mínimas de agua a esta población que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, de conformidad con los postulados expuestos por la jurisprudencia constitucional y se asegura el recaudo de los recursos que son necesarios para la operatividad del sistema⁵³.

3. El agua como ordenador del territorio y generador de una política de regionalización

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, luego de hacer una revisión de las normas generales sobre prestación de servicios públicos domiciliarios y ordenamiento territorial, precisó que

[d]e estos preceptos se desprende que los servicios públicos domiciliarios deberán prestarse dentro de los límites definidos por el plan de ordenamiento del municipio.

Por manera que aquellas zonas que configuren alto riesgo por el tipo de suelo, formen parte de las riveras de un río, o zonas donde técnicamente es imposible llevar los servicios públicos o que no hayan sido definidas como áreas de mejoramiento integral, estarán por fuera del perímetro de prestación de los servicios públicos domiciliarios y por tanto no serán susceptibles de solicitud de conexión o prestación en dichos sectores⁵⁴.

Su conclusión fue que

[e]n otros términos, los prestadores de servicios públicos domiciliarios no pueden desconocer la normatividad que les sea aplicables, ni las reglamentaciones municipales que se expidan con base en lo ordenado en la ley 388 de 1997, por lo que

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia T-740 del 3 de octubre del 2011.

⁵⁴ Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, concepto SSPD-OJ-2006-080 del 13 de febrero del 2006.

no pueden ampliar la cobertura de sus servicios, sin tener en cuenta las normas de planeación municipal⁵⁵.

Si la competencia para definir el ordenamiento territorial está en cabeza de la municipalidad, mal haría un suministrador de agua en bloque en restringir el área de cobertura geográfica del beneficiario del recurso. La empresa que recibe el agua en bloque está sometida a los límites del POT de los municipios donde presta el servicio. Distinto es promover que las normas sobre organización territorial estén limitadas por la capacidad de oferta del recurso hídrico de la región; la idea es que el agua se convierta en el núcleo central de nuevos desarrollos urbanos y no que un proceso de regionalización ponga al agua en el centro.

4. El agua como derecho colectivo

La regulación general existente en nuestro medio sobre derechos colectivos permite enunciar sin vacilación que el acceso y la prestación de los servicios públicos domiciliarios es uno de ellos y, como tal, es objeto de la protección constitucional y legal que se les ha concedido por medio de acciones populares. La Ley 472 de 1998 en su enunciación de derechos así lo confirma, indicando “el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública” y aludiendo, entre otros, a los servicios domiciliarios del ramo de agua, acueducto y alcantarillado, y, a su vez, al servicio de aseo. En igual sentido se refiere a ellos cuando enlista “el goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias”. Ni qué decir de la referencia a los servicios domiciliarios cuando se habla de “los derechos de los consumidores y usuarios”. De forma general, pero no por ello imprecisa, la misma ley señaló como derecho colectivo “el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna”, con lo cual asignó la categoría de derecho colectivo a la prestación de servicios públicos domiciliarios.

Pero no es suficiente con la exégesis legal. Lo provechoso de este ejercicio está en advertir la relación entre el acceso a la prestación de los servicios públicos domiciliarios como derecho colectivo y la regulación. Si los derechos colectivos responden a finalidades mayores están en función de las necesidades sociales y su eficacia, que involucra la armonía y la vida en comunidad, recae sobre una comunidad entera. Dada su relevancia, es necesario que la regulación tenga en cuenta la calidad de derecho colectivo del recurso hídrico y la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado.

⁵⁵ *Idem.*

III. Conclusión

En el presente artículo se pretende, a partir de la literatura existente, describir la estructura reguladora de los servicios públicos domiciliarios, con énfasis en el servicio de acueducto y la llamada “venta de agua en bloque” como una muestra del papel protagonista que la SIC asumió en ella.

Así mismo, se busca argumentar que la regulación en estos temas es incompleta porque sólo atiende —al menos esa es la sensación que resulta al finalizar este escrito— a uno de los aspectos del servicio, el económico, cuando existen otros que, en opinión del autor, son más importantes.

Es necesario además propender a una concepción de *regulación* más amplia, que involucre esas otras facetas del servicio de acueducto y del recurso hídrico que lo hacen un “mercado” *sui generis*. Una regulación omnicomprendiva, además de apoyar la protección del agua como recurso escaso, evitaría imprecisiones y excesos de las autoridades de control y vigilancia. Si el Estado, dentro de su macrocefalia, tiene dentro de sus competencias ser juez y parte, considero una buena política buscar que la regulación de los asuntos relacionados llegue a un punto de encuentro para lograr la regulación integral reclamada.

REFERENCIAS

- Alcaldía Mayor de Bogotá, “Administración Distrital explica por qué no se venderá agua en bloque a Municipios cercanos a Bogotá”. Consultado en [<http://bogotahumana.gov.co/index.php/noticias/comunicados-de-prensa/1076-administracion-distrital-explica-por-que-no-se-vendera-agua-en-bloque-a-municipios-cercanos-a-bogota>].
- Barrera Carbonell, Antonio, “Regulación en servicios públicos”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 11 (2000).
- Barreto Moreno, Antonio Alejandro, “Gestión local y libre mercado en el servicio público domiciliario de acueducto: la experiencia del abuso de la posición de dominio en Francia y Colombia”, en *Revista Jurídica Precedente*, vol. 5 (2014).
- Barreto Moreno, Antonio Alejandro, *La función de la responsabilidad civil en Colombia en el marco de las acciones populares y de grupo* (tesis de maestría), Bogotá, CIJUS de la Universidad de los Andes, 2004.

Comisión de Regulación de Acueducto y Saneamiento Básico, Resolución CRA 608 del 25 de abril del 2012, en *Diario Oficial*, n.º 48 445, 28 de mayo del 2012.

Comisión Europea, “Antitrust: la Commission inflige une amende de 8 millions € à Suez Environnement et Lyonnaise des Eaux pour bris de scellé lors d’une inspection”. Consultado en [http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-632_fr.htm].

Congreso de la República, Ley 142 del 11 de julio de 1994, en *Diario Oficial*, n.º 41 433, 11 de julio de 1994.

Congreso de la República, Ley 1340 del 11 de julio del 2009, en *Diario Oficial*, n.º 41 433, 11 de julio de 1994.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 11001-03-26-000-2001-0029-01 del 5 de marzo del 2008.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-150 del 25 de febrero del 2003.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-172 del 19 de marzo del 2014.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-312 del 26 de abril del 2012.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-692 del 5 de septiembre del 2007.

Decreto 1541 del 28 de julio de 1978, en *Diario Oficial*, n.º 35 078, 21 de agosto de 1978.

Decreto 2811 del 18 de diciembre de 1974, en *Diario Oficial*, n.º 34 243, 18 de diciembre de 1974.

Departamento Nacional de Planeación de Colombia, “Consolidar un Estado eficiente y transparente y un modelo de intervención económica óptimo”, en *Visión Colombia II centenario: 2019*, Bogotá. Consultado en [https://www.dnp.gov.co/Portals/0/archivos/documentos/2019/Documentos/Documento_Cosolidar_un_estado_eficienrte.pdf].

Departamento Nacional de Planeación de Colombia, “Marco conceptual para reformar y consolidar el esquema institucional de regulacion y control de la actividad empresarial”. Consultado en [http://admonpublica.org/wp-content/uploads/2014/08/Marco_conceptual_para_reformar.pdf].

Departamento Nacional de Planeación de Colombia, “Visión Colombia Segundo Centenario”. Consultado en [<https://www.dnp.gov.co/Pol%C3%ADticasdeEstado/Visi%C3%B3nColombia2019/Documentospublicaciones.aspx>].

Drobenko, Bernard, *Mémentos LMD-Droit de l'eau*, París, Gualino, 2007.

Editorial, “El agua en bloque”, en *El Tiempo*, Colombia, 25 de mayo del 2012. Consultado en [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-5446987>].

Fournier, Jacques, “Los servicios públicos”. Consultado en [<http://www.ambafrance-co.org/Los-servicios-publicos-por-Jacques>].

Gazzaniga, Jean-Louis, Jean-Paul Ourliac y Xavier Larrouy-Castera, “L'eau: usages et gestion”, en *Revue Juridique de l'Environnement*, vol. 24, n.º 2 (1998).

Giffo-Levasseur, Anne-Marie, “Quelques enjeux actuels de la distribution publique de l'eau potable”, en Patrick Le Louarn (ed.), *L'eau. Sous le regard des sciences humaines et sociales*, París, L'Harmattan, 2007.

Gil Botero, Enrique, “La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y judicial”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 3 (2009).

Gobierno Nacional, Decreto 1260 del 17 de junio del 2013.

Gobierno Nacional, Decreto 2882 del 31 de julio del 2007.

Gobierno Nacional, Decreto 3573 del 27 de septiembre del 2011.

Gobierno Nacional, Decreto-Ley 4170 del 3 de noviembre del 2011.

Gobierno Nacional, Decreto-Ley 4134 del 3 de noviembre del 2011.

Gómez Figueredo, José Eduardo y José Silva Ruiz, *Gestión de Servicios Públicos*, Bogotá, Escuela Superior de Administración Pública, 2008.

Guyard, Eva, *La gestion de la rareté de l'eau en droit public. Analyse comparée en droit français et italien* (tesis doctoral), Nantes, 2010.

- Jordana, Jacint, *Regulación y Políticas Sociales. Las políticas de regulación social y la creación de mercados en los sectores sociales en América Latina*, Nueva York, Instituto Interamericano para el Desarrollo Social, 2006.
- Lamprea M., Everaldo, “Los servicios públicos domiciliarios y el Estado regulador”, en *Revista Jurídica Precedente*, 2004. Disponible en [<http://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1413/1812>].
- Lamprea M., Everaldo, “Los servicios públicos en Colombia: entre la libertad de mercado y la intervención estatal”, en Helena Alviar García (ed.), *Manual de derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 2009.
- Le Fichant, Françoise, “L’appropriation ou l’usage de l’eau douce par les particuliers”, en Patrick Le Louarn (ed.), *L’eau. Sous le regard des sciences humaines et sociales*, París, L’Harmattan, 2007.
- Luchaire, Yves, “La mise en concurrence dans l’organisation et la gestion des services publics locaux, l’exemple de l’eau, ni Droit et gestion des collectivités territoriales”, en *Les enjeux de la gestion locale de l’eau*, París, Le Moniteur, 2010.
- Marcou, Gérard, “L’eau, enjeu global et gestion locale”, en *Les enjeux de la gestion locale de l’eau*, París, Le Moniteur, 2010.
- Marín Hernández, Hugo Alberto, “Norma regulatoria: ¿mito o realidad?”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 3 (2009).
- Martínez, John Jairo y Juan Andrés Ramírez, “El suministro de agua en bloque: algunos aspectos económicos relevantes”, en *Regulación de agua potable y saneamiento básico*, n.º 13 (2007).
- Morand-Deville, Jacqueline, *Curso de Derecho Administrativo. Curso, temas de reflexión, comentarios y análisis de fallos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Palacios Mejía, Hugo, “La Constitución y la especialización de las funciones de protección a la competencia en materia de servicios públicos domiciliarios”, en *Con-texto, Revista de Derecho y Economía*, n.º 21 (2007).
- Parlamento Europeo sobre el IV “Foro Mundial del Agua” en Ciudad de México, Resolución B6-0149, 16-22 de marzo del 2006.

Proyecto de Ley 197 de 1992, en *Gaceta del Congreso*, año 1, n.º 162, 17 de noviembre de 1992.

Raséra, Michel, “La responsabilité des autorités locales dans la gestion des services publics d’eau et d’assainissement”, en *Les enjeux de la gestion locale de l’eau*, París, Le Moniteur, 2010.

Restrepo, Juana, “¿Cuánto podría durar el agua en Bogotá?”, en *KienyKe*, 2013. Disponible en [<http://www.kienyke.com/historias/cuanto-podria-durar-el-agua-en-bogota/>].

Rodríguez Arana, Jaime, “Servicio público y derecho comunitario europeo” en *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 31 (2005).

Rodríguez Garavito, César, “Interbolsa y los pecados de la regulación”, en *El Espectador*, 19 de noviembre del 2012. Disponible en [<http://www.elespectador.com/opinion/interbolsa-y-los-pecados-de-regulacion/>].

Rodríguez, Libardo, *Estructura del poder público en Colombia* (13.^a ed.), Bogotá, Temis, 2011.

Sendín García, Miguel Ángel, *Hacia un servicio público europeo: el nuevo derecho de los servicios públicos*, Granada, Comares, 2003.

Sierra, Juan Carlos, “La guerra por el agua”, en *Semana*, 29 de septiembre del 2012. Disponible en [<http://www.semana.com/nacion/articulo/la-guerra-agua/265610-3/>].

Sinaï, Agnes, *L’eau à Paris: retour vers le public*, París, Eau de Paris, 2014. Consultado en [http://www.eaudeparis.fr/uploads/tx_edpevents/LivreRemunicipalisation_01.pdf].

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución SIC 53992 del 14 de septiembre del 2012.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución SIC 67650 del 6 de noviembre del 2012.

Vidal Perdomo, Jaime, “Las comisiones de regulación de servicios públicos en la jurisprudencia constitucional colombiana”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 4 (2000).

ANÁLISIS EXPLORATORIO SOBRE LA INDEPENDENCIA DEL SUPERVISOR FINANCIERO EN COLOMBIA

Santiago TÉLLEZ CAÑAS*

INTRODUCCIÓN

Desde comienzos de los años noventa surgió un interés por aumentar la independencia de las agencias reguladoras y supervisoras del sector financiero en todo el mundo. La idea de que los supervisores de este sector fueran independientes y autónomos con respecto a los poderes ejecutivo y legislativo surgió con fuerza a comienzos de la década de los noventa¹ en parte por el aparente éxito de los bancos centrales independientes en el control de la inflación².

Los defensores de este proyecto argumentaban que la independencia de las agencias de regulación o de supervisión permitiría lograr los siguientes objetivos: fortalecer la autonomía de profesionales y expertos en el proceso de creación de las políticas públicas; mantener una separación entre la regulación y la influencia de los políticos; separar la responsabilidad de crear políticas de las funciones de regulación y supervisión; y realizar compromisos creíbles de largo plazo frente a potenciales inversionistas³. En otras palabras, la independencia garantizaría que las labores de regulación y supervisión se realizaran en pro de la estabilidad financiera y la protección de los consumidores, libres de cualquier interferencia política o comercial.

El Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional han sido promotores activos de estas iniciativas a través del Programa de Evaluación del Sector Financiero

* Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, magíster en Políticas Públicas de Brown University y actualmente estudiante de doctorado en Políticas Públicas en la Universidad de Texas en Austin. Entre enero del 2007 y julio del 2011, se desempeñó como funcionario de la Superintendencia Financiera. Las opiniones expresadas en este artículo no comprometen en ningún modo a la Superintendencia Financiera ni a sus funcionarios.

¹ Jacint Jordana y Carles Ramió, "Delegation, Presidential Regimes, and Latin American Regulatory Agencies", en *Journal of Politics in Latin America*, vol. 2, n.º 1 (2010), p. 4.

² Marc Quintyn, "Independent Agencies: More Than a Cheap Copy of Independent Central Banks?", en *Constitutional Political Economy*, vol. 20, n.º 3-4 (2009), p. 268.

³ Mark Thatcher, "Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation", en *West European Politics*, vol. 25, n.º 1 (2002), pp. 131-134; Jacint Jordana y David Levi-Faur, "The Diffusion of Regulatory Capitalism in Latin America: Sectorial and National Channels in the Making of New Order", en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 598, n.º 1 (2005), pp. 111-113; Jacint Jordana; David Levi-Faur y Xavier Fernández-i-Marín, "The Global Diffusion of Regulatory Agencies: Channels of Transfer and Stages of Diffusion", en *Comparative Political Studies*, vol. 44, n.º 10 (2011), p. 1344.

(FSAP, por su sigla en inglés), en virtud del cual las dos organizaciones evalúan, de manera conjunta, el cumplimiento de los principios de supervisión creados por organizaciones internacionales como el Banco de Pagos Internacionales, conocido como el Comité de Basilea (BIS, por su sigla en inglés), o la Organización Internacional de Comisiones de Valores (Iosco, por su sigla en inglés). Un aspecto clave dentro de la evaluación es la independencia del supervisor.

Situaciones como la sanción de destitución e inhabilidad del superintendente financiero⁴ impuesta por la Procuraduría General de la Nación⁵ o la intempestiva salida del superintendente César Prado Villegas en el 2008 con ocasión de la crisis de DMG y otros esquemas de captación ilegal de recursos, indicarían la necesidad de contar con mecanismos formales para proteger la independencia del supervisor⁶.

A pesar de este reciente interés por fomentar la independencia de las instituciones de regulación y de la agencia de supervisión y regulación financiera en Colombia —Superintendencia Financiera—, ésta sólo cuenta con algunos de los instrumentos formales que, según la literatura⁷, pueden lograr esa independencia desde septiembre del año 2015 con la adopción del Decreto 1817.

Si bien la ausencia de esos mecanismos formales, la cual fue total hasta septiembre del año 2015 y parcial desde ese momento, parece ser evidencia de la ausencia de independencia del supervisor financiero colombiano, también es cierto que en la práctica la Superintendencia cuenta con algún nivel de independencia *de facto*. Tal como lo explicaré en este artículo, el mayor o menor grado de independencia *de facto* varía según el momento y puede estar determinado por mecanismos informales. Con esto no se quiere decir que los mecanismos formales de protección de la independencia no sean necesarios, pues las decisiones administrativas de la Procuraduría y las salidas intempestivas de los superintendentes muestran su necesidad. Sin embargo, ante la ausencia total o parcial de

⁴ Procuraduría General de la Nación, *Procuraduría General de la Nación destituyó e inhabilitó por 12 años al superintendente financiero de Colombia y a dos superintendentes delegados de la misma Entidad*, Procuraduría General de la Nación, Boletín 964, 2013. Disponible en [http://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-General_de_la_Nacion_destituy_e_inhabilit_por_12_anos_al_superintendente_financiero_de_Colombia_y_a_dos_superintendentes_delegados_de_la_misma_Entidad.news].

⁵ Procuraduría General de la Nación, *Comunicado de prensa 197 (4 de marzo)*, Procuraduría General de la Nación, 2015, Comunicado 197, disponible en [http://www.procuraduria.gov.co/portal/COMUNICADO-DE_PRENSA_4_DE_MARZO_news].

⁶ Economía, “Renunció superintendente financiero César Prado Villegas”, en *El Espectador*, 14 de noviembre del 2008. Disponible en [<http://www.elespectador.com/articulo90679-renuncio-superintendente-financiero-cesar-prado-villegas>].

⁷ Jordana y Ramío, “Delegation, Presidential Regimes...”, *cit.*, p. 6.

instrumentos formales algunos mecanismos informales permiten que en ciertos momentos la Superintendencia cuente con mayores niveles de independencia del Gobierno y los actores vigilados.

En este contexto, este artículo tiene dos objetivos. En primer lugar, pretendo explicar por qué no se han adoptado los mecanismos formales que garanticen de manera plena la independencia de la Superintendencia Financiera, teniendo en cuenta la creciente difusión internacional de estas herramientas y el interés de múltiples organizaciones internacionales.

Esto lo haré respondiendo dos preguntas de investigación. La primera es: ¿cuáles son las particularidades del contexto institucional colombiano que han impedido una adopción plena de esos mecanismos formales? Al respecto, mi hipótesis es que la existencia de un régimen presidencial, así como la influencia de varios actores con poder de veto en la aprobación de leyes y reformas constitucionales, han impedido que se establezcan esos mecanismos.

La segunda pregunta de investigación que me planteo en este artículo es: ¿cuáles son los factores que han permitido a la Superintendencia ejercer mayores o menores niveles de independencia *de facto* en diferentes momentos entre el 2006 y el 2013?⁸ Dentro de los mecanismos que se van a analizar incluyo la relevancia política de las decisiones adoptadas por la Superintendencia, la activa participación de la entidad en redes de regulación y supervisión internacionales, y la experiencia y credibilidad del superintendente.

Además de esta introducción, el presente artículo tiene seis secciones. En la primera se definen los dos tipos de independencia y se presentan los mecanismos asociados a cada una de ellas. En el caso de la independencia formal también se explica cómo la entienden las organizaciones internacionales que agrupan a las agencias de supervisión del sector financiero. Además se discute la manera en que operan estos conceptos en la práctica. En la segunda sección se presenta el marco teórico para abordar las dos preguntas de investigación mencionadas. La tercera sección suministra información de contexto sobre la Superintendencia Financiera, sus funciones, su ubicación dentro del Estado y los superintendentes que la han dirigido desde el año 2006. La cuarta presenta el argumento sobre por qué no se han adoptado mecanismos formales de independencia para la

⁸ El periodo inicia justo después de la fusión de las antiguas Superintendencia Bancaria de Colombia y Superintendencia de Valores de Colombia, que dio lugar a la creación de la Superintendencia Financiera. La fusión se implementó mediante el Decreto 4327 del 25 de noviembre del 2005, en *Diario Oficial*, n.º 46 104, 26 de noviembre del 2005.

Superintendencia en Colombia. La quinta sección explica los factores que han permitido que la Superintendencia tenga independencia *de facto*. Por último, la sección sexta presenta las conclusiones.

I. Independencia formal e informal

La independencia del supervisor financiero comprende dos elementos: independencia formal e independencia informal o *de facto*.

A. Independencia formal

El primer elemento de la independencia del supervisor es la independencia formal. Ésta implica que en el marco legal se hayan adoptado mecanismos que protejan al supervisor en términos jurídicos frente a interferencias indebidas del Ejecutivo o del Legislativo, o que lo protejan en términos legales de las acciones que haya realizado de buena fe en el ejercicio de sus responsabilidades.

Los mecanismos formales que la literatura ha propuesto para garantizar la independencia de las agencias de supervisión y regulación financiera incluyen⁹:

- Autonomía presupuestal y autonomía para la contratación de personal.
- Establecimiento de periodos fijos para las cabezas de las agencias de supervisión.
- Creación de consejos o juntas directivas que incluyen miembros independientes.
- Prohibición de destituir a los directivos como consecuencia de las decisiones de regulación o de supervisión que se hayan adoptado de buena fe en el ejercicio de sus funciones.
- Creación de cláusulas que impidan declarar a los directores de las agencias de supervisión responsables disciplinaria o judicialmente por decisiones que hayan tomado de buena fe en el ejercicio de sus funciones.

Organizaciones internacionales que agrupan a los supervisores y reguladores del sistema financiero, como el BIS, la Iosco y la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS, por su sigla en inglés), han acogido estas propuestas dentro de los principios básicos de supervisión en sus diversos sectores y en las

⁹ Jordana y Ramíó, “Delegation, Presidential Regimes...”, *cit.*, pp. 5-9; Quintyn, *op. cit.*, pp. 276-284.

correspondientes metodologías de evaluación, debido a la necesidad de que los supervisores sean autónomos e independientes. La tabla 1 detalla algunos principios propuestos por dichas organizaciones.

Tabla 1. Mecanismos de independencia formal de acuerdo con los principios de supervisión o regulación del BIS, la Iosco y la IAIS

	BIS	Iosco	IAIS
Fecha de adopción inicial	1997	2000	2003
Independencia operativa (del Gobierno o de la industria)	X	X	X
Destitución del responsable de la autoridad de supervisión sólo por motivos señalados en la ley	X		
Destitución no puede basarse en acciones que haya cometido en ejercicio de sus responsabilidades de buena fe		X	X
Fuente de financiación estable	X	X	X
Fijación de un periodo mínimo del responsable de la autoridad de supervisión o publicidad de las razones de su destitución	X		

Fuente: elaboración propia¹⁰.

Estos principios no son de obligatorio cumplimiento para los países o las agencias supervisoras que forman parte de las organizaciones mencionadas. No obstante, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, por medio del FSAP, realizan una evaluación periódica¹¹ del cumplimiento de estos principios y propone recomendaciones específicas para cada país. La participación de los países en el programa es voluntaria.

En Colombia, el último Programa de Evaluación del Sector Financiero se realizó durante el 2012 y finalizó en enero del 2013. Aunque el reporte final recono-

¹⁰ Basel Committee on Banking Supervision, “Core Principles Methodology-final document”, en *Bank for International Settlements*, 5 de octubre del 2006. Disponible en [https://www.bis.org/publ/bcbs130.htm]; International Organization of Securities Commissions, *Methodology For Assessing Implementation of the IOSCO Objectives and Principles of Securities Regulation*, International Organization of Securities Commissions, 2011. Consultado en [https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD359.pdf]; International Association of Insurance Supervisors, *Insurance Core Principles, Standards, Guidance and Assessment Methodology*, International Association of Insurance Supervisors, 2011. Consultado en [http://iaisweb.org/modules/icp/assets/files/Insurance_Core_Principles_Standards_Guidance_and_Assessment_Methodology_October_2011_revised_October_2013_.pdf.pdf].

¹¹ Por recomendación del Programa de Evaluación del Sector Financiero (FSAP), la evaluación debe hacerse cada cinco años. No obstante, las últimas dos evaluaciones realizadas en Colombia ocurrieron en el 2004 y el 2012.

ce que la Superintendencia Financiera cuenta con independencia *de facto* y ejerce sus funciones sin interferencia política, también recomendó que se mejorara la independencia formal. En particular, recomendó la determinación de un periodo fijo para el superintendente financiero o la explicación pública de las razones de su destitución, así como el fortalecimiento de la protección legal del superintendente y otros funcionarios respecto de acciones realizadas de buena fe en el ejercicio de sus funciones¹².

Un avance importante en la adopción de mecanismos formales de independencia es la expedición del Decreto 1817 del 2015, mediante el cual el Gobierno nacional dispuso que el superintendente financiero, entre otros, tuviera un periodo fijo correspondiente al del presidente de la República que lo haya nombrado. El decreto estableció asimismo que en los casos en que el retiro se produzca antes de la terminación del periodo para el cual se nombró deben anunciarse las razones que motivaron la decisión de retiro.

La expedición de este decreto es un avance para aumentar los niveles de independencia del supervisor financiero y muestra la voluntad política del actual presidente para garantizar esa independencia. Si bien el decreto es una norma que el actual o un futuro presidente podrían derogar en cualquier momento sin requerir el consentimiento del poder legislativo, la existencia del decreto aumenta el costo político que su derogación o el retiro de un superintendente por motivos políticos podrían tener para el Ejecutivo de turno. Algunos analistas lo han catalogado como *soft-law* más que una regulación cuyo cumplimiento pueda exigirse a través de algún mecanismo legal¹³. Podría afirmarse que, más que establecer un mecanismo de independencia formal, este decreto aumenta la independencia *de facto* de la Superintendencia Financiera.

En todo caso, a pesar del avance que significó la expedición del Decreto 1817 del 2015, la Superintendencia Financiera no cuenta con otros mecanismos formales de independencia, como la protección legal de las decisiones que el superintendente o los altos directivos de la agencia de supervisión tomen de buena fe en el ejercicio de sus funciones, o la destitución del superintendente sólo por motivos establecidos en términos legales.

¹² International Monetary Fund, *Colombia: Financial System Stability Assessment*, Washington, D. C., International Monetary Fund, 2013. Consultado en [https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2013/cr1350.pdf].

¹³ Luis Guillermo Vélez, “La independencia de los superintendentes”, en *La República*, 24 de septiembre del 2015. Disponible en [http://www.larepublica.co/la-independencia-de-los-superintendentes_304136].

B. *Independencia informal o de facto*

El segundo elemento de la independencia del supervisor financiero es la independencia *de facto*, la cual se refiere a aquellos mecanismos informales que le permiten ser independiente de intereses políticos o comerciales en el ejercicio de sus funciones. Chris Hanretty y Christel Koop han definido la independencia *de facto* como “el grado en el cual la agencia toma decisiones en su día a día sin la interferencia de políticos —en términos de ofrecer incentivos o amenazas— o sin considerar preferencias políticas”¹⁴. De manera similar, Martino Maggetti considera que la independencia *de facto* “es una síntesis de dos componentes: la autodeterminación de las preferencias de la agencia, y su autonomía a través del uso de las competencias reguladoras, es decir, a través de la actividad de regulación”¹⁵.

Este tipo de independencia implica, entre otros elementos, que aun en ausencia de mecanismos de independencia formal la agencia de supervisión toma las decisiones en función del interés general y en cumplimiento de su mandato de proteger la estabilidad del sistema financiero y del consumidor financiero, en lugar de hacerlo por preferencias políticas provenientes de las ramas ejecutiva o legislativa, o por intereses comerciales provenientes de la industria.

La independencia *de facto* opera de manera conjunta con la independencia formal, e incluso en ausencia de ésta. Es decir, un supervisor puede carecer de mecanismos formales de independencia, pero gozar, en todo caso, de altos niveles de independencia debido a la existencia de mecanismos informales que le permitan actuar sin interferencias políticas. También puede darse el caso en que un supervisor cuente con independencia formal, pero carezca de real independencia por la existencia de mecanismos informales que disminuyan la efectividad de los mecanismos formales¹⁶.

C. *Medición de la independencia formal y la independencia de facto*

Otro aspecto relevante tiene que ver con la manera de medir la independencia formal y la *de facto*. La primera es relativamente sencilla de medir. Una simple mirada a la Constitución y a las leyes que regulan la agencia respectiva permite

¹⁴ Chris Hanretty y Christel Koop, “Shall the Law Set Them Free? The Formal and Actual Independence of Regulatory Agencies”, en *Regulation & Governance*, vol. 7, n.º 2 (2013), p. 199.

¹⁵ Martino Maggetti, “De Facto Independence After Delegation: A Fuzzy-Set Analysis”, en *Regulation & Governance*, vol. 1, n.º 4 (2007), p. 272.

¹⁶ Hanretty y Koop, *op. cit.*, p. 199.

evaluar si se han adoptado mecanismos formales que garantizan la independencia del supervisor, como un periodo fijo o la prohibición de destituir al regulador por decisiones que haya tomado de buena fe. No obstante, estas medidas simples no tienen en cuenta si en la práctica los gobiernos cumplen esos mecanismos y si son efectivos para proteger la autonomía de las decisiones de las agencias de regulación.

En el caso de la independencia *de facto*, la medición es más compleja. Dos indicadores que se han utilizado con frecuencia en la literatura al respecto son la vulnerabilidad política de la cabeza de la agencia, que se refiere a la probabilidad de que haya cambios de superintendente como consecuencia de un cambio de gobierno, y el promedio de los periodos de los superintendentes, el cual mide la frecuencia con que cambia el liderazgo de la agencia¹⁷. El supuesto detrás de estas dos medidas es que la salida de los directores de las agencias como consecuencia de modificaciones en el gobierno así como sus renunciaciones rápidas y frecuentes se relacionan con la intención del Gobierno de interferir en el ejercicio de regulación o, incluso, con la interferencia real del Gobierno en esa actividad¹⁸. Sin embargo, es posible que las renunciaciones de los directores se deban a circunstancias personales que nada tienen que ver con el interés político de interferir en las decisiones de la agencia de supervisión.

II. Marco teórico: poder presidencial y difusión como mecanismo de protección de la independencia del supervisor financiero

En esta sección se explorarán las condiciones o los factores que explican la adopción, o falta de ella, de una independencia formal. También exploraremos qué mecanismos informales permiten al supervisor financiero tener independencia *de facto* ante la ausencia de independencia formal.

A. ¿Qué factores determinan la adopción de independencia formal o la falta de ella?

La literatura relacionada con las agencias de regulación ha establecido varios mecanismos para explicar la adopción de independencia formal en agencias de regulación y supervisión, entre los cuales están la difusión nacional o internacional de agencias reguladoras independientes y los factores políticos domésticos.

¹⁷ Maggetti, *op. cit.*, p. 278; Hanretty y Koop, *op. cit.*, pp. 200-202; Jordana y Ramío, “Delegation, Presidential Regimes...”, *cit.*

¹⁸ Hanretty y Koop, *op. cit.*

Algunos autores argumentan que la difusión es el principal mecanismo a través del cual las agencias implementan la independencia formal¹⁹. Existen dos posibles canales para esta difusión: nacional o sectorial. Según el canal de difusión nacional, la probabilidad de establecer agencias independientes aumenta en la medida en que haya, dentro de un país, agencias independientes para regular y supervisar otros sectores económicos. De acuerdo con el canal de difusión sectorial, la probabilidad de tener agencias independientes aumenta en la medida en que en otros países tengan agencias reguladoras independientes dentro del mismo sector económico.

Las estimaciones empíricas de los autores demuestran que si bien ambos canales son importantes para explicar la adopción de agencias reguladoras independientes, la probabilidad asociada al canal sectorial es más alta. Mark Thatcher define este mecanismo como *aprendizaje en la adopción de políticas*²⁰, mientras que, según Paul J. DiMaggio y Walter W. Powell, podría describirse como *isomorfismo*²¹.

Otro posible factor que explica la adopción de mecanismos de independencia en las agencias de regulación y supervisión es la fortaleza del poder legislativo del presidente en un país²². En un régimen presidencial, como el colombiano, el legislador tiene incentivos considerables para exigir la creación de agencias independientes como un mecanismo para limitar el poder del Ejecutivo²³. Sin embargo, en los países latinoamericanos los órganos legislativos tienden a ser reactivos y depender de la iniciativa del Ejecutivo, en particular cuando los poderes legislativos del presidente son altos, tal como ocurre en Colombia. Estos poderes se refieren no sólo a la posibilidad de proponer y objetar proyectos de ley, sino a que el presidente tiene iniciativa legislativa exclusiva o facultades para legislar en casos de emergencia²⁴.

¹⁹ Jordana y Levi-Faur, "The Diffusion of Regulatory...", *cit.*; Jacint Jordana y David Levi-Faur, "Towards a Latin American Regulatory State? The Diffusion of Autonomous Regulatory Agencies Across Countries and Sectors", en *International Journal of Public Administration*, vol. 29, n.º 4-6 (2006), pp. 336-337; Jordana, Levi-Faur y Fernández-i-Marín, "The Global Diffusion...", *cit.*, pp. 1346-1349.

²⁰ Thatcher, *op. cit.*, pp. 136-137.

²¹ Paul J. DiMaggio y Walter W. Powell, "The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields", en *American Sociological Review*, vol. 48, n.º 2 (1983), pp. 147-160.

²² Jordana y Ramió, "Delegation, Presidential Regimes...", *cit.*, p. 14.

²³ Terry M. Moe y Michael Caldwell, "The Institutional Foundations of Democratic Government: A Comparison of Presidential and Parliamentary Systems", en *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, vol. 150, n.º 1 (1994), pp. 174-175.

²⁴ Lee Kendall Metcalf, "Measuring Presidential Power", en *Comparative Political Studies*, vol. 33, n.º 5 (2000), pp. 668-672; Miguel A. Montoya y Francesc Trillas, "The Measurement of Regulator Independence in Practice: Latin America and the Caribbean", en *International Journal of Public Policy*, vol. 4, n.º 1 (2009), pp. 113-134.

En este contexto de presidencialismo fuerte, la decisión de contar con una agencia de supervisión independiente para el sector financiero recae casi de forma exclusiva en el presidente. Si éste decide realizar una propuesta para garantizar la independencia del supervisor financiero, es posible que el legislador lo considere algo positivo y se adopten los mecanismos formales de independencia. Sin embargo, dentro del mismo marco conceptual se sugiere que en un régimen presidencial, por regla general, el presidente no tiene mayores incentivos para establecer un supervisor financiero independiente, por cuanto esto implicaría limitar su propio poder en el futuro²⁵.

En consecuencia, cuanto más fuerte sea el poder legislativo del presidente hay menos probabilidades de que las agencias reguladoras del país adopten mecanismos de supervisión. Los autores identifican a Colombia como uno de los países latinoamericanos que tienen presidencias con poderes legislativos más fuertes²⁶, toda vez que tiene una calificación alta en distintos índices de poderes legislativos presidenciales, como proponen varios autores²⁷. Por ejemplo, en el caso del índice propuesto por García Montero, Colombia tiene una calificación de 0,51, en una escala de 0 a 1. Los componentes del índice con mayor relevancia para el caso colombiano son los poderes legislativos del presidente en la etapa de iniciativa legislativa, la posible incidencia del Ejecutivo en el proceso legislativo dada la conformación bicameral de la rama legislativa²⁸ y los poderes legislativos extraordinarios del presidente.

Por último, según el marco conceptual propuesto por George Tsebelis, un factor adicional que impediría a las agencias de supervisión financiera adoptar mecanismos de independencia es la existencia de una multiplicidad de actores con poder de veto (presidente, cámaras del congreso, tribunal constitucional, entre otros)²⁹, pues esto dificulta la realización de cambios sustanciales del *statu quo*. Esto se intensifica cuando los cambios requieren mayorías y procedimientos

²⁵ Moe y Caldwell, *op. cit.*, pp. 175-176.

²⁶ Jordana y Ramió, "Delegation, Presidential Regimes...", *cit.*, p. 19.

²⁷ Inter-American Development Bank, *The Politics of Policies. Economic and Social Progress in Latin America. 2006 Report*, Washington, D. C., Inter-American Development Bank, David Rockefeller Center for Latin American Studies, Harvard University, 2006, p. 49; Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *La democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Buenos Aires, PNUD, 2004, pp. 148-172; CIDOB, "Instituciones y actividad legislativa en América Latina", en *Documentos CIDOB América Latina*, n.º 23 (2008). Disponible en [http://www.cidob.org/en/publicaciones/documentos/america_latina/instituciones_y_actividad_legislativa_en_america_latina].

²⁸ Por ejemplo la incidencia en las comisiones revisoras o en el archivo de proyectos en una de las cámaras.

²⁹ George Tsebelis, "Veto Players and Institutional Analysis", en *Governance*, vol. 13, n.º 4 (2000), pp. 441-474.

especiales de aprobación (el caso de las reformas constitucionales en Colombia), como los que se necesitarían para dotar a la Superintendencia Financiera de todos los mecanismos de independencia.

En síntesis, son fundamentalmente tres los factores que incidirían en la adopción del supervisor financiero de mecanismos formales de independencia, o en la ausencia de ella: la difusión de estas agencias en otros países, la existencia de un régimen presidencial y la cantidad de actores con poder de veto.

B. ¿Qué factores determinan la existencia de independencia de facto, ante la ausencia de independencia formal?

La literatura sobre la independencia de las agencias de regulación se ha centrado en entender si la existencia de mecanismos formales de independencia se traduce en una independencia real y efectiva en la práctica³⁰. Sin embargo, algunos de los conceptos desarrollados pueden ser útiles para explicar los factores que dan lugar a la independencia *de facto*, ante la ausencia de una independencia formal.

Un factor importante para explicar los niveles de independencia *de facto* es la relevancia política de los asuntos de competencia de la agencia de regulación y supervisión³¹. De acuerdo con estos autores, cuanto más relevantes sean los asuntos de competencia de la agencia en términos políticos, menor será la independencia real que tendrá. Por esta misma razón, los cambios en los niveles de relevancia de las decisiones de la agencia de supervisión podrían explicar los cambios en los niveles de independencia de una agencia a lo largo del tiempo.

Por otra parte se propone que, en el caso de los países miembro de la Unión Europea, la participación de las agencias de supervisión y regulación en redes internacionales³² —tales como reuniones multilaterales, conferencias, esfuerzos comunes de regulación, celebración de memorandos de entendimiento, entre otros— incrementa la independencia *de facto* por cuanto estas actividades generan recursos a las agencias: mayor experticia técnica y mayor acceso a la información, entre otros. Además, la participación en estos escenarios suele conllevar la creación de compromisos y deberes frente a los pares internacionales y potenciales inversionistas³³.

³⁰ Jordana y Ramió, “Delegation, Presidential Regimes...”, *cit.*; Hanretty y Koop, *op. cit.*; Maggetti, *op. cit.*; Thatcher, *op. cit.*

³¹ Hanretty y Koop, *op. cit.*, pp. 198-199.

³² Maggetti, *op. cit.*, pp. 274-275.

³³ Thatcher, *op. cit.*

En el caso colombiano podría esperarse que su participación en el Mercado Integrado Latinoamericano y sus esfuerzos para ser miembro de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD) tengan un efecto similar al de la participación en las redes europeas. El interés de Colombia de convertirse en miembro de la OECD se refleja, entre otros, en el reciente estudio realizado por esa organización sobre la política de regulación en el país, en el que se sugirieron algunas reformas para fortalecer la capacidad reguladora del país. Dentro de las propuestas se encuentran la de mejorar la capacidad institucional para mejorar la regulación, evaluar la calidad de la regulación no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también desde una perspectiva técnica, e incrementar la transparencia en el proceso de formulación de la regulación, entre otras³⁴. Estas sugerencias buscan reducir la interferencia política en las decisiones de las agencias de regulación y supervisión.

En conclusión, dos factores son relevantes para explicar la independencia *de facto* de los supervisores financieros: la relevancia política de los asuntos de competencia de la agencia de supervisión y su participación en redes internacionales de supervisión y regulación.

III. El contexto: la Superintendencia Financiera y su ubicación en la organización del Estado

La Superintendencia Financiera es la entidad encargada de inspeccionar, vigilar y controlar a las personas o entidades que realicen actividades financieras, bursátiles y aseguradoras, por delegación del presidente. Como tal, tiene a su cargo la supervisión y vigilancia de bancos y otros intermediarios financieros, entidades aseguradoras, comisionistas de bolsa, proveedores de infraestructura del mercado de valores y organizaciones del mercado de valores, entre otros entes.

Algunas de las funciones de la Superintendencia son autorizar la constitución y entrada en funcionamiento de las entidades bajo su supervisión, y la posesión de los administradores de esas entidades; sancionar a las entidades y sus administradores por el incumplimiento de las normas que regulan su actividad, y tomar posesión u ordenar su liquidación para proteger los recursos del público. Además, la Superintendencia tiene algunas facultades reguladoras, ejercidas mediante

³⁴ OECD, *Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia: más allá de la simplificación administrativa*, OECD, 2014. Consultado en [http://www.oecd-ilibrary.org/governance/estudios-de-la-ocde-sobre-la-politica-regulatoria-en-colombia_9789264201965-es].

actos administrativos generales, de carácter vinculante para todas las entidades vigiladas³⁵, pues son relevantes para su correcto funcionamiento y operación.

La dirección de la Superintendencia Financiera está a cargo del superintendente financiero, que el presidente de la República nombra. Como se mencionó en la sección II, este funcionario no tiene un periodo fijo y, por lo tanto, puede ser retirado de su cargo a discreción del presidente; aunque, después de la expedición del Decreto 1817 del 2015 si su retiro se produce antes de la terminación del periodo fijo determinado por el decreto el presidente debe exponer los motivos que justifiquen la decisión.

En la actualidad, la Superintendencia cuenta con más de 850 funcionarios repartidos en once delegaturas encargadas de la supervisión de los asuntos institucionales de industrias específicas (intermediarios financieros, entidades aseguradoras, entre otras) o de los riesgos específicos (riesgo de crédito, riesgo operativo, entre otros), y una delegatura para funciones jurisdiccionales. Además, el superintendente tiene a su cargo cinco direcciones encargadas del soporte jurídico, administrativo, tecnológico, de regulación, y de la protección al consumidor financiero. Al tomar decisiones, el superintendente se soporta en las recomendaciones y el consejo de los delegados y directores. Así mismo, en algunas circunstancias, como la toma de posesión de las entidades vigiladas, el superintendente debe escuchar el concepto del consejo asesor, órgano de carácter consultivo conformado por cinco expertos en temas económicos y financieros nombrados por el presidente de la República.

La Superintendencia Financiera es producto de la fusión de las antiguas Superintendencia Bancaria y Superintendencia de Valores. Este proceso se realizó en el 2006 en lo que fue una importante innovación en el contexto latinoamericano, y ha recibido una evaluación positiva de expertos y organizaciones internacionales³⁶.

Desde el 2006 cuatro superintendentes han dirigido la Superintendencia, tal y como se muestra en la tabla 2. Allí se observa que el tiempo promedio de servicio oscila entre trece meses, en el caso de César Prado Villegas, y 54 meses, en el

³⁵ No obstante la existencia de esta facultad reguladora, la mayor parte de las funciones de regulación sobre el sector financiero, en especial aquellas que requieren el desarrollo de leyes, corresponden al Gobierno nacional, en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. El Ministerio a su vez ejerce esta función con el soporte de la Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación Financiera.

³⁶ International Monetary Fund, *op. cit.*

de Gerardo Hernández Correa, cuyo periodo aún no ha terminado³⁷. Salvo este último, ninguno de los otros tres superintendentes prestó sus servicios por más de dos años.

IV. El contexto político e institucional colombiano y la independencia del supervisor financiero: ausencia de independencia formal

Los argumentos sobre la difusión nacional o sectorial de las agencias de supervisión independientes parecieran no tener sustento empírico en Colombia. En efecto, después de la Constitución de 1991 se crearon en el país varias agencias de regulación y supervisión que contaban con mecanismos formales de independencia. El principal ejemplo es el Banco de la República, cuya independencia y autonomía funcional y presupuestal están consagradas en la Constitución³⁸; otros ejemplos son la Comisión de Regulación de Energía y Gas, y la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento, cuyos comisionados cuentan con un periodo de servicio fijo establecido en la ley.

De la misma forma, tal y como lo reconoce la literatura, muchos países en Latinoamérica y en otras regiones han hecho la transición hacia agencias de regulación y supervisión del sector financiero que cuenten con mecanismos de independencia formal³⁹. A pesar de que esto indicaría una alta probabilidad de que una agencia independiente en el sector financiero la adopte, lo cierto es que hasta septiembre del 2015 la Superintendencia Financiera no contaba con mecanismos de independencia formal y, como se mencionó, los que se establecieron por el Decreto 1817 del 2015 ofrecen una protección que no es plena, toda vez que depende de la voluntad política del presidente de turno.

³⁷ Como se mencionó, la Procuraduría General de la Nación, en segunda instancia, decidió reducir la sanción impuesta al superintendente Hernández a una suspensión de su cargo por diez meses. La sanción fue cumplida por el superintendente Hernández entre abril del 2015 y febrero del 2016, tiempo durante el cual lo reemplazó el superintendente Jorge Castaño Gutiérrez. El Gobierno nacional, en cabeza del ministro de Hacienda y Crédito Público manifestó su apoyo categórico a la gestión del superintendente Hernández, como lo demuestra, entre otros, el hecho de que lo reintegró como superintendente con posterioridad al cumplimiento de la sanción, en la Redacción Economía, “Minhacienda dice que designará superfinanciero encargado”, en *El Espectador*, 5 de marzo del 2015. Disponible en [<http://www.elspectador.com/noticias/economia/minhacienda-dice-designara-superfinanciero-encargado-articulo-547661>].

³⁸ República de Colombia, Constitución Política de 1991, artículo 371.

³⁹ Jordana y Levi-Faur, “The Diffusion of Regulatory Capitalism...”, *cit.*, pp. 106-108; Quintyn, *op. cit.*, pp. 175-276; Donato Masciandaro; Marc Quintyn y Michael W. Taylor, “Inside and Outside of the Central Banks: Independence and Accountability in Financial Supervision: Trends and Determinants”, en *European Journal of Political Economy*, vol. 24, n.º 4 (2008), pp. 833-834.

Tabla 2. Superintendentes financieros entre el 2006 y el 2015

Superintendente	Tiempo en el cargo	Cargo anterior	Motivo salida	Ministro de Hacienda y Crédito Público
Augusto Acosta Torres	20 meses enero del 2006 / agosto del 2007	Gerente de la fusión de la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Valores, y presidente de la Bolsa de Valores de Colombia	Renuncia	Alberto Carrasquilla y Oscar Iván Zuluaga
César Prado Villegas	13 meses septiembre del 2007 / octubre del 2008	Director de regulación financiera del Ministerio de Hacienda y Crédito Público	Renuncia	Oscar Iván Zuluaga
Roberto Borrás Polanía	23 meses octubre del 2008 / septiembre del 2010	Director de regulación financiera del Ministerio de Hacienda y Crédito Público	Cambio de gobierno	Oscar Iván Zuluaga
Gerardo Hernández Correa	57 meses septiembre del 2010 / abril del 2015 febrero del 2016 / presente	Gerente ejecutivo del Banco de la República y secretario general de la Junta Directiva del Banco de la República	No aplica	Juan Carlos Echeverry y Mauricio Cárdenas
Jorge Castaño Gutiérrez	10 meses abril del 2015 / febrero del 2016	Director de investigación y desarrollo de la Superintendencia Financiera de Colombia	Reintegro del superintendente Gerardo Hernández Correa	Mauricio Cárdenas

Fuente: elaboración propia.

En este contexto, surge la siguiente pregunta: ¿cuáles son los factores que explicarían la ausencia de mecanismos formales de independencia plena en la Superintendencia Financiera? Si se tiene presente que el presidente cuenta con un alto poder legislativo y el legislador tiende a ser reactivo, es posible que el Congreso apruebe una propuesta para aumentar la independencia. No obstante, tal y como se mencionó en la sección III, el presidente no tiene mayores incentivos para establecer un supervisor financiero independiente por cuanto esto implicaría limitar su propio poder en el futuro. Ésta, además, podría ser la explicación de la ausencia de propuestas formales para aumentar la independencia de la Superintendencia Financiera en Colombia a través de leyes expedidas por el Congreso de la República.

En este caso, el legislador tampoco es el único con poder de veto. Como se mencionó en la sección III, la regulación, inspección, vigilancia y supervisión de las actividades financieras está reservada al presidente de la República en la Constitución⁴⁰. Por esta razón, establecer mecanismos formales de independencia para el supervisor financiero en Colombia podría requerir una modificación a la Constitución que le quite esas funciones al presidente y permita que un ente autónomo las ejerza. Esto implicaría un procedimiento de aprobación y unas mayorías particulares en el Congreso, así como la necesidad de considerar a la Corte Constitucional un nuevo actor con poder de veto, por la posible futura revisión de constitucionalidad de la reforma.

En conclusión, la naturaleza del régimen presidencial y la cantidad de actores con poder de veto son factores que explican por qué la Superintendencia Financiera no cuenta con los mecanismos de independencia formal consagrados en la ley, a pesar de la difusión de agencias con independencia en el país y en el sector financiero de otros países.

V. Origen de la independencia *de facto* del supervisor financiero colombiano

En esta sección se explican los factores que han permitido a la Superintendencia Financiera alcanzar niveles de independencia operativa respecto del Gobierno, a pesar de no contar con independencia formal. Así mismo se analiza cómo los mecanismos de independencia operativa han cambiado a lo largo del tiempo y

⁴⁰ República de Colombia, Constitución Política de 1991, artículo 189, numeral 24, y artículo 335.

cómo esas modificaciones han alterado los niveles de independencia. En particular, nos enfocamos en los dos mecanismos explorados en la sección III de este artículo: primero se evalúa el papel de la relevancia política de las decisiones que toma la Superintendencia Financiera en la existencia de una independencia *de facto* en esa entidad y después, el efecto que la inserción de la Superintendencia en redes internacionales de regulación ha tenido en su independencia *de facto*.

A. Relevancia política de los asuntos de competencia del supervisor financiero

Es razonable sostener que en tiempos de estabilidad política, económica y financiera las decisiones del supervisor financiero no tienen mayor relevancia. Es decir, sus decisiones no son definitivas al momento de determinar el resultado de una elección presidencial o cambiar de manera sustancial los resultados de las elecciones legislativas. En general, en momentos de estabilidad las preocupaciones sobre el estado del sistema financiero y las decisiones del supervisor no son temas que figuren en las encuestas de opinión, ni son discutidas por líderes de opinión o por la prensa no especializada. Este bajo perfil político permite al supervisor financiero contar con mayores niveles de independencia *de facto* respecto del Ejecutivo⁴¹.

Sin embargo, en momentos de inestabilidad, las decisiones del supervisor financiero se tornan relevantes en términos políticos y pueden influir en los índices de aceptación del presidente o del Congreso. Además, según el contexto, también podrían ser determinantes en las elecciones. En estas circunstancias es posible que la independencia del supervisor se vea coartada. Por ejemplo, en el caso del Banco de la Reserva Federal de Estados Unidos es razonable considerar que las decisiones y los pronunciamientos de Ben Bernanke, presidente de esa entidad durante la crisis financiera y económica del 2008, sufrieron un mayor escrutinio de la opinión pública, el Congreso estadounidense y el Gobierno de ese país, que el recibido por las decisiones de Alan Greenspan, presidente de ese organismo en la época previa a la crisis. Este mayor escrutinio, dependiendo del contexto institucional, podría reflejarse en un menoscabo a la independencia de la agencia respectiva.

Un ejemplo de una situación en la que las decisiones de la Superintendencia Financiera tuvieron relevancia política es cuando, en noviembre del 2008, el

⁴¹ Hanretty y Koop, *op. cit.*, pp. 198-199.

Gobierno nacional decretó un estado de emergencia social mediante el Decreto 4333^[42]. La justificación de esta declaratoria fue la proliferación de esquemas no autorizados para la captación ilegal de recursos del público, varios de los cuales colapsaban en todo el país. La denominada “crisis de las pirámides” afectó a una importante porción de la población colombiana, e incluso generó protestas, en algunos casos violentas, contra las autoridades en varios municipios del país. A la Superintendencia Financiera le correspondía en ese momento ejercer control sobre la captación ilegal de recursos, pero la responsabilidad, después de la declaratoria de emergencia social, fue compartida con la Superintendencia de Sociedades.

La “crisis de las pirámides” fue un caso con una alta relevancia política que tuvo importantes consecuencias para la independencia del supervisor financiero. La más importante de ellas fue la de haber ocasionado la renuncia del superintendente César Prado Villegas en medio de la crisis. Como se desprende de los relatos de los medios de comunicación del momento, durante el escándalo mediático y político que esta situación generó, el superintendente Prado perdió el respaldo del Gobierno⁴³, a pesar de haber actuado en un momento oportuno con los medios a su disposición en contra del esquema piramidal más grande, llamado David Murcia Guzmán (DMG), y de haber demostrado que había actuado de forma diligente dentro de las facultades que le otorgaba la legislación vigente⁴⁴.

⁴² La Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de este decreto mediante la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-135, del 25 de febrero del 2009.

⁴³ El entonces presidente de la República Álvaro Uribe Vélez manifestó en una entrevista radial que “En la Superintendencia yo observo que ha habido temor a que una intervención pueda devenir posteriormente en una revocatoria por parte de los jueces y que eso exija que traten de repetir contra los funcionarios. La Superintendencia me han dicho en los últimos días [*sic*] que ellos tienen el riesgo que si no se configuran bien estos ilícitos para intervenir, entonces después los jueces van a revocar la intervención, van a señalar como culpables a los funcionarios de la Superintendencia y van a repetir contra ellos, [...] yo sinceramente creo que la Superintendencia, sin haber incurrido en temeridad se pudo ser [*sic*] más diligente y lo reconozco, porque que esto empezó muy velozmente, que nos sorprendió a todos, pero había que proceder con toda la rapidez”, Julio Sánchez Cristo, “Álvaro Uribe Vélez, Presidente de la República”, en *W Radio*, 14 de noviembre del 2008. Disponible en [http://www.wradio.com.co/escucha/archivo_de_audio/alvaro-uribe-velez-presidente-de-la-republica/20081114/oir/710813.aspx].

⁴⁴ Aunque la Procuraduría General de la Nación inició una investigación sobre la conducta del superintendente Prado, después la investigación fue desestimada por no haberse encontrado ninguna irregularidad en sus actuaciones. Procuraduría General de la Nación, *La Procuraduría abrió investigación disciplinaria por la posible intervención tardía de la Superfinanciera, la Supersociedades, la Dian y la ULAF en la crisis de las pirámides que se presentó en el país entre los años 2006 y 2008*, Procuraduría General de la Nación, Boletín 613, 2009. Disponible en [http://www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2009/noticias_613.htm]; Procuraduría General de la Nación, *Procuraduría absolvió a funcionarios de la Superfinanciera por el caso de las denominadas pirámides*, Procuraduría General de la Nación, Boletín 1255, 2011. Disponible en [http://www.procuraduria.gov.co/porta/Procuraduria-absolvio_a_funcionarios_de_la_Superfinanciera_por_el_caso_de_las_denominadas_piramides.news].

Además, para la intervención de los esquemas piramidales fue necesario declarar un estado de excepción constitucional y tomar medidas de emergencia que facilitaran la labor de la Superintendencia Financiera.

Otra situación en la que un aumento de la relevancia política de las decisiones del supervisor financiero influyó en su independencia ocurrió durante la administración del superintendente Augusto Acosta Torres. En efecto, es posible que, como ocurrió con el superintendente Prado, este acontecimiento también haya derivado en la renuncia del superintendente Acosta. La información proveniente de la prensa, tanto de la época como de años más recientes, sugiere que el abogado José Roberto Arango, quien se había desempeñado como alto consejero del entonces presidente de la República, habría incidido en que el Gobierno le solicitara la renuncia al superintendente por estar en desacuerdo con algunas de sus decisiones sobre Interbolsa S. A. Comisionista de Bolsa y otras sociedades vinculadas a Juan Carlos Ortiz⁴⁵.

En contraste, la gestión del superintendente Roberto Borrás careció de sucesos que tuvieran una alta relevancia política, ya que reemplazó al superintendente César Prado cuando la crisis de las pirámides había explotado y su principal objetivo fue implementar los decretos derivados de la declaratoria de emergencia social y adelantar las investigaciones sobre eventos de captación ilegal de recursos para que, de manera conjunta con la Superintendencia de Sociedades, se realizarán las intervenciones correspondientes. Para realizar esta gestión, el superintendente Borrás contó con el apoyo incondicional del Gobierno. A lo largo de su periodo, no enfrentó ninguna otra circunstancia con alta relevancia política y su desempeño como superintendente estuvo rodeado de relativa estabilidad y pocas interferencias políticas evidentes del Gobierno. Es probable que por estas circunstancias haya podido completar un periodo de 23 meses, que sólo terminaron debido al cambio de gobierno en agosto del 2010.

⁴⁵ Véase entre otros: Caracol Radio, “Sí hubo reuniones con Arango y estaba incómodo conmigo: Augusto Acosta”, en *Caracol Radio*, 5 de mayo del 2014. Disponible en [<http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/si-hubo-reuniones-con-arango-y-estaba-incomodo-conmigo-augusto-acosta/20140505/nota/2208362.aspx>]; María Isabel Rueda, “Pregunta que flota en el aire”, en *El Tiempo*, 4 de mayo del 2014. Disponible en [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13927820>]; Redacción política, “José Roberto Arango me manifestó incomodidades: exsuperfinanciero”, en *El Tiempo*, 5 de mayo del 2014. Disponible en [<http://www.eltiempo.com/politica/gobierno/columna-de-maria-isabel-rueda-scar-ivan-zuluaga-solicito-renuncia-del-ex-superfinanciero/13940156>]; Nullvalue, “Hoy renuncia el Superfinanciero”, en *El Tiempo*, 5 de julio del 2007. Disponible en [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2563151>]; Caracol Radio, “El superfinanciero no renunció voluntariamente. Se lo exigieron”, en *Caracol Radio*, 5 de julio del 2007. Disponible en [<http://www.caracol.com.co/noticias/economia/el-superfinanciero-no-renuncio-voluntariamente-se-lo-exigieron/20070705/nota/449606.aspx>].

Así mismo podría afirmarse que durante buena parte de la gestión del superintendente Hernández hubo relativa estabilidad en la Superintendencia. En otras palabras, las actuaciones de la Superintendencia no contaban con mayor relevancia política. Esto por lo menos hasta noviembre del 2012, cuando la entidad intervino a la sociedad Interbolsa S. A. Comisionista de Bolsa, lo cual se analizará en la siguiente sección. Es posible que a raíz de esta ausencia de mayor relevancia política no hubiera intentos del Gobierno o del Congreso de intervenir en términos políticos en la labor de la Superintendencia, como lo reconoció el FMI en el informe del Programa de Evaluación del Sector Financiero realizado en el 2012^[46].

Se concluye así que las situaciones de alta relevancia política tienen el potencial de disminuir los niveles de independencia *de facto* de la Superintendencia, lo que produce consecuencias drásticas, como la renuncia de dos superintendentes, quienes ni siquiera lograron cumplir dos años al frente de la entidad. Esto si se tiene en cuenta que no hay evidencia de intentos del Gobierno o el Congreso de interferir en las decisiones de la entidad en situaciones de relativa estabilidad política, como la enfrentada por los superintendentes Borrás o Hernández durante buena parte de su periodo.

B. Participación activa en redes internacionales

Desde el 2010, la Superintendencia Financiera ha venido participando de manera activa en redes de supervisión y regulación internacionales. Si bien, antes de ese año, la organización y sus funcionarios participaban en conferencias de organizaciones internacionales como la Iosco o el BIS, entre otras, desde el 2010 su participación fue mucho más activa. Prueba de ello es el papel que desempeñó la Superintendencia al facilitar y acompañar el proceso de creación del Mercado Integrado Latinoamericano (MILA)⁴⁷, la aceptación de la entidad como miembro pleno del Memorando Multilateral de Entendimiento de la IOSCO⁴⁸ y la celebración de múltiples memorandos de entendimiento con organismos de

⁴⁶ International Monetary Fund, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁷ El MILA es producto de un acuerdo de integración comercial de los mercados accionarios de la Bolsa de Valores de Colombia, la Bolsa de Comercio de Santiago y la Bolsa de Valores de Lima que inició en mayo del 2011. En diciembre del 2014 se unió la Bolsa Mexicana de Valores a esta iniciativa. Mercado Integrado Latinoamericano, “Mercado Integrado Latinoamericano (MILA) - Quiénes somos”, MILA. Disponible en [<http://www.mercadomila.com/QuienesSomos>].

⁴⁸ Este memorando es un mecanismo que permite el intercambio de información sobre operaciones del mercado de valores y sobre investigaciones sancionatorias relacionadas con el mercado de valores entre las comisiones o los supervisores de valores de los países miembro del acuerdo. La membresía en este memorando multilateral es otro de los aspectos que revisan el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial como parte del FSAP.

supervisión en otros países en los que entidades financieras colombianas tienen filiales u operaciones importantes, entre otros⁴⁹.

Además, desde el 2010 el Gobierno colombiano incluyó en su lista de prioridades adelantar las acciones y reformas necesarias para convertirse en miembro de la OECD, lo que implica, entre otros, adoptar buenas prácticas de buen gobierno, como el respeto de la independencia de las entidades de regulación y supervisión⁵⁰. Aunque la intención de Colombia de convertirse en miembro de la OECD es por completo voluntaria, requiere la adopción de los estándares, las recomendaciones y las buenas prácticas sugeridas por la OECD. Esto implica una diferencia entre la difusión de estándares de regulación promovidos por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, que es mucho más coercitiva, y la difusión de buenas prácticas de la OECD, que se ha denominado “difusión semicoercitiva”⁵¹.

Según se indicó en la sección de este artículo “¿Qué factores determinan la existencia de independencia de facto, ante la ausencia de independencia formal?”, la participación activa en estas redes internacionales tiene la consecuencia de aumentar la independencia del organismo de supervisión, por cuanto incrementa los recursos de experticia e información para ejercer sus funciones de supervisión. Así mismo, el interés del Ejecutivo de que Colombia se convierta en miembro de la OECD exige la realización de compromisos creíbles y aumenta los costos de una interferencia en las decisiones del organismo de supervisión financiera⁵². Estos compromisos cobran mayor relevancia si se tiene en cuenta que la participación del país en la OECD es del todo voluntaria y, en ese sentido, requiere de un compromiso político mayor para cumplir con las buenas prácticas promovidas por esa entidad. Es decir, si bien el presidente podría derivar algún beneficio político al interferir en las decisiones del regulador financiero, es probable que fuera inferior al costo potencial de perder la posibilidad de ser aceptado como miembro de dicha organización internacional.

⁴⁹ Desde septiembre del 2010 se han suscrito 19 memorandos de entendimiento con agencias de supervisión de otros países, mientras que entre el 2005 y septiembre del 2010 sólo se suscribieron cinco acuerdos de este tipo. Información tomada de la Superfinanciera, “Memorandos de entendimiento suscritos por la SFC”. Consultado en [https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?IServicio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=61091].

⁵⁰ Ministerio de Relaciones Exteriores, “Principios y lineamientos de la política exterior colombiana”, Cancillería. Disponible en [http://www.cancilleria.gov.co/ministry/policy]; Sistema Informativo del Gobierno, “Abecé de Colombia en la OCDE”, Presidencia de la República, 2013. Disponible en [http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2013/Mayo/Paginas/20130530_01.aspx]; OECD, *op. cit.*

⁵¹ Jordana, Jacint y Levi-Faur, David, *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2004.

⁵² Como lo han señalado algunos reportes de prensa, el Decreto 1817 del 15 de septiembre del 2015, en *Diario Oficial*, n.º 49 636, 15 de septiembre del 2015. Puede ser una manera en la que el Gobierno muestra este compromiso con la independencia del organismo de supervisión financiera.

En la práctica, el aumento de la independencia de la agencia de supervisión derivado de su participación activa en redes internacionales se refleja en varias circunstancias: en primer lugar, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial reconocieron, en el informe del último FSAP para Colombia, que la Superintendencia Financiera goza de independencia operativa respecto del Gobierno. De hecho, en ese informe se señala que “[l]a Superintendencia Financiera de Colombia tiene una considerable independencia *de facto* para llevar a cabo las operaciones requeridas por su mandato, y el supervisor desempeña sus funciones sin interferencia política”⁵³; en segundo lugar, el superintendente Gerardo Hernández ha tenido el periodo más largo en comparación con los otros tres superintendentes que han dirigido el organismo en el periodo que nos compete. El mayor nivel de independencia frente al Ejecutivo también se refleja en que el superintendente Hernández no se ha visto forzado a renunciar a su cargo⁵⁴, a pesar de haber enfrentado una situación de alta relevancia política, como lo fue la quiebra de la sociedad inversora Interbolsa S. A. y sus filiales, incluyendo a la sociedad comisionista que la Superintendencia intervino. En lugar de propiciar o aceptar su renuncia, como habría ocurrido con los superintendentes Prado y Acosta, el Gobierno nacional ha manifestado su respaldo incondicional y la plena confianza en el adecuado ejercicio de las funciones de la Superintendencia⁵⁵.

Lo anterior incluso a pesar de la excesiva sanción que la Procuraduría General de la Nación impuso al superintendente en primera instancia, la cual se modificó en segunda instancia de manera sustancial, respecto de la cual persisten importantes diferencias técnicas y jurídicas entre el Ministerio Público por un lado, y la Superintendencia y el Gobierno por el otro; es probable que estas diferencias que atañen a la independencia de la Superintendencia, ya no respecto del Gobierno, sino de los organismos de control, se resuelvan ante la jurisdicción administrativa.

En conclusión, la participación del supervisor financiero en redes de supervisión y regulación internacionales, tales como el MILA, el memorando de entendimiento multilateral de la Iosco o la intención del poder ejecutivo de que Colombia se convierta en un miembro de la OECD aumentan la independencia *de facto* de la Superintendencia. El aumento de la independencia derivado de este mecanismo parece ser superior a la posible disminución de la independencia causada por situaciones

⁵³ International Monetary Fund, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁴ Aunque el superintendente Gerardo Hernández estuvo suspendido de su cargo por diez meses en virtud de la sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación, una vez terminada la suspensión, el superintendente Hernández se reintegró a su cargo y en mayo del 2016 lo continuó ejerciendo.

⁵⁵ Redacción Economía, *op. cit.*

de alta relevancia política, como lo sugiere el hecho de que a pesar de la quiebra de Interbolsa S. A., el superintendente Hernández haya logrado mantenerse en el cargo y ejercer sus funciones sin ningún tipo de injerencia política evidente.

C. Interacción entre relevancia política y participación en redes internacionales

Hasta ahora se han discutido dos mecanismos que explican la variación de los niveles de independencia *de facto* de la Superintendencia Financiera respecto del Gobierno nacional. Según el primero, cuanto mayor es la relevancia política de los actos de la Superintendencia los niveles de independencia *de facto* son menores, lo que implica una mayor probabilidad de que haya interferencia política en sus funciones. A partir de la literatura al respecto, se entiende que la mayor expresión de interferencia política es la terminación inesperada y no planeada del periodo del supervisor. Según el segundo mecanismo, la participación activa en redes internacionales de supervisión y regulación se asocia a mayores niveles de independencia *de facto*, en especial si la participación en ellas implica mecanismos de difusión semicoercitiva en los que el compromiso del Gobierno de adoptar buenas prácticas puede ser mayor, en cuanto es voluntario.

No obstante, también es de interés analizar la forma en que interactúan estos dos factores. En la tabla 3 se muestra que los bajos niveles de relevancia política de los actos de la Superintendencia se asocian a mayores niveles de independencia *de facto*, como es el caso de los superintendentes Roberto Borrás y Gerardo Hernández hasta noviembre del 2012, antes del escándalo de Interbolsa S. A.

También se deja en evidencia que en las ocasiones en que la relevancia política de los actos y las decisiones de la Superintendencia es alta, la participación activa en redes internacionales de regulación y supervisión parece convertirse en un factor decisivo para aumentar los niveles de independencia *de facto* de la entidad. Este es el caso del superintendente Gerardo Hernández después del escándalo de Interbolsa S. A. Los hechos relacionados con esa sociedad y el alto impacto que tuvieron en la opinión pública hacen prever un intento del Gobierno de interferir en términos políticos en la Superintendencia que, probablemente, hubiera provocado la renuncia del superintendente como expresión de esta interferencia tal y como había sucedido en casos anteriores. No obstante, el superintendente mantuvo el respaldo del Gobierno y continuó ejerciendo su cargo libre de interferencias políticas, en parte gracias a la participación de la Superintendencia en el Mercado Integrado Latinoamericano o a la voluntad de convertirse en miembro de la OECD.

Tabla 3. Relevancia política, participación en redes internacionales e independencia *de facto*

Relevancia política de los actos de la Superintendencia	Participación en redes internacionales de regulación y supervisión	
	Pasiva	Activa
Baja	Roberto Borrás*	Gerardo Hernández* (hasta noviembre del 2012)
Alta	Augusto Acosta César Prado	Gerardo Hernández* (desde noviembre del 2012)

* Los nombres con asteriscos indican periodos con mayores niveles de independencia *de facto*.

Fuente: elaboración propia.

VI. Conclusiones

A pesar de la creciente difusión de las agencias de supervisión y regulación que gozan de independencia formal, tanto en el sector financiero de Colombia como en el de otros países, la ley no ha investido a la Superintendencia Financiera de esos mecanismos de independencia. Esto por la naturaleza del régimen presidencial y la existencia de un número elevado de actores con poder de veto, tal y como se explicó en la sección V de este artículo.

Según lo analizado en las secciones II y V de este capítulo, aunque la Superintendencia no cuenta con mecanismos formales de independencia, en algunos momentos ha podido gozar de independencia *de facto*, a pesar de que los niveles en que lo ha hecho han variado a lo largo del tiempo. Durante las administraciones de los superintendentes Acosta y Prado, la alta relevancia política de las decisiones de la Superintendencia generó bajos niveles de independencia *de facto* hasta el punto de propiciar la renuncia intempestiva e inesperada de estos funcionarios. Durante la administración del superintendente Hernández la independencia *de facto* ha sido mucho mayor, debido principalmente a la participación de la entidad y el país en redes de supervisión y regulación internacionales. Como se mostró en la sección V la participación en estas redes parece ser un factor de mayor importancia que la relevancia política de las decisiones del supervisor.

Es posible que otros factores, como la experiencia y credibilidad del superintendente, o las inclinaciones ideológicas del gobierno de turno y su correspondencia con las preferencias del superintendente, pudieran explicar el mayor o

menor respeto por la independencia *de facto* de esa organización⁵⁶. Esto debe explorarse en futuras oportunidades y su entendimiento contribuirá a una mejor comprensión del funcionamiento de las agencias reguladoras y de supervisión en Colombia.

REFERENCIAS

Basel Committee on Banking Supervision, “Core Principles for Effective Banking Supervision-final document”, en *Bank for International Settlements*, 5 de octubre del 2006. Disponible en [<https://www.bis.org/publ/bcbs129.htm>].

Basel Committee on Banking Supervision, “Core Principles Methodology-final document”, en *Bank for International Settlements*, 5 de octubre del 2006. Disponible en [<https://www.bis.org/publ/bcbs130.htm>].

Caracol Radio, “El superfinanciero no renunció voluntariamente. Se lo exigieron”, en *Caracol Radio*, 5 de julio del 2007. Disponible en [<http://www.caracol.com.co/noticias/economia/el-superfinanciero-no-renuncio-voluntariamente-se-lo-exigieron/20070705/nota/449606.aspx>].

Caracol Radio, “Sí hubo reuniones con Arango y estaba incómodo conmigo: Augusto Acosta”, en *Caracol Radio*, 5 de mayo del 2014. Disponible en [<http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/si-hubo-reuniones-con-arango-y-estaba-incomodo-conmigo-augusto-acosta/20140505/nota/2208362.aspx>].

CIDOB, “Instituciones y actividad legislativa en América Latina”, en *Documentos CIDOB América Latina*, n.º 23 (2008). Disponible en [http://www.cidob.org/en/publicaciones/documentos/america_latina/instituciones_y_actividad_legislativa_en_america_latina].

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-135, del 25 de febrero del 2009.

Cristo, Julio Sánchez, “Álvaro Uribe Vélez, Presidente de la República”, en *W Radio*, 14 de noviembre del 2008. Disponible en [http://www.wradio.com.co/escucha/archivo_de_audio/alvaro-uribe-velez-presidente-de-la-republica/20081114/oir/710813.aspx].

⁵⁶ Laurenz Ennsner-Jedenastik, “The Politicization of Regulatory Agencies: Between Partisan Influence and Formal Independence”, en *Journal of Public Administration Research and Theory* (2015), p. 6.

- DiMaggio, Paul J. y Walter W. Powell, “The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields”, en *American Sociological Review*, vol. 48, n.º 2 (1983).
- Decreto 1817 del 15 de septiembre del 2015, en *Diario Oficial*, n.º 49 636, 15 de septiembre del 2015.
- Decreto 4327 del 25 de noviembre del 2005, en *Diario Oficial*, n.º 46 104, 26 de noviembre del 2005.
- Economía, “Renunció Superintendente financiero César Prado Villegas”, en *El Espectador*, 14 de noviembre del 2008, Disponible en [<http://www.elespectador.com/articulo90679-renuncio-superintendente-financiero-cesar-prado-villegas>].
- Ennsner-Jedenastik, Laurenz, “The Politicization of Regulatory Agencies: Between Partisan Influence and Formal Independence”, en *Journal of Public Administration Research and Theory* (2015).
- Hanretty, Chris y Christel Koop, “Shall the Law Set Them Free? The Formal and Actual Independence of Regulatory Agencies”, en *Regulation & Governance*, vol. 7, n.º 2 (2013).
- Inter-American Development Bank, *The Politics of Policies. Economic and Social Progress in Latin America. 2006 Report*, Washington, D. C., Inter-American Development Bank, David Rockefeller Center for Latin American Studies, Harvard University, 2006.
- International Association of Insurance Supervisors, *Insurance Core Principles, Standards, Guidance and Assessment Methodology*, International Association of Insurance Supervisors, 2011. Consultado en [http://iaisweb.org/modules/icp/assets/files/Insurance_Core_Principles__Standards__Guidance_and_Assessment_Methodology__October_2011__revised_October_2013_.pdf.pdf].
- International Monetary Fund, *Colombia: Financial System Stability Assessment*, Washington, D. C., International Monetary Fund, 2013. Consultado en [<https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2013/cr1350.pdf>].
- International Organization of Securities Commissions, *Methodology For Assessing Implementation of the IOSCO Objectives and Principles of Securities Regulation*, In-

ternational Organization of Securities Commissions, 2011. Consultado en [<https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD359.pdf>].

International Organization of Securities Commissions, *Objectives and Principles of Securities Regulation*, International Organization of Securities Commissions, 2010. Consultado en [<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD323.pdf>].

Jordana, Jacint y David Levi-Faur, “The Diffusion of Regulatory Capitalism in Latin America: Sectorial and National Channels in the Making of New Order”, en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 598, n.º 1 (2005).

Jordana, Jacint y David Levi-Faur, *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2004.

Jordana, Jacint y David Levi-Faur, “Towards a Latin American Regulatory State?: The Diffusion of Autonomous Regulatory Agencies Across Countries and Sectors”, en *International Journal of Public Administration*, vol. 29, n.º 4-6 (2006).

Jordana, Jacint y Carles Ramió, “Delegation, Presidential Regimes, and Latin American Regulatory Agencies”, en *Journal of Politics in Latin America*, vol. 2, n.º 1 (2010).

Jordana, Jacint; David Levi-Faur y Xavier Fernández-i-Marín, “The Global Diffusion of Regulatory Agencies: Channels of Transfer and Stages of Diffusion”, en *Comparative Political Studies*, vol. 44, n.º 10 (2011).

Maggetti, Martino, “De Facto Independence After Delegation: A Fuzzy-Set Analysis”, en *Regulation & Governance*, vol. 1, n.º 4 (2007).

Masciandaro, Donato; Marc Quintyn y Michael W. Taylor, “Inside and Outside of the Central Banks: Independence and Accountability in Financial Supervision: Trends and Determinants”, en *European Journal of Political Economy*, vol. 24, n.º 4 (2008).

Mercado Integrado Latinoamericano, “Mercado Integrado Latinoamericano (MILA) - Quienes somos”, MILA. Disponible en [<http://www.mercadomila.com/QuienesSomos>].

- Metcalf, Lee Kendall, “Measuring Presidential Power”, en *Comparative Political Studies*, vol. 33, n.º 5 (2000).
- Ministerio de Relaciones Exteriores, “Principios y lineamientos de la política exterior Colombiana”, Cancillería. Disponible en [<http://www.cancilleria.gov.co/ministry/policy>].
- Moe, Terry M. y Michael Caldwell, “The Institutional Foundations of Democratic Government: A Comparison of Presidential and Parliamentary Systems”, en *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)* / *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, vol. 150, n.º 1 (1994).
- Montoya, Miguel A. y Francesc Trillas, “The Measurement of Regulator Independence in Practice: Latin America and the Caribbean”, en *International Journal of Public Policy*, vol. 4, n.º 1 (2009).
- Nullvalue, “Hoy renuncia el Superfinanciero”, en *El Tiempo*, 5 de julio del 2007. Disponible en [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2563151>].
- OECD, *Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia: más allá de la simplificación administrativa*, OECD, 2014. Consultado en [http://www.oecd-ilibrary.org/governance/estudios-de-la-ocde-sobre-la-politica-regulatoria-en-colombia_9789264201965-es].
- Procuraduría General de la Nación, *Comunicado de prensa 197 (4 de marzo)*, Procuraduría General de la Nación, 2015, Comunicado 197. Disponible en [http://www.procuraduria.gov.co/portal/COMUNICADO-DE_PREN_SA__4_DE_MARZO_.news].
- Procuraduría General de la Nación, *La Procuraduría abrió investigación disciplinaria por la posible intervención tardía de la Superfinanciera, la Supersociedades, la Dian y la ULAF en la crisis de las pirámides que se presentó en el país entre los años 2006 y 2008*, Procuraduría General de la Nación, Boletín 613, 2009. Disponible en [www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2009/noticias_613.htm].
- Procuraduría General de la Nación, *Procuraduría absolvió a funcionarios de la Superfinanciera por el caso de las denominadas pirámides*, Procuraduría General de la Nación, Boletín 1255, 2011. Disponible en [http://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-absolvio_a_funcionarios_de_la_Superfinanciera_por_el_caso_de_las_denominadas_piramides.news].

Procuraduría General de la Nación, *Procuraduría General de la Nación destituyó e inhabilitó por 12 años al superintendente financiero de Colombia y a dos superintendentes delegados de la misma Entidad*, Procuraduría General de la Nación, Boletín 964, 2013. Disponible en [http://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-General_de_la_Nacion_destituy_e_inhabilit_por_12_anos_al_superintendente_financiero_de_Colombia_y_a_dos_superintendentes_delegados_de_la_misma_Entidad.news].

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *La democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Buenos Aires, PNUD, 2004.

Quintyn, Marc, “Independent Agencies: More Than a Cheap Copy of Independent Central Banks?”, en *Constitutional Political Economy*, vol. 20, n.º 3-4 (2009).

Redacción economía, “Minhacienda dice que designará superfinanciero encargado”, en *El Espectador*, 5 de marzo del 2015. Disponible en [<http://www.elespectador.com/noticias/economia/minhacienda-dice-designara-superfinanciero-encargado-articulo-547661>].

Redacción política, “‘José Roberto Arango me manifestó incomodidades’: ex-superfinanciero”, en *El Tiempo*, 5 de mayo del 2014. Disponible en [<http://www.eltiempo.com/politica/gobierno/columna-de-maria-isabel-rueda-scar-ivan-zuluaga-solicito-renuncia-del-ex-superfinanciero/13940156>].

República de Colombia, Constitución Política de 1991.

Rueda, María Isabel, “Pregunta que flota en el aire”, en *El Tiempo*, 4 de mayo del 2014. Disponible en [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13927820>].

Sistema Informativo del Gobierno, “Abecé de Colombia en la OCDE”, Presidencia de la República, 2013. Disponible en [http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2013/Mayo/Paginas/20130530_01.aspx].

Superfinanciera, “Memorandos de entendimiento suscritos por la SFC”. Consultado en [<https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=61091>].

Thatcher, Mark, “Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation”, en *West European Politics*, vol. 25, n.º 1 (2002).

Tsebelis, George, “Veto Players and Institutional Analysis”, en *Governance*, vol. 13, n.º 4 (2000). Vélez, Luis Guillermo, “La independencia de los superintendentes”, en *La República*, 24 de septiembre del 2015. Disponible en [http://www.larepublica.co/la-independencia-de-los-superintendentes_304136].

REGULACIÓN ECONÓMICA DEL SECTOR DEL TRANSPORTE EN COLOMBIA: ¿UN “CERCANO” IDEAL?

Eleonora LOZANO RODRÍGUEZ*

INTRODUCCIÓN

El Estado es un agente más dentro del sistema económico y, en consecuencia, influye por medio de diferentes mecanismos en el comportamiento de otros agentes que interactúan en diversos sectores. Los hacendistas o economistas públicos suelen estudiar dicha intervención. Ellos dedican sus investigaciones a idear mecanismos para que el Estado obtenga ingresos, en principio vía tributos, y estudiar la forma de gastarlos de la manera más eficiente con el fin de obtener la máxima satisfacción de las necesidades colectivas. Pero, además de la anterior intervención natural del Estado en la economía, las agencias estatales regulan también el comportamiento de las compañías y los individuos bajo el sistema normativo, que es el ejemplo más ilustrador de cómo la regulación se materializa e implementa. Como consecuencia, hoy en día los manuales tradicionales de hacienda y economía pública incluyen capítulos enteros dedicados a la regulación económica.

La regulación a los agentes económicos abarca aspectos más amplios que el simple diseño y la implementación de estrategias antimonopolísticas estatales, que suelen estudiarse en la literatura tradicional. La fijación de precios de los servicios públicos, el control de la contaminación generada en el proceso productivo, la liberación o el establecimiento de barreras a la entrada o salida de los mercados, las consideraciones de calidad y seguridad de los servicios ofertados, entre otros aspectos, son elementos de regulación que desempeñan un rol fundamental e influyente en el comportamiento de los agentes en una economía.

A pesar de la anterior disertación teórica, Ana Milena Góngora, habitante de Bosa que todos los días se tarda entre cuatro y cinco horas para desplazarse a su trabajo en el norte de la ciudad, no entiende por qué el transporte masivo no funciona y, peor aún, por qué el Estado no atiende con prontitud los reclamos

* Abogada, economista y magíster en Economía de la Universidad de los Andes. Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca. En la actualidad es directora de la Maestría en Derecho y de la Especialización en Tributación y profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. La autora agradece la colaboración de Laura Vengoechea Ballesteros, coordinadora de la Maestría en Derecho, por su decidido apoyo investigativo para la elaboración de este documento.

de la comunidad al respecto. La crisis del transporte masivo también queda en evidencia en las recientes protestas organizadas en importantes ciudades del país a raíz de que genera inestabilidad social, decrecimiento económico, una clara vulneración de los derechos de las personas y discursos políticos gubernamentales que no encuentran una salida al problema¹.

Algunos estudios analizan el fenómeno de la congestión vehicular como una externalidad negativa y plantean, desde la economía, soluciones para su internalización (*v. g.* soluciones de Coase y Pigou)². Otros proponen una reingeniería institucional para superar las debilidades políticas, técnicas y administrativas de Transmilenio S. A.³ Si las soluciones se presentan en términos económicos, ¿es posible que una adecuada regulación económica del sector, definida por una entidad independiente, autónoma y técnica, y sustentada en modelos económicos, contribuya lo suficiente a solucionar la problemática?, ¿se superaría la hoy caótica situación si la definición de los parámetros generales para la fijación de tarifas locales, los contenidos mínimos de los estudios de demanda para la adjudicación de contratos, los condicionamientos de calidad, entre otros, los realizara una entidad gubernamental de carácter técnico ajena a la injerencia de los vaivenes políticos?

Bajo la consideración de que el transporte como servicio público no es ajeno al tema de la regulación económica, la principal finalidad de este artículo es, a partir de algunos conceptos básicos de regulación económica, comprender su importancia en el sector del transporte en general. Para tal fin, se elaborará una definición de *regulación económica* a partir de diferentes posiciones doctrinales; se presentarán los componentes que forman parte de un modelo de regulación; se aplicará lo anterior al transporte en Colombia, y se discutirán algunos aspectos institucionales relacionados con la necesaria existencia en nuestro país de una agencia de regulación económica del transporte, que sea en verdad autónoma e independiente.

¹ Ejemplos de lo anterior son las alteraciones del orden público en Bogotá y Cali causadas por el inconformismo ciudadano por el transporte masivo. Véase la información periodística disponible en Nación, “Petro enfrenta la más grave crisis de Transmilenio”, en *Semana*, 3 de abril del 2014. Disponible en [<http://www.semana.com/nacion/articulo/transmilenio-protestas-en-suba-dejan-un-herido-grave/379337-3>] y El País.com.co, “Un muerto, caos vial y vandalismo deja jornada de protesta de transportadores contra el MIO”, en *El País*, 19 de marzo del 2014. Disponible en [<http://www.elpais.com.co/elpais/cali/noticias/conductores-buses-bloquean-principales-vias-acceso-cali>].

² Carlos Andrés Mendieta y Jorge Andrés Perdomo, *Fundamentos de economía del transporte: teoría, metodología y análisis de política*, Bogotá, Uniandes, Colección CEDE 50 años, 2008, pp. 162-172.

³ Jorge Acevedo *et al.*, *El transporte como soporte al desarrollo de Colombia. Una visión al 2040*, Bogotá, Uniandes, 2009, pp. 87-92.

I. El concepto de “regulación económica”

La primera pregunta que debemos resolver es qué entendemos por *regulación económica*. Para lo anterior, partimos de la conceptualización de Luis Ignacio Betancur en la que ha distinguido entre el significado económico de *regular* y su comprensión en el plano jurídico⁴. En relación con el primero, Betancur retoma una definición propuesta por Daniel Spulber según la cual la *regulación económica* consiste en “reglas generales o actuaciones específicas decididas por autoridades administrativas que directamente interfieren el mecanismo de asignación de recursos que realiza el mercado o alteran indirectamente las decisiones de los consumidores y las firmas sobre oferta y demanda”⁵. Así las cosas, precisa que dicho concepto reúne, como mínimo, tres elementos:

- a. Existe una interferencia en las fuerzas del mercado por decisión estatal.
- b. Se actúa de dos maneras: por vía general o por medio de decisiones que influyen en una empresa específica.
- c. Existe una interferencia en las decisiones de oferta y demanda.

En cuanto a la regulación desde la órbita jurídica, Betancur diferencia entre *reglamentación* y *regulación económica*, donde la primera encauza o endereza normas superiores, que suelen ser leyes, mientras que la segunda interviene las fuerzas del mercado. En sus términos,

el objeto de la reglamentación es hacer efectivo el cumplimiento de una ley; el de la regulación económica impedir el desbordamiento de la libre iniciativa, cuando de sus resultados se desprenden consecuencias contrarias a objetivos de interés general y por ello hay, entre otros tipos, regulación proteccionista (la de precios o la que se ejerce sobre los usos del suelo o la que impone restricciones para desarrollar una actividad como la que exige concesión para prestar un servicio público) o de fomento (la que otorga beneficios tributarios o crediticios a ciertas actividades pero no a otras) o liberacionista (la que, al contrario de las otras dos, estimula la libre competencia y no distingue en el tratamiento fiscal o crediticio a quienes por su propia iniciativa deciden ofrecer un servicio)⁶.

⁴ Sobre esta conceptualización vuelve el profesor Betancur en Luis Ignacio Betancur, “Política pública y regulación de algunos servicios públicos”, en Liliana Lizarazo Rodríguez y Marcela Anzola Gil (eds.), *La regulación económica: tendencias y desafíos*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2004, pp. 190-205.

⁵ Daniel Spulber, *Regulation and markets*, Cambridge, MIT, 1989.

⁶ Luis Ignacio Betancur, *Texto borrador sobre regulación* (material inédito), 1999.

Por su parte, Alan Stone definió la *regulación* como aquellas limitaciones impuestas por el Gobierno a la discrecionalidad ejercida por individuos u organizaciones y cuyo incumplimiento implica una sanción⁷. Como es posible deducir de esta definición, la principal herramienta con que cuenta el Gobierno para imponer tales limitaciones es el uso del poder de coerción. Así las cosas, la *regulación* consistiría en el uso de ese poder con el fin de restringir las decisiones económicas de los distintos agentes.

Con esta línea de argumentación, Kip Viscusi, John Vernon y Joseph Harrington concluyen que la *típica regulación económica* es que el Gobierno imponga restricciones sobre las decisiones de los agentes en cuanto al precio, la cantidad, la calidad y las condiciones de entrada y salida de los mercados⁸.

Barry Mitnick considera que la literatura tradicional, salvo los informes gubernamentales que intentan identificar a las agencias reguladoras, no profundiza en los problemas de la definición del término *regulación*⁹, por lo que ofrece las siguientes definiciones, de mayor a menor grado de restricción¹⁰:

– La *regulación* es la restricción intencional de la elección de actividades de un sujeto, y proviene de una entidad que no es parte directa ni está involucrada en dicha actividad.

– La *regulación* es la vigilancia, con respecto a una meta, de la elección de actividades de un sujeto, y proviene de una entidad que no es parte directa ni está involucrada en dicha actividad¹¹.

– La *regulación* es la vigilancia, de acuerdo con la regla, de la elección de actividades de un sujeto, y proviene de una entidad que no es parte directa ni está involucrada en dicha actividad¹².

⁷ Alan Stone, *Regulation and its Alternatives*, Serie Politics and Public Policy, Washington, D. C., Congressional Quarterly, 1982.

⁸ W. Kip Viscusi; John M. Vernon y Joseph E. Harrington, Jr., *Economics of Regulation and Antitrust*, Cambridge, MIT, 1998, pp. 551-602.

⁹ Para el caso colombiano, se resalta el esfuerzo de definir esta terminología de la obra colectiva en la que participaron varios profesores de la Universidad del Rosario en Lizarazo Rodríguez y Anzola Gil (eds.), *La regulación económica:..., cit.*, pp. 12-57, 114-152 y 190-205.

¹⁰ Barry M. Mitnick, *La economía política de la regulación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989. De manera general, considera la *regulación* una relación genérica que se extiende fuera del contexto tradicional del control político sobre las actividades económicas privadas. Intuitivamente, para Mitnick, la regulación implica una interferencia regida, guiada, controlada; es una interferencia deliberada o intencional. Su efecto no es una “externalidad”, es intencional.

¹¹ Esta definición incluye la noción de vigilancia con respecto a una meta, lo cual amplía la “intencionalidad” de la primera definición.

¹² Para Mitnick, la regla es una directriz de valor consistente y persistente en el tiempo que especifica objetivos y permite una vigilancia coherente del rango de elecciones del sujeto.

– La *regulación* es la política administrativa pública de una actividad privada con respecto a una regla prescrita en el interés público¹³.

Por último, en relación con la regulación del sector del transporte, el profesor Luis Guasch, define la *regulación* como “el medio para ejercer el control social sobre las actividades de transporte y sobre la distribución de recursos” y las *normas reguladoras* como los “decretos, leyes, contratos o decisiones de las instituciones reguladoras”¹⁴.

De las anteriores definiciones se pueden extraer varias conclusiones relacionadas con el concepto de *regulación económica*:

- a. Existe una diferencia entre la regulación en el plano económico y en el jurídico.
- b. La *regulación jurídica* se refiere, en términos estrictos, a la expedición de normas por las autoridades administrativas con el fin de reglamentar las leyes. De esa manera, el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política determina que corresponde al presidente de la República “ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”¹⁵.
- c. A partir de los diferentes elementos contenidos en las definiciones presentadas, la *regulación económica* podría definirse como el conjunto de reglas, imposiciones, limitaciones, restricciones o actuaciones específicas, establecido por las autoridades administrativas o el Gobierno en un mercado, con el fin de restringir la discrecionalidad de los agentes económicos en cuanto a sus decisiones sobre precio, cantidad, calidad y condiciones de entrada o salida de un mercado, cuyo incumplimiento suele generar algún tipo de coerción proveniente del aparato estatal.

De esa manera, la intervención del Estado se materializa por medio de la regulación económica de mercados específicos, como en el caso del transporte. Para nuestro entendimiento, y como una primera conclusión, la regulación económica antecede la regulación jurídica, en la medida en que para que aquélla se encuentre

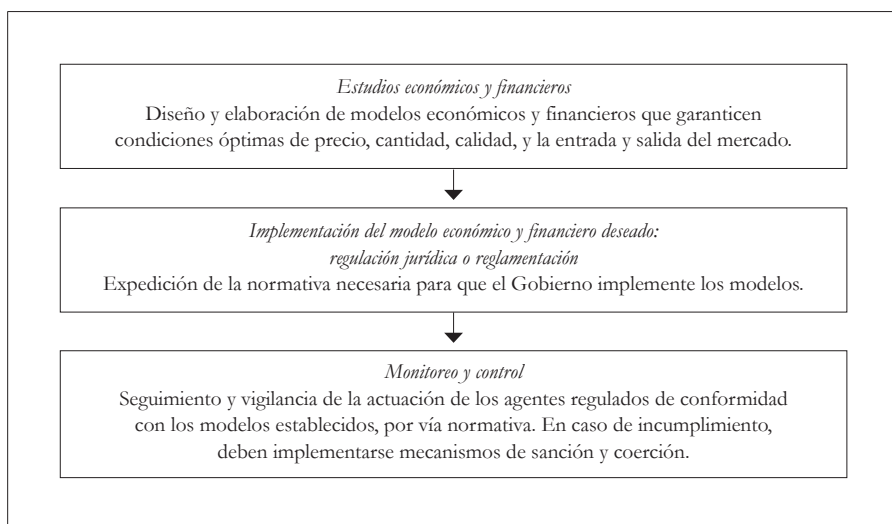
¹³ Esta definición es muy restrictiva pues sólo aplica a la regulación que hace lo público de lo privado.

¹⁴ J. Luis Guasch, “Regulación y Competencia en Transporte” (presentación en 2.º Curso Privatización y Regulación de Servicios e Infraestructura de Transporte), Banco Mundial y Universidad de las Palmas, 2000.

¹⁵ La doctrina ha definido la potestad reglamentaria como la facultad que tiene la administración pública de dictar reglamentos para hacer ejecutable la ley.

bien elaborada y sea efectiva, el diseño que hace la agencia reguladora, a la cual nos referiremos más adelante, se debe fundamentar en modelos económicos y financieros que busquen condiciones óptimas de precios, cantidad y calidad de los bienes o servicios ofertados y demandados en el mercado. En ese orden de ideas, las restricciones o limitaciones que imponga el Gobierno, vía, por ejemplo, regulación jurídica, deben estar precedidas por estudios económicos y financieros con criterios de eficiencia y equidad. De esta forma, el orden para la expedición de una regulación óptima sería el siguiente:

Gráfica 1. Etapas para una regulación óptima



Fuente: elaboración propia, a partir de doctrina citada.

Por último, para Brian Levy y Pablo Spiller el diseño de la regulación puede lograrse a través del poder regulador y de los incentivos reguladores, donde el primero reúne los mecanismos usados para restringir la discrecionalidad reguladora y resolver los posteriores conflictos; y los segundos son el conjunto de reglas que gobiernan los precios y rentabilidades, los subsidios directos o cruzados, la entrada y salida a los mercados, entre otros¹⁶. Pues bien, según estos autores, cuya posición se comparte, la estructura de incentivos reguladores ha sido la principal preocupación de la gran mayoría de los trabajos sobre regula-

¹⁶ Brian Levy y Pablo Spiller, *Regulations, Institutions, and Commitment*, Nueva York, Cambridge University, 1996.

ción, lo que parece ser inadecuado en cuanto dichos incentivos influyen en el mercado, pero su impacto, ya sea positivo o negativo, sólo se ejerce a través del poder regulador.

II. El modelo de regulación económica y sus componentes

Realizada una aproximación conceptual a la regulación económica, es indispensable conocer los elementos que forman parte de un modelo de regulación. La literatura ha precisado la necesidad de los componentes de regulación de precios, de cantidad o de cobertura, la regulación de calidad, las normas de entrada o salida de los mercados, entre otros¹⁷, para un óptimo diseño de regulación.

Se presentan unas breves consideraciones que se deben tener en cuenta al referirse a cada uno de los anteriores componentes con el fin de lograr en este sector tanto la eficiencia en la asignación (*allocative*) como en la producción (productiva) a la que se refieren Viscusi, Vernon y Harrington¹⁸.

A. Regulación de precios

La primera pregunta que debe hacerse el regulador frente a la regulación de precios es si debe existir o no. Mejor aún, la pregunta que debería plantearse es si el Estado debe intervenir en la definición de los precios o las tarifas que deben fijar las firmas o si debe dejarse al mercado actuar en su determinación. Al analizar, por ejemplo, un modo de transporte específico, el carretero, se considera que el modelo de fijación tarifaria por el mercado, también denominado *competitivo*, es el más generalizado y, para ese caso, deseable, en cuanto “[l]a fijación libre de los precios es compatible con el interés general de los consumidores y con el equilibrio financiero de las empresas que se requieren para atender la demanda a un mínimo costo”¹⁹ y que

¹⁷ Para Viscusi y Vernon (*op. cit.*, p. 311), por ejemplo, la regulación de la inversión de la firma en tecnología e *inputs*.

¹⁸ Viscusi y Vernon, *op. cit.* Es importante hacer una precisión. En la mayoría de este acápite se sigue Antonio Estache y Ginés de Rus, *Privatization and Regulation of Transport Infrastructure. Guidelines for Policymakers and Regulators*, WBI Development Studies, 2000, así como las conclusiones del 2.º Curso Internacional en “Privatización y regulación de servicios e infraestructura de transporte” celebrado en Las Palmas de Gran Canaria en España en el año 2000. Sin embargo, en edición conjunta del Banco Mundial y Alfaomega del año 2003 se recogen muchas de las conclusiones de la obra y el seminario citado y, por lo tanto, también puede consultarse como material de referencia Antonio Estache y Ginés de Rus, *Privatización y regulación de infraestructuras de transporte. Una guía para reguladores*, Banco Mundial y Alfaomega, 2003, pp. 1-50.

¹⁹ Estache y De Rus, *Privatization and regulation of transport infrastructure...*, *cit.*

[e]n la medida en que las características de un modo de transporte determinado sean compatibles con la libertad de entrada y salida y la determinación libre de precios, el modelo competitivo tiene la virtud adicional de eliminar la necesidad de regular el precio para evitar abusos de posición dominante y también garantizar el equilibrio financiero de las empresas²⁰.

De esta manera, al referirse a la regulación de precios, es común que el regulador deba sopesar una serie de criterios, tales como la eficiencia económica, la equidad, la promoción o no de la participación privada y las necesidades fiscales, y tener en mente algunos objetivos, como la fijación de un precio que sea igual al costo de oportunidad social, la generación de incentivos para el comportamiento minimizador del costo y la promoción de innovación e inversión en capacidad.

Las restricciones a las cuales se encuentra sujeto el regulador también son factores que se deben tener en cuenta. Por una parte, debe velar por el interés general para permitir a las firmas la recuperación de los costos. Además, la equidad y la aceptabilidad política son aspectos relevantes en la medida en que nunca se ganan votos subiendo tarifas, pues al hacerlo se afecta principalmente a los usuarios, ni disminuyéndolas, pues se incide en la estructura de precios y utilidades de las firmas prestadoras de servicios.

Por último, el regulador también debe evaluar los costos de implementación de los sistemas de tarificación que suelen requerir una gran cantidad de información difícil de recolectar y cuya obtención y manejo es costosa. En síntesis,

la agencia pública y la empresa objeto de regulación persiguen objetivos contradictorios, y el desafío para el regulador consiste en diseñar mecanismos de regulación que proporcionen los resultados más cercanos posibles a aquellos que se alcanzarían en un mundo ideal con información perfecta²¹.

De esta manera, el panorama para el regulador en cuanto a la regulación de precios no parece sencillo ni esencial. La teoría de la regulación ha diseñado una serie de mecanismos o instrumentos como la tarificación según el costo marginal, la regulación de precios con asimetrías de información, la regulación de las tasas de rendimiento del capital, la regulación de precios máximos, el control de

²⁰ *Idem.*

²¹ Ginés de Rus, “Regulación de precios en transporte” (presentación en 2.º Curso Privatización y Regulación de Servicios e Infraestructura de Transporte), Banco Mundial y Universidad de las Palmas, 2000.

precios IPC-X, la tarificación de acceso a la red, la regulación por comparación, entre otros²².

B. Regulación de cantidad

El regulador también debe analizar los niveles de cantidad de servicios ofrecidos, o cobertura, básicamente con respecto a la concepción de que el Estado debe velar por que todos los usuarios o consumidores tengan acceso a los servicios de transporte e infraestructura. Es importante anotar, además, que las restricciones de servicios ofrecidos pueden estar o no acompañadas de regulación de precios dependiendo de la estructura del mercado.

De esta manera, el éxito de una adecuada regulación de cobertura depende del diseño y la implementación de correctas metodologías de predicción de demanda, cuya finalidad es evitar los problemas derivados de una predicción incorrecta que puede conllevar consecuencias graves, como problemas para recuperar la inversión y para valorar el negocio, al igual que externalidades negativas ligadas a la congestión y a la consecuente asignación de precios. Es claro que una correcta predicción de la demanda es costosa pero la conclusión es que los recursos invertidos pueden evitar problemas que más tarde son difíciles de solucionar²³.

C. Regulación de calidad

En la literatura tradicional se ha cuestionado la relativa menor importancia que tiene la regulación de calidad en comparación con la regulación de precios. Sin embargo, la nueva economía de la regulación ha dedicado capítulos enteros a estudiar este concepto y ha diseñado estrategias para evitar su vulneración.

Lo primero que hay que decir frente a la regulación de la calidad es que es una característica de los servicios de transporte y que su infraestructura depende de

²² Para una mejor aproximación a los diferentes mecanismos de regulación de precios se recomienda la lectura de Estache y De Rus, *Privatization and regulation of transport infrastructure...*, cit.; De Rus, *op. cit.*; Philip Burns, “Yardstick competition in UK Regulatory Processes”, en *Centre for the Study of Regulated Industries*, n.º 41 (1995); Ian Alexander e Timothy Irwin, “Price Caps, Rate-of-Return Regulation, Risk, and Cost of Capital”, en *Public Policy for the Private Sector*, note 87 (1997); y Richard Green y Martín Rodríguez Pardina, *Resetting Price Controls for Privatized Utilities: A Manual for regulators*, Washington, D. C., Economic Development Institute of the World Bank, 1999.

²³ Conclusión presentada en Lourdes Trujillo, “Predicción de demanda” (presentación en 2.º Curso Privatización y Regulación de Servicios e Infraestructura de Transporte), Banco Mundial y Universidad de las Palmas, 2000. Para este tema, también puede consultarse el documento de Lourdes Trujillo, Emile Quinet y Antonio Estuche, *Forecasting the Demand for Privatized Transport: What Economic Regulators Should Know and Why*, Policy Research Working Paper, n.º 2446, Washington, D. C., World Bank, 2000.

un conjunto de variables tales como frecuencias, atención al cliente, comodidad, mantenimiento de los equipos, entre otros. Además, es importante precisar que dicha característica, en ocasiones, no es fácil de medir en cuanto no puede observarse de forma directa y la información relacionada de que se dispone no es fiable. Se concluye, sin embargo, que existen diferentes escenarios o condiciones bajo los cuales el regulador puede intervenir en cuanto a la calidad: regulación de calidad en condiciones competitivas, regulación de calidad en condiciones monopolísticas y regulación de calidad como complemento de la regulación de precios²⁴.

D. Normas de entrada o salida de los mercados

Por último, además de regular o desregular el precio que cobran las firmas, la cantidad de servicios ofertados y la calidad de éstos, es importante que el regulador conozca o estime el número de compañías que desea que interactúen en un mercado para imponer o liberar barreras de entrada o salida al mercado.

En materia de servicios públicos, debe regularse no sólo la entrada al mercado de las nuevas organizaciones, sino también la permanencia de las existentes. Por su parte, es necesaria también la regulación de la salida con el fin de salvaguardar que la oferta no desatienda la demanda existente.

III. La regulación del sector del transporte y la necesidad de una agencia de regulación independiente y autónoma

Lo primero que hay que precisar en relación con los servicios de transporte es que son servicios públicos, como lo establece de manera expresa la normativa colombiana al consagrar en el artículo 3.º de la Ley 105 de 1993 que “[l]a operación del transporte público en Colombia es un *servicio público* bajo la regulación del Estado, quien [*sic*] ejercerá el control y la vigilancia necesarios para su adecuada prestación, en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad”²⁵ (énfasis agregado).

²⁴ Véase al respecto Ofelia Betancur, “Mecanismos de regulación de calidad” (presentación 2.º Curso de Privatización y Regulación de Servicios e Infraestructura de Transporte), Banco Mundial y Universidad de las Palmas, 2000; y José Carbajo, Antonio Estache y David Kennedy, *Regulating the Quality of Privatized Transport Services*, Washington, D. C., The World Bank, 1997.

²⁵ Congreso de la República, Ley 105 del 30 de diciembre de 1993, artículo 3.º, en *Diario Oficial*, n.º 41 158, 30 de diciembre de 1993.

En cuanto a la competencia para regular este sector, diferentes artículos de las leyes 105 de 1993 y 336 de 1996 la definieron en el Estado. Betancur precisa que el Estatuto Nacional de Transporte, la referida Ley 336 de 1996, menciona los conceptos de *regulación* y *reglamentación*, al parecer, diferenciándolos²⁶ y precisando que

[e]n el articulado mismo hay algunos desarrollos de tal diferencia cuando, por ejemplo, se ordenó al Gobierno “*reglamentar* la habilitación para cada modo de transporte” (artículo 11, parágrafo), en tanto que el primer inciso del mismo artículo, sin decirlo, parece más propio de una *regulación* cuando exige habilitación para ser prestador y autoriza al Gobierno para fijar las condiciones para su otorgamiento. Más adelante, se dispone que “el permiso para la prestación [...] estará sometido a las condiciones de *regulación* o de libertad que para su prestación se establezcan en los reglamentos correspondientes [...]”²⁷ (énfasis agregado).

Sin embargo, es importante insistir en las diferenciaciones conceptuales anotadas, así como en los componentes que se deben tener en cuenta para un óptimo diseño de regulación, todo lo cual parece relevante y pertinente para el transporte, tal como lo reconocen tratadistas como Estache y De Rus al afirmar que

[l]os servicios en infraestructuras de transporte han estado tradicionalmente sometidos a una estrecha regulación, tanto en lo que se refiere a la libertad de entrada y salida del mercado como a la determinación de precios y el nivel del servicio.

Hay razones por el lado de la demanda y de la oferta que justifican cierto grado de intervención del Estado en la provisión de servicios e infraestructuras de transporte; aunque es muy probable que estas razones no justifiquen ni la producción directa del sector público, ni lo intensivo y extensivo de la regulación, que en muchos casos ha conducido o bien a déficits cada vez más difíciles de financiar por los gobiernos o bien a precios elevados y servicios de calidad baja en perjuicio de los usuarios. Los intereses de las empresas establecidas y a veces de los empleados de

²⁶ Congreso de la República, Ley 336 del 20 de diciembre de 1996, artículo 1.º, en *Diario Oficial*, n.º 42 948, 28 de diciembre de 1996. “La presente ley tiene por objeto unificar los principios y criterios que servirán de fundamento para la *regulación* y la *reglamentación* del transporte [...]”. Artículo 3.º “Para los efectos pertinentes, en la *regulación* del transporte público las autoridades competentes exigirán y verificarán las condiciones de seguridad, comodidad y accesibilidad requeridas para garantizarle a los habitantes la eficiente prestación del servicio básico y de los demás niveles que se establecen al interior de cada modo, dándole prioridad a la utilización de medios de transporte masivo. En todo caso, el Estado *regulará* y vigilará la industria del transporte en los términos previstos en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política” (énfasis agregado).

²⁷ Luis Ignacio Betancur, *Texto borrador sobre regulación* (material inédito), 1999.

dichas empresas han prevalecido sobre los intereses de grupos más amplios, pero más dispersos y desorganizados, de usuarios y contribuyentes.

Junto a las razones históricas y políticas que explican el intervencionismo estatal en las distintas modalidades de transporte, existen razones económicas fundadas que respaldan algún tipo de regulación no dirigido a la sustitución del mercado por el sector público sino a favorecer la competencia en el mismo o a reproducir sistemas de incentivos similares a los del mercado cuando la competencia en el mismo no es factible o deseable²⁸.

Es así como se ha discutido en el contexto internacional los posibles modelos reguladores del transporte. Por ejemplo, el Gobierno chileno ha considerado que los servicios de transporte deben desarrollarse dentro de una estructura de mercado competitivo, con participación fundamental del sector privado. En este escenario corresponde al Estado un rol regulador, “normativo” y reglamentario, responsable de posibilitar y estimular una competencia sana, además del desarrollo orgánico y armonioso de la actividad, de manera que atienda al resguardo del bienestar y la seguridad de los usuarios. Así mismo, existe una obligación del Estado en desempeñar un papel subsidiario sobre la prestación de los servicios, en el momento en que las circunstancias de mercado lo requieran. Al seguir esta misma línea, y ante fallas del mercado, otras jurisdicciones en Latinoamérica, como Argentina, Perú y Bolivia, han optado, como veremos, por que sean las agencias de regulación del transporte las que definan los parámetros tarifarios y de cobertura y calidad, entre otros, siempre buscando un equilibrio entre equidad y eficiencia²⁹.

Por su parte, y para el caso colombiano, Jaime Salazar Montoya considera que es indiscutible el papel regulador del Estado en la prestación o regulación de aquello que se considera de interés general y que tiene que ver con los pilares de la vida social, como la seguridad, la salud, la justicia, la locomoción y la protección del medio ambiente, para lo cual debe garantizar su prestación pública, y su ejercicio indiscriminado, ininterrumpido, eficiente y responsable³⁰. Así mismo, y desde la perspectiva constitucional, afirma que las constituciones han incor-

²⁸ Estache y De Rus, *Privatization and regulation of transport infrastructure...*, cit.

²⁹ Para ahondar en las tendencias de regulación en Iberoamérica para algunos servicios públicos como el eléctrico, gas, agua, telecomunicaciones, entre otros, se recomienda la revisión de Gaspar Ariño Ortiz, “Políticas regulatorias en Iberoamérica”, en Liliana Lizarazo Rodríguez y Marcela Anzola Gil (eds.), *La regulación económica: tendencias y desafíos*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2004, pp. 114-152; *Idem.*, para consultar sobre los principios y el marco de la regulación así como la aplicación concreta al caso argentino.

³⁰ Jaime Salazar Montoya, *El ABC del transporte de carga. Aproximación conceptual e histórica* (material inédito), 1999.

porado normas orientadas a intervenir las actividades que se consideran un servicio público, por lo que dependen de la orientación filosófica de cada constituyente. Es así como desde 1936, para este tratadista, se consagró en Colombia que por mandato legal el Estado intervendría en “la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral”³¹, lo cual profundiza el carácter público del servicio de transporte y faculta al Gobierno para regular tarifas y otros elementos.

Así las cosas, el papel del Estado como regulador del sector del transporte ha adquirido una importancia fundamental dentro del campo de la nueva regulación económica. El Gobierno debe garantizar que la provisión de servicios de transporte se ajuste a consideraciones de equidad, que los costos de producción sean los mínimos posibles en términos técnicos, que los precios se ajusten a dichos costos, que la calidad sea óptima de acuerdo a las preferencias de los consumidores, y que se garantice la inversión en capacidad y la incorporación de nuevas tecnologías.

No obstante, la regulación económica de este sector no puede materializarse sin la existencia de una agencia independiente y autónoma para el transporte y la infraestructura, cuyo establecimiento, aunque sea lamentable decirlo, no había prosperado en nuestro país a pesar de algunos intentos aislados y frustrados del pasado hasta su reciente creación mediante el Decreto 947 del 2014.

Es así como años atrás el Gobierno nacional, a partir de los anteriores lineamientos doctrinales y analizada la experiencia de otras comisiones de regulación en Colombia³², así como de aquellas a escala mundial, creó mediante el Decreto 101 del 2000 la Comisión de Regulación del Transporte (CRTR) como una dependencia especial del Ministerio de Transporte, sin personería jurídica, con autonomía administrativa y financiera, y cuya principal función era elaborar la regulación de este sector. Se buscaba lograr una adecuada “interacción” entre los agentes regulados y la agencia reguladora con la única pretensión de conseguir un sector del transporte estable, transparente y eficiente. En este mismo decreto se definió que la Superintendencia de Puertos y Transporte ejercería las funciones de inspección, vigilancia y control que le corresponden al presidente de la República como suprema autoridad administrativa en materia de tránsito,

³¹ *Idem.*

³² En su momento, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, la Comisión de Regulación de Agua y Saneamiento Básico y la Comisión Nacional de Televisión.

transporte y su infraestructura. De esta manera, el diseño y la implementación de la regulación corresponderían a la CRTR y la inspección, vigilancia y el control de ella a la Supertransporte.

Es infortunado que la creación de la CRTR no fuera legal, como sí lo fue la de otras agencias reguladoras existentes en Colombia, debido en principio a la resistencia del Legislativo y de los grupos de interés que deseaban que el Ministerio de Transporte siguiera manejando la regulación, desconociendo así la tendencia internacional, e incluso nacional, hacia la especialización de funciones de política, regulación y control en entidades diferentes para el debido equilibrio y la eficiencia que en materia de servicios públicos debe prevalecer.

Sin embargo, y pese a la debilidad en su creación al ser establecida como una dependencia del Ministerio de Transporte, la CRTR se visualizaba como una dependencia con algún grado de independencia y autonomía, que actuaría con criterios económicos y técnicos y no políticos. Para tal fin, se otorgó un periodo fijo de mandato para el regulador (tres años) que no coincidía con el ciclo político (cuatro años) y se asignó a los expertos comisionados reunir una serie de condiciones profesionales y técnicas³³ para desempeñarse en dicha institución reguladora con autonomía financiera y administrativa.

Dentro de los objetivos generales de la CRTR se encontraban el diseño de modelos económicos y financieros en busca de condiciones óptimas y eficientes de precios, cantidades y calidad de los servicios de transporte e infraestructura; la protección de los intereses de los usuarios de los servicios de transporte y su infraestructura; el logro de las metas de las políticas de transporte del país diseñadas por el Ministerio de Transporte; y la promoción de la libre competencia, que impide la competencia desleal o el abuso de posición dominante en el mercado; la regulación de los monopolios naturales, entre otros.

En cuanto a algunos de los *objetivos específicos*, y retomando algunas de las funciones establecidas en el artículo 30 del Decreto 101 del 2000, la CRTR debía promover la competencia entre las empresas o los operadores de servicio público; regular la prestación del servicio estableciendo disposiciones para tal efecto; fijar fórmulas y criterios para la directa, controlada o libre fijación de las tarifas de transporte; desarrollar programas que fomentaran la renovación y reposición

³³ El Decreto 101 del 2 de febrero del 2000, artículo 31 (en *Diario Oficial*, n.º 43882, 7 de febrero del 2000), establecía que los expertos comisionados eran servidores públicos sujetos a las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la ley y en ese decreto y determinaba las condiciones que deben reunir para acreditar dicho cargo.

vehicular, complementados con mecanismos de seguros y de garantías que los incentivarán; expedir las normas necesarias para armonizar el desarrollo de la infraestructura de transporte con el fin de racionalizar y hacer más eficiente su uso; mantener niveles de servicio adecuados y coordinar el desarrollo de los servicios de transporte con los programas de inversión en infraestructura del sector; establecer los marcos técnico, legal y operativo dentro de los cuales se deben desarrollar las concesiones en cada modo de transporte y definir los elementos contractuales mínimos que deben contener las concesiones de transporte a escala nacional y regional; definir y concertar criterios de eficiencia e indicadores de nivel de servicio para evaluar la gestión técnica, administrativa y financiera de todas las concesiones; definir parámetros para garantizar la calidad del servicio, la seguridad y la disponibilidad; establecer criterios para la fijación de estaciones de peajes con sus tarifas respectivas; adoptar esquemas y unificar definiciones en materia de operación de los puertos públicos; y regular los sistemas únicos de registros e información de transporte en cuanto a su operación, uso y aplicación.

Para cumplir los anteriores objetivos se hacía indispensable la participación de los agentes regulados en diferentes talleres o mesas de discusión sobre regulación del transporte con el fin de conciliar, a través de esquemas de negociación, los diferentes intereses relacionados con los aspectos regulados³⁴. El propósito de estas reuniones era consultar mas no vincular a los expertos comisionados, quienes atenderían las recomendaciones buscando condiciones óptimas y justas para el funcionamiento del mercado de transporte. Así, la idea era lograr un acercamiento entre los diferentes agentes que interactúan en el mercado para encontrar alternativas de solución a los problemas de regulación por medio de la discusión y la búsqueda de consenso.

Sin embargo, la existencia de esta agencia reguladora fue corta. Tan sólo transcurrieron dos años entre su creación y posterior derogatoria por medio del Decreto 2053 del 2003 (julio 23) relacionada con el cambio de administración gubernamental. Este último, en su artículo 7.º, fijó funciones muy similares a aquellas definidas antes para la CRTR en una nueva dependencia, la Oficina de Regulación Económica del Ministerio de Transporte³⁵.

³⁴ En relación con la idea de talleres de regulación promovida por el Departamento Nacional de Planeación, cuyos principales resultados, para el transporte terrestre de carga, pueden leerse en Juan Carlos Echeverri, Marcela Eslava y Eleonora Lozano, *Transporte carretero de carga. Taller de Regulación. Informe Final*, Serie Archivos de Macroeconomía, documento 120, Bogotá, Dirección de Estudios Económicos, 1999.

³⁵ Ministerio de Transporte, Decreto 2053 del 23 de julio del 2003, art. 7.º, en *Diario Oficial*, n.º 45 259, 25 de julio del 2003. La Oficina de Regulación Económica cumplirá las siguientes funciones:

De lo anterior se desprende que muy a pesar de las intenciones del Ejecutivo de crear una agencia de regulación del sector del transporte independiente y autónoma por medio de la ley, la resistencia del Legislativo, así como el cambio de políticas de una administración a otra, hizo que por casi once (11) años fuera otra oficina del Ministerio de Transporte la que manejara los aspectos reguladores del sector, desdibujándose las características deseables de las agencias de regulación para su óptimo funcionamiento dentro de un esquema de balances y contrapesos entre las funciones de “política”, “regulación” e “inspección, vigilancia y control” que informan un mercado.

Por fortuna el panorama cambió con la reciente expedición de la Ley 1682 del 2013, “por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias”³⁶. Ésta otorgó, en su artículo 66, al presidente de la República facultades extraordinarias por el término de seis meses para

[c]rear la Comisión de Regulación de Infraestructura y Transporte como una Unidad Administrativa Especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, con personería jurídica adscrita al Ministerio de Transporte, la cual tendrá como misión reglamentar y regular e integrar la normatividad del sector, así como regular y promover la competencia del sector, evitar los monopolios y la posición dominante en los proyectos de infraestructura de transporte y definir la disponibi-

“7.1 Promover la competencia entre las empresas o los operadores que prestan el servicio público de transporte y servicios conexos, para que sus operaciones sean eficientes y el servicio esté enmarcado bajo los principios de calidad, cubrimiento y libertad de acceso.

7.2 Formular las propuestas para establecer las disposiciones que propendan por la integración y el fortalecimiento de los servicios de transporte.

7.3 Formular las propuestas para definir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión administrativa y financiera de las empresas operadoras de servicio público de transporte y de los concesionarios en materia de transporte.

7.4 Formular las propuestas para establecer la cobertura y condiciones de los seguros y garantías que deben ofrecer las empresas de servicio público de transporte.

7.5 Formular las propuestas para desarrollar mecanismos y alternativas económicas relativos a la renovación y reposición del parque automotor del país.

7.6 Elaborar las propuestas para establecer fórmulas y criterios para la fijación de las tarifas para el servicio público del transporte y servicios conexos.

7.7 Definir los criterios económicos y financieros para los concursos y licitaciones para la prestación del servicio público de transporte.

7.8 Elaborar las propuestas para establecer fórmulas y criterios en materia tarifaria y de localización de las estaciones de peajes.

7.9 Definir los elementos de registro e información que deben suministrar las entidades del Sistema Nacional del Transporte y las empresas prestadoras del servicio público de transporte y conexos, para fundamentar la regulación que se expida.

7.10 Las demás que le sean asignadas”.

³⁶ Congreso de la República, Ley 1682 del 22 de noviembre del 2013, en *Diario Oficial*, n.º 48982, 22 de noviembre del 2013.

lidad, los niveles de servicio, estándares de calidad, garantía de continuidad del servicio de transporte y los proyectos de infraestructura del sector, fijar las tarifas de las actividades reguladas y los topes máximos de actividades no reguladas del sector transporte, servir de instancia de resolución de conflictos entre los distintos actores del sector transporte. Quedarán exceptuadas de la competencia de la Comisión, la regulación del modo aéreo y, de conformidad con la Ley 1115 del 2006, la relativa a la fijación y el recaudo de tarifas por concepto de los servicios prestados por la Dirección General Marítima “Dimar” [...]

En informe de ponencia para segundo debate del proyecto de Ley 223 del 2013 Senado se proponía sólo excluir de la competencia de la Comisión de Regulación de Infraestructura y Transporte el modo aéreo; sin embargo, como se observa en la redacción final de la ley, quedaron también excluidos los aspectos tarifarios regulados por la Dirección General Marítima “Dimar”³⁷.

La propuesta de crear esta agencia de regulación ha suscitado poco análisis académico y sectorial. En su columna de opinión, Juan Carlos Gómez critica la exclusión de competencia del modo aéreo³⁸; por su parte, Alfredo Fuentes Hernández afirma en la suya que ve su nacimiento como un desarrollo institucional importante para el sector³⁹.

No obstante, la creación de esta comisión parece responder a la experiencia internacional en la que el Gobierno no asume las funciones de regulación de

³⁷ Proyecto de Ley 223 del 2013, en *Gaceta del Congreso*, n.º 137, 22 de marzo del 2013, artículo 65: “Se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de seis (6) meses para: [...] (2) Crear la Comisión de Regulación de Infraestructura y Transporte como una Unidad Administrativa Especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, con personería jurídica adscrita al Ministerio de Transporte, la cual tendrá como misión reglamentar y regular e integrar la normatividad del sector, así como regular, promover y proteger la competencia del sector, evitar los monopolios y la posición dominante en los proyectos de infraestructura de transporte y definir la disponibilidad, los niveles de servicio, estándares de calidad, garantía de continuidad del servicio de transporte y los proyectos de infraestructura del sector, fijar las tarifas de las actividades reguladas y los topes máximos de actividades no reguladas del sector transporte, servir de instancia de resolución de conflictos entre los distintos actores del sector transporte, *Quedarán exceptuadas de la competencia de la Comisión, la regulación del modo aéreo*” (énfasis agregado); véase el informe de ponencia segundo debate, proyecto de Ley 223 del 2013 Senado, “Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias”. Disponible en [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mosstrar_documento?p_tipo=27&p_numero=223&p_consec=36639].

³⁸ Juan Carlos Gómez, “La Comisión de Regulación del Transporte”, en *El Espectador*, 8 de diciembre del 2013. Disponible en [<http://www.elespectador.com/opinion/comision-de-regulacion-del-transporte-columna-462988>]. “Lamentablemente no quedó incluida dentro de la competencia de dicha comisión la regulación del transporte aéreo, a propósito de lo cual hay que pensar en meterle mano seriamente a Aerocivil, una entidad a la que hace años le quedó grande nuestra aún pequeña infraestructura aeroportuaria.”

³⁹ Alfredo Fuentes Hernández, “Coyuntura/Ley de infraestructura: avance en competitividad”, en *Portafolio*, 8 de enero del 2014. Disponible en [<http://www.portafolio.co/opinion/ley-infraestructura-avance-competitividad>].

forma directa, ya que es preferible que un regulador, independiente del Gobierno y de los agentes privados, desempeñe la labor de aplicar las normas establecidas con el fin de conseguir que los operadores privados tengan los incentivos adecuados para acercar los resultados de la industria a los óptimos en términos sociales⁴⁰.

De esta manera, desde la doctrina, las principales funciones del regulador serían proteger a los consumidores de los abusos de los monopolios, proteger a los inversionistas de decisiones políticas arbitrarias, proveer incentivos para invertir y operar de manera eficiente, y minimizar los costos de la intervención reguladora. Todo lo anterior, añaden estos autores, debe hacerse de manera “transparente y justa”, aunque reconocen que “[e]n la práctica la creación de instituciones con estas características no es una cuestión sencilla, y muchos países están teniendo problemas para la adopción de los principios adecuados que deben regir las instituciones de regulación”⁴¹.

Dentro de los temas relevantes que la literatura tradicional ha definido para el diseño de las agencias reguladoras se encuentran, primero, sus necesarias independencia y autonomía, un grado de centralización, especialización y discrecionalidad; y, segundo, su óptima organización interna.

En relación con la *independencia* y la *autonomía*, es deseable que el regulador actúe guiado por criterios económicos y técnicos, pero nunca políticos; es decir, sin presiones de los agentes regulados ni del mismo Gobierno⁴². Es así como dentro de la estructura organizacional de los ministerios, entidades últimas que suelen ser políticas, los reguladores no son deseables desde la perspectiva doctrinal.

Dicha independencia debe ser real y no formal, y requiere, necesariamente, de un alto grado de autonomía, por ejemplo para tener la posibilidad de contar con recursos financieros propios a través de tasas que se cobren a la industria regulada con base en propuestas anuales presentadas por los reguladores, y de contratar tanto el personal interno como los asesores externos, nombrados con base en criterios técnicos y profesionales, necesarios para acometer de manera estricta las tareas que se encomiendan en las normas de creación. Para Estache y De Rus es deseable que en los nombramientos de los reguladores intervengan tanto los poderes ejecutivo como legislativo⁴³.

⁴⁰ Estache y De Rus, *Privatization and regulation of transport infrastructure...*, cit.

⁴¹ *Idem*.

⁴² Figura que suele denominarse *captura del regulador*.

⁴³ Estache y De Rus, *Privatización y regulación de infraestructuras de transporte...*, cit.

Otro aspecto que la doctrina relaciona con la autonomía tiene que ver con las facultades sancionatorias de la agencia reguladora. Las sanciones que puedan imponer las agencias deben estar ligadas a los daños o las pérdidas sufridas por los actores receptores de la regulación (empresas o usuarios) y los ingresos por estas sanciones deberán transferirse a los perjudicados⁴⁴.

En cuanto al *grado de centralización*, la pregunta que debe responderse es si se requiere un regulador único para el sector o varios reguladores con competencias regionales. Un regulador centralizado tiene ventajas en cuanto al diseño de políticas integrales de transporte, pero pierde conexión con condiciones locales. La mejor opción es considerar el tamaño y la configuración regional del país, así como la estructura de mercado del sector del transporte que se va a regular.

El *grado de especialización* de la agencia se refiere a si ésta debe ser especializada en el sector (*v. g.* un regulador único para todos los modos de transporte, en el caso de Argentina, Perú, Bolivia) por modos de transporte, por el nivel de mercado o industria (*v. g.* modo terrestre, férreo, aéreo, entre otros), o si debe ser multisectorial (es decir, un regulador único para todos los servicios públicos, *v. g.* reguladores a escala estatal de Australia, Canadá y Estados Unidos y, a escala nacional, en Costa Rica y Jamaica)⁴⁵. Al igual que con el grado de descentralización, la decisión que se adopte también dependerá de la extensión territorial del país y de la estructura del mercado del sector del transporte que se debe regular, así como de la sostenibilidad política para su implementación⁴⁶.

Por su parte, el *grado de discrecionalidad* se refiere al nivel de subjetividad de la agencia reguladora en la toma de decisiones: si es excesiva puede generar riesgos

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Los ejemplos de este aparte se toman de Estache y De Rus, *Privatización y regulación de infraestructuras de transporte...*, *cit.*, pp. 44-48. En relación con los reguladores multisectoriales, estos autores consideran que son ventajosos por cuanto permiten que un grupo de técnicos de alta cualificación desempeñen su labor en diferentes industrias, más aún cuando en esos países hay escasez de este tipo de personal cualificado. Lo anterior unido a que los conocimientos y las soluciones pueden transferirse de una industria a otra, con las correspondientes adaptaciones a las condiciones específicas de cada una de ellas, con lo que se consigue una mayor coherencia. También afirman que tiene otra ventaja por cuanto se minimiza la “captura del regulador” en la medida en que los grupos de interés de los diferentes sectores ejercen una mayor presión de control unos sobre otros, logrando neutralizar su influencia. Además, auguran el fortalecimiento de la independencia en un doble sentido, por cuanto en relación con las empresas reguladas se reduce el riesgo de captura, al existir una menor cercanía a la industria concreta, y para el poder político, dado que el regulador no entra en el ámbito de actuación de un sólo ministerio sino de varios, y aunque esto pueda parecer que multiplica los ángulos desde los que se pueden ejercer presiones, en la práctica se reduce la influencia política pues se diluye.

⁴⁶ En Estache y De Rus, *Privatización y regulación de infraestructuras de transporte...* (*cit.*), un ejemplo claro de esto es el ajuste primero sectorial de los ferrocarriles en Brasil para pensar luego en una futura agencia de regulación de todo el sector del transporte.

de regulación en el mercado con los consecuentes costos tanto para las empresas como para los usuarios; mientras que si es restrictiva, genera una inflexibilidad para que el regulador se adapte a las cambiantes condiciones del mercado.

Un diseño correcto de la institución reguladora debe definir cuáles son las competencias, las reglas y el grado de discrecionalidad de que se dispone, en especial, reglamentando lo relativo a la toma de decisiones en el interior de la agencia reguladora para evitar comportamientos estratégicos de sus miembros. Hay varias alternativas para lograrlo, por ejemplo, a través del reglamento de la agencia reguladora, la fijación de periodos de revisión de tarifas, el establecimiento de oportunidades para que las partes afectadas expresen sus puntos de vista en audiencias públicas, la posible remoción de los reguladores que no están cumpliendo su labor y la determinación de mecanismos de apelación o revisión de las decisiones adoptadas por el regulador ante otras instituciones públicas. Para Estache y De Rus,

[u]n regulador altamente independiente que quiera favorecer a los inversores tendrá que enfrentarse a las protestas de los usuarios, lo cual puede suponer una situación políticamente difícil. Por otro lado, si el regulador decide favorecer a los usuarios, este elevará la percepción del riesgo en el sector, elevará los costes de capital para las empresas. Un aumento de los costes acabaría repercutiendo sobre los usuarios también, ya que los aumentos de costes serán traspasados a las tarifas. Una forma de minimizar estos riesgos es establecer una serie de reglas claras en el contrato de concesión y en la norma de creación de la agencia reguladora⁴⁷.

En lo que tiene que ver con su *organización interna*, la agencia reguladora puede organizarse como una comisión de varios expertos, ya sea una persona única o comités amplios con representación de grupos de interés (usuarios, empresarios, entre otros). Aunque estos últimos son poco operativos en términos prácticos. Cabe aclarar, sin embargo, que países como Reino Unido, cuya tradición reguladora le apostaba a reguladores únicos, en la actualidad se encuentran reformulando el modelo, por cuanto esta modalidad facilita más la captura de un regulador que la de varios.

Por último, desde la doctrina es claro que cada uno de los actores obtiene muchas ventajas al crear un regulador para el transporte, así para

⁴⁷ Estache y De Rus, *Privatización y regulación de infraestructuras de transporte...*, *cit.*

[e]l gobierno, como impulsor del proceso de reforma porque conoce las propias limitaciones de los modelos de integración del regulador [...], dando señales inequívocas de su voluntad de no interferir en el nuevo contexto de regulación por contrato. Los consumidores porque pueden beneficiarse desde el comienzo de la existencia de un organismo independiente. Los inversores porque la reducción del riesgo asociada al conocimiento preciso de quiénes son los reguladores reduce el coste de involucrarse en operaciones a largo plazo, aunque también puede constituir una ventaja el cerrar un contrato sin que exista un regulador que pueda cuestionarlo. Los integrantes de la agencia de regulación dispondrán de más tiempo para conocer mejor la actividad y sus nuevas responsabilidades⁴⁸.

Al parecer el Gobierno tuvo en cuenta no sólo la experiencia pasada colombiana, sino algunos de los avances en la literatura internacional que ha venido ahondando en la problemática de la regulación del transporte y el necesario diseño de agencias reguladoras independientes, autónomas y técnicas que cumplan tan importante tarea. Es así como, mediante el Decreto 947 del 21 de mayo del 2014, se crea la Comisión de Regulación de Infraestructura y Transporte (CRIT) con el objeto de encargarse del “diseño y definición del marco de *regulación económica* de los servicios de transporte, cuando se presenten fallas de mercado, para fomentar la eficiencia, promover la competencia, controlar los monopolios y evitar el abuso de posición dominante”⁴⁹ (énfasis agregado).

Lo primero que hay que decir es que en apariencia tanto el Legislativo como el Ejecutivo tenían la aspiración de satisfacer las características deseables de *independencia* y *autonomía* de la agencia reguladora y, por tal motivo, crearon la CRIT como una Unidad Administrativa Especial que formaba parte del sector descentralizado de la rama ejecutiva del orden nacional adscrita al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, patrimonio propio y “autonomía administrativa, financiera y técnica”⁵⁰.

Sin embargo, llama la atención que al definir los recursos de dicha agencia, en concreto en el artículo 4.º del acto administrativo, no se incluyen tasas a los agentes regulados para su financiación y, por lo tanto, su patrimonio dependerá, en esencia, de los recursos que se le asignen en el presupuesto nacional, lo cual desvirtúa por completo la necesaria neutralización de asuntos políticos que pue-

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Decreto 947 del 21 de mayo del 2014, artículo 2.º, en *Diario Oficial*, n.º 49158, 21 de mayo del 2014.

⁵⁰ *Ibid.*, artículo 1.º.

dan incidir en las decisiones “técnicas” que debe tomar esta institución. En consecuencia, la mencionada independencia puede llegar a ser formal, pero no real, por cuanto con el tiempo el mismo Gobierno puede “capturar al regulador”.

Además, como se mencionó en el significado de *regulación económica*, así como en las características deseables de la agencia reguladora óptima, la facultad de la agencia para imponer sanciones es un importante requisito de autonomía. Al revisarse con atención las funciones de la CRIT, en general, y las de sus órganos⁵¹, en particular⁵² es evidente que no cuenta con ella.

Con respecto al *grado de centralización*, el esquema institucional adoptado apunta a una CRIT que diseñará e implementará la regulación económica del transporte a escala nacional, lo cual es obvio que puede hacerle perder conexión con las necesidades locales, pero que de forma indiscutible puede ser un buen comienzo para su transformación en el futuro, cuando la conformación territorial y de estructuras de mercado lo exija, en agencias de regulación locales.

En cuanto al *grado de especialización*, Colombia implementa un sistema por medio del cual algunos modos de transporte son regulados por la CRIT y otros, como el aéreo y marítimo, por otras entidades. Lo anterior, como vimos, puede ser contraproducente, ya que influye en la integralidad de las políticas de transporte y su infraestructura.

En lo que tiene que ver con el *grado de discrecionalidad*, la norma de creación de la CRIT define que ella misma dictará sus estatutos y definirá su reglamento. Al hacerlo se espera que la entidad tenga en cuenta las recomendaciones de la doctrina mencionada, en especial, en lo relativo a las importantes restricciones que deben existir para evitar posibles casos de colusión entre sus miembros. Es extraño, sin embargo, que haya una ausencia de mecanismos de apelación o revisión de las decisiones adoptadas por el regulador ante otras instituciones públicas.

Por último, en cuanto a su *organización interna*, se prevé que la CRIT estará conformada por tres expertos comisionados, el ministro de Transporte o su delegado⁵³ y el director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado⁵⁴, que tendrán voz y voto⁵⁵. Es importante precisar que se exige que uno de ellos cuente

⁵¹ Comité de Expertos Comisionados, Dirección Ejecutiva, Oficina Asesora Jurídica, Subdirección Administrativa y Financiera y Órganos de Asesoría y Coordinación.

⁵² Decreto 947, artículos 6.º y 10.º a 14.

⁵³ Donde sólo podrán ser delegados del ministro de Transporte sus viceministros.

⁵⁴ El director del Departamento Nacional de Planeación sólo podrá delegar tal labor en su subdirector sectorial.

⁵⁵ Decreto 947, artículo 5.º.

con experiencia en *temas económicos*, según la redacción general de la norma, pero hubiera sido preferible que su experiencia fuera en concreto en *regulación económica*, sin importar el sector, pues más adelante se consagra experiencia especial en transporte o infraestructura para los otros dos expertos. Otros miembros, como el director de la Unidad de Planeación e Infraestructura de Transporte (UPIT) y el superintendente de Puertos y Transporte participarán con voz pero sin voto.

De esta manera, y como ha sido costumbre en nuestro país, la integración de funcionarios públicos con expertos comisionados sigue siendo frecuente en las agencias de regulación de servicios públicos. Esto es positivo para el debido equilibrio entre política y regulación, pero peligroso ante posibles “capturas” del regulador, indeseables desde la visión teórica. Se resalta, sin embargo, el periodo de tres años determinado para uno de los comisionados, y de cuatro años para los otros dos, lo cual rompe el ciclo político presidencial e impregna de tecnicismo al cargo; no obstante, esta estructura sólo funciona cuando no hay reelección presidencial. También es positivo que se permita una amplia estructura interna de personal y la contratación de asesores externos para el adecuado cumplimiento de las funciones fijadas a la agencia.

IV. Conclusión

Es indiscutible que la creación legal y reglamentaria de la agencia de regulación para el sector del transporte es un avance, aunque lamentamos que no se hayan tenido en cuenta algunas de las recomendaciones que desde la experiencia internacional y la literatura se han esbozado para alcanzar las características deseables de este tipo de instituciones como lo son la independencia, la autonomía y el tecnicismo.

Es así como la definición de los recursos que financiarán a la agencia, la inclusión de funciones sancionatorias en la misma, la indispensable conexión con las necesidades locales de regulación, la importancia de regular la totalidad e integralidad de los modos de transporte, la necesaria definición de un reglamento interno que evite comportamientos relacionados con colusión entre sus miembros, el adecuado equilibrio entre lo técnico y político en su conformación, entre otros, son aspectos clave que se deben considerar para la óptima operación de esta agencia reguladora.

Esperemos que las debilidades señaladas en este capítulo no impidan el desarrollo y posterior ajuste de tan importante institución para el transporte e infraestructura de nuestro país.

REFERENCIAS

- Acevedo, Jorge *et al.*, *El transporte como soporte al desarrollo de Colombia. Una visión al 2040*, Bogotá, Uniandes, 2009.
- Acosta de Valencia, Zenaida María, *Regulación de los servicios de transporte en Colombia y Comercio internacional*, Serie Archivos de Economía del Departamento Nacional de Planeación, documento 265 (2004).
- Alexander, Ian y Timothy Irwin, “Price Caps, Rate-of-Return Regulation, Risk, and Cost of Capital”, en *Public Policy for the Private Sector*, note 87 (1997).
- Ariño Ortiz, Gaspar, “Políticas regulatorias en Iberoamérica”, en Liliana Lizarazo Rodríguez y Marcela Anzola Gil (eds.), *La regulación económica: tendencias y desafíos*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2004.
- Betancur, Luis Ignacio, “Política pública y regulación de algunos servicios públicos”, en Liliana Lizarazo Rodríguez y Marcela Anzola Gil (eds.), *La regulación económica: tendencias y desafíos*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2004.
- Betancur, Luis Ignacio, *Texto borrador sobre regulación* (material inédito), 1999.
- Betancur, Ofelia, “Mecanismos de regulación de calidad” (presentación 2.º Curso de Privatización y Regulación de Servicios e Infraestructura de Transporte), Banco Mundial y Universidad de las Palmas, 2000.
- Burns, Philip, “Yardstick competition in UK Regulatory Processes”, en *Centre for the Study of Regulated Industries*, n.º 41 (1995).
- Carbajo, José; Antonio Estache y David Kennedy, *Regulating the Quality of Privatized Transport Services*, Washington, D. C., The World Bank, 1997.
- Congreso de la República, Ley 105 del 30 de diciembre de 1993, en *Diario Oficial*, n.º 41 158, 30 de diciembre de 1993.
- Congreso de la República, Ley 336 del 20 de diciembre de 1996, en *Diario Oficial*, n.º 42 948, 28 de diciembre de 1996.
- Congreso de la República, Ley 1682 del 22 de noviembre del 2013, en *Diario Oficial*, n.º 48 982, 22 de noviembre del 2013.
- Decreto 101 del 2 de febrero del 2000, en *Diario Oficial*, n.º 43 882, 7 de febrero del 2000.

Decreto 947 del 21 de mayo del 2014, en *Diario Oficial*, n.º 49158, 21 de mayo del 2014.

Echeverri, Juan Carlos; Marcela Eslava y Eleonora Lozano, *Transporte carretero de carga. Taller de Regulación. Informe Final*, Serie Archivos de Macroeconomía, documento 120, Bogotá, Dirección de Estudios Económicos, 1999.

ElPaís.com.co, “Un muerto, caos vial y vandalismo deja jornada de protesta de transportadores contra el MIO”, en *El País*, 19 de marzo del 2014. Disponible en [<http://www.elpais.com.co/elpais/cali/noticias/conductores-buses-bloquean-principales-vias-acceso-cali>].

Eslava, Marcela, *Una revisión de la literatura teórica y la experiencia internacional en regulación*, Serie Archivos de Macroeconomía, documento 104, Bogotá, Dirección de Estudios Económicos, 1999.

Eslava, Marcela y Eleonora Lozano, *El transporte terrestre de carga en Colombia*, Archivos de Macroeconomía, Serie Archivos de Macroeconomía, documento 105, Bogotá, Dirección de Estudios Económicos, 1999.

Estache, Antonio y Ginés De Rus, *Privatización y regulación de infraestructuras de transporte. Una guía para reguladores*, Banco Mundial y Alfaomega, febrero del 2003.

Estache, Antonio y Ginés De Rus, *Privatization and regulation of transport infrastructure. Guidelines for Policymakers and Regulators*, WBI Development Studies, 2000.

Fuentes Hernández, Alfredo, “Coyuntura/Ley de infraestructura: avance en competitividad”, en *Portafolio*, 8 de enero del 2014. Disponible en [<http://www.portafolio.co/opinion/ley-infraestructura-avance-competitividad>].

Gómez, Juan Carlos, “La Comisión de Regulación del Transporte”, en *El Espectador*, 8 de diciembre del 2013. Disponible en [<http://www.elespectador.com/opinion/comision-de-regulacion-del-transporte-columna-462988>].

Green, Richard y Martin Rodríguez Pardina, *Resetting Price Controls for Privatized Utilities: A Manual for regulators*, Washington, D. C., Economic Development Institute of the World Bank, 1999.

Guasch, J. Luis, “Regulación y Competencia en Transporte” (presentación en 2.º Curso Privatización y Regulación de Servicios e Infraestructura de Transporte), Banco Mundial y Universidad de las Palmas, 2000.

- Informe de ponencia segundo debate, proyecto de Ley 223 del 2013 Senado. Disponible en [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=27&p_numero=223&p_consec=36639].
- Levy, Brian y Pablo Spiller, *Regulations, Institutions, and Commitment*, Nueva York, Cambridge University, 1996.
- Lizarazo Rodríguez, Liliana y Marcela Anzola Gil (eds.), *La regulación económica: tendencias y desafíos*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2004.
- Mendieta, Carlos Andrés y Jorge Andrés Perdomo, *Fundamentos de economía del transporte: teoría, metodología y análisis de política*, Bogotá, Uniandes, Colección CEDE 50 años, 2008.
- Ministerio de Transporte, Decreto 2053 del 23 de julio del 2003, en *Diario Oficial*, n.º 45 259, 25 de julio del 2003.
- Mitnick, Barry M., *La economía política de la regulación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- Nación, “Petro enfrenta la más grave crisis de Transmilenio”, en *Semana*, 3 de abril del 2014. Disponible en [<http://www.semana.com/nacion/articulo/transmilenio-protestas-en-suba-dejan-un-herido-grave/379337-3>].
- Organization for Economic Co-operation and Development, *Regulatory reform, Privatization and Competition Policy*, París, OCDE, 1992.
- Proyecto de Ley 223 del 2013, en *Gaceta del Congreso*, n.º 137, 22 de marzo del 2013.
- República de Colombia, Constitución Política de 1991.
- Rus, Ginés de, “Regulación de precios en transporte” (presentación en 2.º Curso Privatización y Regulación de Servicios e Infraestructura de Transporte), Banco Mundial y Universidad de las Palmas, 2000.
- Salazar Montoya, Jaime, *El ABC del transporte de carga. Aproximación conceptual e histórica* (material inédito), 1999.
- Salazar Montoya, Jaime, *Ensayos sobre el desarrollo del transporte de carga en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Spulber, Daniel, *Regulation and markets*, Cambridge, MIT, 1989.

- Stone, Alan, *Regulation and its Alternatives*, Serie Politics and Public Policy, Washington, D. C., Congressional Quarterly, 1982.
- Trujillo, Lourdes, “Predicción de demanda” (presentación en 2.º Curso Privatisación y Regulación de Servicios e Infraestructura de Transporte), Banco Mundial y Universidad de las Palmas, 2000.
- Trujillo, Lourdes; Emile Quinet y Antonio Estuche, *Forecasting the Demand for Privatized Transport: What Economic Regulators Should Know and Why*, Policy Research Working Paper, n.º 2446, Washington, D. C., World Bank, 2000.
- Viscusi, W. Kip; John M. Vernon y Joseph E. Harrington Jr., *Economics of Regulation and Antitrust*, Cambridge, MIT, 1998.

AGENCIA REGULADORA DE LA TELEVISIÓN EN COLOMBIA: ¿CASO DE DEBILIDAD DEL ESTADO REGULADOR?

Sandra DUCÓN*

INTRODUCCIÓN

Las agencias reguladoras “independientes” (ARI)¹ ya no son una particularidad del sistema administrativo estadounidense, ni se concentran sólo en la banca central o el sector financiero. Hoy en día, se extienden por todo el mundo en un número variado de sectores económicos y sociales². Este fenómeno es predominante en un nuevo modelo de gobernanza que suele llamarse el *Estado regulador*. En éste, el Estado no provee bienes y servicios estratégicos para el interés público (Estado positivo) de manera directa, sino que estos bienes y servicios se encuentran en manos privadas, y están sujetos al control y las normas expedidas por las ARI³.

Por un lado, las ARI resultan atractivas por las cualidades que se les atribuyen: experticia técnica⁴, independencia y combinación de diferentes funciones gubernamentales en una sola institución. Desde una perspectiva formal, el calificativo de “independientes” hace alusión a que no reciben directrices, órdenes o instrucciones del poder político, pero en la práctica no se tiene certeza respecto a quién debería darse esta independencia, cómo debe medirse ni hasta qué límite es deseable. Por ejemplo, las ARI deben ser independientes de los gobiernos de turno (poder político) pero colaborar en armonía con las otras ramas del poder público y observar las directrices de política pública trazadas por el gobierno.

* Abogada de la Universidad Santo Tomás (Bogotá), profesional en Comercio Internacional de la Universidad Católica de Cuyo (Argentina) y magister en Derecho de la Universidad de los Andes. En la actualidad cursa un Advanced Graduate Public Policy Certificate en la Universidad de Northwestern en Chicago. Correo: sducon@gmail.com.

¹ Las agencias reguladoras, según Fabrizio Gilardi y Martino Maggeti, “The Independence of Regulatory Authorities”, en David Levi-Faur (ed), *Handbook of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, p. 2, se pueden definir en los siguientes términos: “regulator that are not under the direct control of elected politicians. **More precisely, they are highly specialized bodies that hold considerable public authority while enjoying the highest discretionality in the public sector** (Majone, 1996), because they are institutionally and organizationally disaggregated from the ordinary bureaucracy (Verchueren *et al.*, 2006) and constitutionally separated from elected politicians (Tatcher, 2002)”.

² Jacint Jordana y David Levi-Faur, *¿Hacia un Estado regulador latinoamericano? La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores*, Barcelona, CIDOB, 2005, p. 5.

³ Giandomenico Majone, “From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance”, en *Journal of Public Policy*, vol. 17, n.º 2 (1997), pp. 139-167.

⁴ Como señala Betancor, “Las [administraciones independientes] son la muestra elocuente de la búsqueda de una gestión pública neutralizada políticamente, e incluso de la búsqueda de otro tipo de legitimidad para la gestión pública: la legitimidad técnica”, Andrés Betancor, *Mejorar la regulación. Una guía de razones y de medios*, Madrid, Fundación Rafael del Pino & Marcial Pons, 2009, p. 29.

También se espera que las ARI sean independientes de las empresas que regulan (poder económico) pero que garanticen su efectiva participación en la regulación y promoción de la competencia del mercado mientras velan por el cumplimiento de las obligaciones del servicio público. En otras palabras, la “independencia” es un atributo ideal que en la práctica es difícil que las ARI implementen.

Por otro lado, los trasplantes de las ARI no operan en el vacío. Las diferencias que hay en la cultura política, el sistema de gobierno y la tradición administrativa producen un alto grado de variación en la forma en que los países adaptan las instituciones reguladoras⁵. Asimismo son importantes las pautas sectoriales que influyen en el grado de autonomía de las agencias. Jacint Jordana y David Levi-Faur sostienen que “los modelos de difusión a largo plazo son sectoriales: la innovación en un determinado sector en un país se traslada luego al mismo sector pero en otros países”⁶. Estas pautas sectoriales (modelos internacionales) fueron determinantes en la creación de una agencia reguladora independiente para el sector de la televisión en Colombia (por supuesto con variaciones o particularidades propias del contexto). Sin embargo, este modelo de agencia independiente no se consolidó en el sector.

En este artículo nos concentraremos en el estudio de caso de la agencia reguladora de la televisión en Colombia: Comisión Nacional de Televisión (CNTV). Varias razones justifican esta elección: en primer lugar, el diseño institucional de la CNTV era excepcional en Colombia ya que contaba con poder reglamentario y ejercía funciones de control; en segundo lugar, a pesar de que el constituyente dotó a la CNTV de un alto nivel de independencia en el plano formal (rango constitucional), en la práctica esta institución se caracterizó por ser una entidad débil; y, en tercer lugar, el gobierno colombiano tomó la decisión de eliminar la CNTV y dispersar sus competencias entre organismos con mayor influencia gubernamental, aun cuando según las “buenas prácticas” se deben crear entes reguladores convergentes (telecomunicaciones más audiovisuales) independientes.

Precisamente, el argumento central que orienta este artículo es que el bajo nivel de independencia de la CNTV se explica en gran medida por el contexto: actores estratégicos con gran poder; un entorno regulador adverso; fuertes presiones

⁵ “Fourth, dependent on national institutions and state traditions, it may well be that there are several types of regulatory state traditions, it may well be that there are several types of regulatory state rather than one (Lodge, 2002)”, citado en Jacint Jordana y David Levi-Faur, “The Politics of Regulation in the Age of Governance”, en Jacint Jordana y David Levi-Faur (eds.), *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, Edward Elgar, 2004, p. 17.

⁶ Jacint y Levi-Faur, *¿Hacia un Estado regulador latinoamericano?...*, cit., p. 23.

políticas, económicas y tecnológicas; un mercado muy concentrado (duopolio), entre otras restricciones. Tal vez el actor que más incidió en la “captura” de la CNTV fue el propio gobierno nacional que buscaba un mayor control sobre la regulación de la televisión. Aunque hubo otros grupos clave, como los canales privados de televisión abierta que con la “captura” de la CNTV querían mantener el *statu quo*, reflejado en su posición duopólica en el mercado; y los operadores de televisión satelital y por cable que presionaban por un tratamiento de regulación más favorable.

También se mostrará que el nuevo diseño institucional no obedeció a una simple adecuación del derecho a los cambios tecnológicos o a una forma de enmendar un “error del constituyente”, ya que existían intereses concretos y actores estratégicos que lo impulsaban, así como diferentes alternativas de diseño institucional. Como señala Manuel Castells, los medios “no son neutros, pertenecen a grupos financieros importantes, tienen alianzas políticas y están ancladas con frecuencia en afinidades ideológicas y religiosas. Las conspiraciones existen, pero son múltiples, se contradicen y se entrecruzan”⁷.

Este artículo se divide de la siguiente forma: en la primera sección se explica la regulación del servicio de televisión y se muestran las fuertes presiones políticas y económicas, así como las fallas en el diseño institucional, que no permitieron la consolidación de la CNTV como una agencia reguladora independiente y experta; en segundo lugar, en gacetas sobre los debates del Acto Legislativo 02 del 2011 que eliminó la CNTV y de la Ley 1507 del 2012 que reestructuró el sector y en artículos de prensa se identifican los actores, los intereses y las tensiones que impulsaron el nuevo arreglo institucional⁸; por último, desde una perspectiva formal, se analiza el nivel de independencia de las instituciones en las que se distribuyeron las funciones.

I. Regulación de la televisión en Colombia: visiones y tensiones de la CNTV

A. Inicios

En 1955 se permitió la participación privada en la televisión. Este modelo se denominó *sistema mixto* porque se asignaban espacios a las programadoras privadas

⁷ Manuel Castells, *Comunicación y poder*, Madrid, Alianza, 2009.

⁸ Congreso de la República, Ley 1507 del 10 de enero del 2012, en *Diario Oficial*, n.º 48308, 10 de enero del 2012.

para que los explotaran, mientras el servicio seguía sujeto al control estatal. El sistema mixto tuvo sus bondades y limitaciones: por una parte, como lo sostiene Germán Rey, “Las programadoras facilitaron la evolución del sector televisivo, afianzaron la producción nacional y diversificaron el campo de la competencia así como las posibilidades de propuestas televisivas”⁹; por otra parte, hubo limitantes en la medida en que se “fortaleció la dependencia de las iniciativas privadas al control del Estado, generó ineficiencias, fragmentó la oferta y adormeció la capacidad de innovación tecnológica que estuvo durante años básicamente en manos estatales”¹⁰.

De hecho, la principal crítica al sistema fue la intervención del Gobierno¹¹, tanto en la asignación de espacios televisivos, que se convertía en un elemento de gobernabilidad, como en la asignación de noticieros, concedidos con claros criterios políticos y partidistas¹². Esta situación se agudizó al finalizar el Frente Nacional¹³ y la respuesta del público fue tan negativa —la audiencia disminuyó en un 20 %¹⁴— que para recuperar la legitimidad perdida se impulsó, a mediados de los años ochenta, una reforma con el propósito de disminuir el control que ejercía el Gobierno sobre la televisión.

La Ley 42 de 1985 fue un primer paso para disminuir el control del Gobierno sobre la televisión¹⁵, en particular, al permitir que representantes de la sociedad civil intervinieran en su control y administración¹⁶. Sin embargo, no fue sufi-

⁹ Germán Rey, “La televisión en Colombia”, en Guillermo Orozco (coordinador), *Historias de la televisión en América Latina*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 125.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Ibid.*, p. 127.

¹² “A finales de 1983, la licitación por tres años adjudicaba los noticieros así: en el Canal Nacional, Intervisión (Alfonso Castellanos, Yamid Amat, Juan Gossain y Margarita Vidal, de orientación liberal); Telediario (Arturo Abella y Jorge Enrique Pulido, conservador); 24 Horas (Mauricio Gómez, conservador). En la Segunda Cadena, Programar Televisión (Juan Guillermo Ríos, Felipe López y socios, liberal lopista); TV-Hoy (Andrés Pastrana, conservador); sábados, domingos y festivos, Noticiero Cinevisión (liberal independiente).” Milciades Vizcaíno, “La legislación de la televisión en Colombia: Entre el Estado y el mercado”, en *Historia Crítica*, n.º 28 (2005), pp. 127-152.

¹³ María Isabel Zapata y Consuelo Ospina de Fernández, “Cincuenta años de la televisión en Colombia. Una era que termina, Un recorrido historiográfico”, en *Historia Crítica*, n.º 28 (2005), pp. 105-126.

¹⁴ Vizcaíno, *op. cit.*

¹⁵ Transformó Inravision en una entidad asociativa de carácter especial y reemplazó su junta administrativa, conformada de manera exclusiva por miembros del gobierno y representantes del presidente, por el Consejo Nacional de Televisión donde participaron representantes de los periodistas, de las Academias Colombiana de la Lengua y de Historia y de las Facultades de Comunicación Social. Esta ley también creó la Comisión para la Vigilancia de la Televisión (artículo 43 de la Ley 42 de 1985), a la cual se le encomendó el control y la vigilancia en lo que concierne a su calidad y a la defensa de los derechos de la teleaudiencia. Además, se autorizó tanto la prestación del servicio de televisión por suscripción (la primera adjudicataria fue TV cable, cuyos socios eran Gramacol S. A., RCN y Datos y Mensajes) como la operación de canales regionales. Congreso de la República, Ley 42 del 11 de febrero de 1985, en *Diario Oficial*, n.º 36967, 10 de mayo de 1985.

ciente para acallar las demandas de los sectores que exigían mayor libertad, en especial Caracol y RCN, empresas ligadas a los dos grupos económicos más importantes del país. Estos grupos, liderados por Carlos Ardila Lulle y Julio Mario Santodomingo, poseían el mayor porcentaje de programación¹⁷ y reclamaban la eliminación de las barreras impuestas por el Estado para competir en el mercado.

En lo que concierne al proceso de concentración de los medios de comunicación, en la investigación *La industria de los medios masivos de comunicación en Colombia*, dirigida por María Teresa Herrán, se determinó que

[...] en Colombia también se han producido los dos aspectos de la concentración. Empresas de comunicación van adquiriendo poco a poco periódicos y cadenas regionales, además de invertir en editoriales, empresas de distribución, Círculo de Lectores[,] etc. Pero a la vez los grandes grupos financieros se han consolidado en radio y televisión, de tal manera que la información está condicionada, por cuanto no puede afectar los intereses económicos de esos grupos¹⁸.

Como resalta Vizcaíno¹⁹, la legislación de la televisión en Colombia se ha movido entre el Estado y el mercado “como los dos polos del péndulo”, y se divide en dos fases: (1) el Estado como responsable de la televisión, desde su origen hasta 1995 y (2) la televisión orientada por el mercado a partir de la Ley 182 de 1995. Sin embargo, el autor aclara que esta división obedece más a una cuestión de énfasis (mayor inclinación hacia el mercado o hacia el control del Estado). En la actualidad, a pesar de que el mercado y la autorregulación establecen las pautas en que se desenvuelve la televisión privada, el Estado sigue siendo responsable de la televisión pública.

Si se tiene en cuenta este contexto se comprenden las razones que motivaron a la Asamblea Nacional Constituyente a crear un organismo regulador de la televisión de rango constitucional y autónomo. Por una parte, era evidente el interés que existía de independizar la televisión del Gobierno, pues además de la influencia que ejercía el poder político en los medios, se reclamaba mayor

¹⁶ Vizcaíno, *op. cit.*

¹⁷ Rey, “La televisión en Colombia”, *cit.*

¹⁸ María Teresa Herrán (dir.), *La industria de los medios masivos de comunicación en Colombia*, Bogotá, Fescol, 1991.

¹⁹ De un Estado gestor y protector, participante en los procesos económicos, sociales y políticos, catalizador de intereses de los sectores sociales, se ha pasado de forma gradual a un Estado facilitador, integrador de la iniciativa privada, desprendido de compromisos con la dirección de empresas y libre de responsabilidades en materias económicas, Vizcaíno, *op. cit.*, p. 130.

libertad y la eliminación de restricciones para competir en el mercado²⁰. Por otra parte, se abogaba por limitar la concesión de espacios de televisión a los conglomerados económicos con el fin de evitar que la información estuviera comprometida por estos intereses.

B. Creación de un organismo “autónomo” regulador de la televisión

A pesar de que la votación del espectro electromagnético fue secreta²¹, en los debates de la Asamblea Constituyente de 1991 se identificaron fuertes intereses que influyeron, condicionaron y negociaron la creación de este organismo “autónomo”. Los actores principales fueron: (1) los grupos económicos, interesados en la privatización de canales (RCN y Caracol); (2) los trabajadores de Inravisión que buscaban garantizar su estabilidad, y (3) los periodistas y académicos que abogaban por la necesidad de independizar la televisión del Gobierno y de los grupos económicos, y confiaban en la creación de un organismo autónomo de orden constitucional.

Los grupos económicos (RCN y Caracol) se mostraban partidarios de independizar la regulación de la televisión del Gobierno pero no estaban de acuerdo con la propuesta de controlar la concentración de los medios de comunicación. Para RCN y Caracol el principal objetivo era consagrar, a nivel constitucional, la privatización de los canales²². También estaban quienes sostenían, entre ellos Juan Manuel Santos, que éste era un tema reglamentario y que, por ende, no debía tener carácter constitucional, pues los cambios tecnológicos podían alte-

²⁰ “Es entonces cuando se abre un espacio para reclamar una normatividad menos asfixiante y de mayores garantías para desenvolverse en los mercados competitivos. El Estado pasa a ser visto como un agente incómodo que no estaba en capacidad de acompañar la velocidad de los cambios hacia mercados competitivos que permitieran mayor acumulación de capital”, Vizcaíno, *op. cit.*, p. 139.

²¹ En la aprobación de estos artículos se adoptó el sistema de votación secreta. Sobre este punto Manuel José Cepeda expone: “¿Por qué siete votaciones secretas para el tema de la intervención estatal en el espectro electromagnético? ¿Qué estaba en juego? Nada más ni nada menos que el poder económico y político vinculado a los medios de comunicación, lo cual incidirá en quienes se beneficiarían de lo que se ha convertido de hecho en el ‘cuarto poder’ del Estado”. Manuel José Cepeda, *La constituyente por dentro: mitos y realidades*, Bogotá, Presidencia de la República, 1993.

²² Herrán (*op. cit.*) expone: “Allí estaba la obsesión de los grandes grupos económicos, que era simplemente que les autorizaran la privatización de canales. Por otra parte, la obsesión de Acotv e Inravisión era que se protegieran los derechos de los trabajadores. Uno veía allí que había unos intereses muy concretos, se veía que a los grandes grupos, RCN y Caracol, lo que les interesaba era que se introdujera en la Constitución la privatización de canales [...] eso mostró que en el caso de la televisión los intereses del negocio son más determinantes que los intereses de la Nación. La Constituyente demostró qué poderes estaban en realidad detrás de la televisión y, de hecho, el desarrollo de la CNTV demuestra también, [*sic*] que los poderes reales son más fuertes que las utopías y los ideales”. A. Riaño, *Balance de una década, La Comisión Nacional de Televisión (1995-2006)*, Colombia: Friedrich Ebert Stiftung en Colombia-Fescol, 2006.

rar el modelo de televisión vigente y, en particular, la condición de bien escaso del espectro.

La Subcomisión de Libertad de Información y Medios de Comunicación de la Asamblea Constituyente encontró un “consenso en la creación de un ente autónomo rector de las comunicaciones totalmente independiente de las tres ramas del poder público”²³ y de consagración constitucional²⁴. La propuesta se basó en las experiencias de Estados Unidos con la Comisión Federal de Comunicaciones, de Francia con el Consejo Superior Audiovisual, de la NHK en Japón, y en la preocupación por no repetir el caso de “la privatización salvaje de las televisiones públicas en Europa, particularmente el caso italiano”²⁵. El 21 de febrero de 1991 se presentó la propuesta del artículo 23²⁶, la cual ratificaba esta posición²⁷.

No obstante, sin que se expusieran las razones de la decisión el 29 de junio de 1991 en segundo debate en plenaria se adoptó la propuesta sustitutiva presentada por Álvaro Cala, Juan Carlos Esguerra, Rodrigo Lloreda, Alberto Zalameda, Ignacio Molina y el ministro de Gobierno, que limitó las competencias del organismo autónomo sólo al servicio de televisión. En otras palabras, se permitió que la radio, así como una porción del espectro, continuara bajo competencia del Ministerio de Comunicaciones, aun cuando esta situación podía dar lugar a duplicidad de funciones, ineficiencias y pugnas entre los organismos reguladores, como en efecto sucedió.

²³ Subcomisión de Libertad de Información y Medios de Comunicación, *Propuestas de las comisiones preparatorias: Asamblea Constitucional*, Bogotá, Presidencia de la República, 1991, p. 246. “[...] Pero estos organismos reguladores de la televisión y la radio son organismos dependientes del poder ejecutivo y es entonces el gobierno el que finalmente detenta el poder sobre estos medios electrónicos, ya sea para adjudicar las concesiones a los particulares o para intimidar con esta dependencia ciertas informaciones como las que formulan críticas al propio gobierno [...] Esta independencia de los organismos reguladores de la televisión y la radio surge, entonces, como un mecanismo esencial de garantía del derecho a la información”.

²⁴ Entre los factores reales de poder hay uno que cada vez más crece en su capacidad de influir las distintas instancias de la democracia: los medios masivos de comunicación. “[...] Hoy se reconoce categóricamente el valor político de la información. Los medios de comunicación y la información logran una dimensión tal que se convierten en instrumentos principales de control social [...]”, *Ibid.*, p. 244.

²⁵ María Teresa Herrán citada por Riaño, *Balance de una década...*, cit., p. 1.

²⁶ “Artículo 23. Los servicios de radio y televisión son dirigidos y regulados por un organismo estatal autónomo e independiente del gobierno. La ley reglamentará su conformación y funcionamiento, garantizando el acceso democrático a los diferentes grupos sociales y políticos.” Asamblea Nacional Constituyente (1991), *Gaceta Constitucional*, n.º 130, 18 de octubre de 1991.

²⁷ “Lo que pretende es esto señores delegatarios, y es que la radio y sobre todo la televisión no dependan del gobierno como ocurre actualmente. Es decir, el gobierno nombra al director de Inravisión, y el gobierno tiene mucha incidencia en la conformación del Consejo Nacional de Televisión, además tiene a mí [*sic*] modo de ver excesiva representación. Esto se presta a que la televisión esté sujeta de pronto a los caprichos del gobierno de turno.” *Gaceta Constitucional*, n.º 130, p. 66.

Otro tema relevante fue la concentración de los medios de comunicación²⁸. María Mercedes Carranza explicó que todos los delegatorios en la Subcomisión de Libertad de Información y Medios de Comunicación consideraron que la injerencia de intereses económicos ajenos al sector de la información lesionaba el derecho a la información, ya que iban “a poner a funcionar los medios a su disposición, en función de sus propios intereses económicos [...]”²⁹. Por esta razón, la propuesta fue consagrar a nivel constitucional protecciones contra las tendencias monopolísticas y prohibir que las empresas periodísticas que pertenecían a conglomerados económicos accedieran a los servicios de radiodifusión³⁰.

Sin embargo, en segundo debate después de múltiples confusiones y diferencias sobre la calificación de la votación (37 o 48 votos) se aprobó la propuesta sustitutiva que eliminaba del articulado la palabra “concentración” (total 64 votos: 42 positivos, 19 negativos y 3 abstenciones). Ante esta decisión, los delegatarios Iván Marulanda, Horacio Serpa, María Mercedes Carranza y Jaime Ortiz manifestaron su inconformidad y solicitaron que en el acta, pese a que se trataba de una votación secreta, constara su voto negativo.

Como se observa, la consagración constitucional de la CNTV se explica por la desconfianza mutua de los actores³¹ y la necesidad de asegurar sus intereses. En el artículo 75 se eliminó la palabra “concentración” para que los conglomerados económicos siguieran invirtiendo en medios de comunicación. En el artículo 76 se estableció la constitucionalidad de la entidad, pero se tomó la decisión de que el Gobierno eligiera a dos de los cinco comisionados y se dividió la regulación

²⁸ Artículo 22, “[...] Ninguna persona natural o jurídica que en virtud de ley o reglamento sea, se asimile o esté vinculada a conglomerados económicos o financieros puede ser concesionaria de espacios de información o de opinión de radio y televisión. La ley debe poner límites a la concentración de los medios de comunicación en personas naturales o jurídicas [...]”. *Gaceta Constitucional*, n.º 130, p. 33.

²⁹ *Gaceta Constitucional*, n.º 130, p. 64; Los dos casos son los siguientes: “el caso Michelsen con El Espectador, trató de asfixiarlo, retirándole toda la pauta, y le causó un grave perjuicio a El Espectador. Ese es uno de los casos más descarados de mordaza a la libertad de información que hayan hecho los grupos económicos”. El otro caso se presentó entre María Mercedes de Martínez, ministra de Desarrollo del gobierno Barco y Bavaria, por unas declaraciones sobre los precios de la cerveza. A los pocos días la ministra fue citada por el Congreso a debate, su intervención no obtuvo casi cubrimiento, mientras que al día siguiente toda la intervención en su contra fue transmitida por Caracol.

³⁰ *Gaceta Constitucional*, n.º 130.

³¹ Rafael Ballén, *Constitución política de Colombia: antecedentes y comentarios. Constituyente y Constitución del 91*, Bogotá, Jurídica de Colombia, 1991 sostiene que “[...] es un acuerdo, ciertamente, pero sembrado de infinita desconfianza y por lo mismo no es un acuerdo sólido y duradero. Es ni más ni menos, la celopatía, en los principios en [sic] los intereses y en los ideales de los miembros del ente social denominado Colombia”. Subcomisión de Libertad de Información y Medios de Comunicación, p. 279.

del espectro en dos entidades. Por último, en el artículo 77 se garantizó la estabilidad de los trabajadores de Inravisión.

II. La Comisión Nacional de Televisión

En la Ley 182 de 1995 se determinó la creación de la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), agencia reguladora que tenía dos características: consagración constitucional y autonomía. La entidad fue dotada de autonomía presupuestal y administrativa para cumplir las siguientes funciones: investigar, sancionar, fijar tasas, formular planes, promover estudios sobre televisión y, en general, cumplir todas las tareas que le correspondieran como entidad de dirección, regulación y control del servicio público de televisión.

Respecto a los cinco comisionados que integrarían la junta³² se formularon fuertes críticas. Por una parte, no se atendió al carácter técnico que desde la Asamblea Constituyente se promovió para los perfiles de los comisionados, por cuanto se determinó que debían cumplir las mismas calidades que para ser senador. Y, por otra parte, se estableció que el Gobierno reglamentaría los procesos de elección de los comisionados, con lo cual se permitió una injerencia indebida del poder ejecutivo que se empleó para escoger a conveniencia a los comisionados. También se consagró la televisión como un *servicio público* sujeto a la titularidad, la reserva, el control y la regulación del Estado.

En el artículo 2.º se estableció que sus fines eran: “formar, educar, informar veraz y objetivamente y recrear de manera sana”³³. Para algunos críticos, la Ley 182 de 1995 tenía un gran potencial democrático, por cuanto promovía diversos sistemas de televisión (privada, mixta, pública, regional, local y comunitaria). Sin embargo, Omar Rincón declaró que en la práctica “[lo] público fue sólo otro lugar retórico sin consecuencias, propio de los políticos de profesión”³⁴ e hizo fuertes críticas al papel que desempeñó la CNTV al “[reglamentar] a favor de los grupos económicos y de los políticos que apoyaban al gobierno”³⁵.

³² Cinco comisionados: (1) designados por el Gobierno sin necesidad de ratificación de otro órgano; (2) elegidos entre los representantes legales de los canales regionales de televisión; (3) en calidad de representantes de las asociaciones y sindicatos de personas que hacen contenidos de televisión; y (4) asignados por las asociaciones de padres de familia, ligas de televidentes, facultades de educación y de comunicación social. Congreso de la República, Ley 182 del 20 de enero de 1995, en *Diario Oficial*, n.º 41 681, 20 de enero de 1995.

³³ *Ibid.*, artículo 2.º.

³⁴ Omar Rincón, “Formas de actuar y hablar juntos. Políticas culturales de medios de comunicación, televisión regional, local y educativa”, en *Signo y pensamiento*, vol. 17, n.º 32 (1998), p. 48.

³⁵ *Idem.*

Después, la Ley 335 de 1996, además de reducir de cuatro a dos años el periodo de los comisionados, introdujo la televisión privada en Colombia³⁶. Tal y como expone Vizcaíno³⁷, se crearon dos sistemas paralelos: uno que permanecía dentro de la tradición del sistema mixto, canales públicos y regionales, y otro, dentro del privado, donde además de los canales privados, RCN y Caracol, se encuentran los canales zonales de televisión por suscripción, la televisión satelital, entre otros. En el sistema público se controlaba el tiempo de emisión de los programas, había fragmentación de la programación y el Estado continuaba subsidiando su operación. Por su parte, en el sistema privado se impuso la autorregulación, la competencia del mercado y el autosostenimiento de los canales.

Se demandaron disposiciones de la Ley 335 de 1996 ante la Corte Constitucional y se declararon exequibles en la Sentencia C-350 de 1997. Sin embargo, se presentaron cuatro salvamentos de voto respecto a tres temas.

En primer lugar, al artículo que autorizó al ministro de Comunicaciones a asistir a las sesiones de la Junta Directiva de la Comisión con voz, pero sin voto. La mayoría de los magistrados consideró que esta disposición era constitucional y acorde con el principio de coordinación (artículo 209 C) y colaboración armónica de las ramas (artículo 113). Sin embargo, José Gregorio Hernández, Eduardo Cifuentes y Vladimiro Naranjo advirtieron en sus salvamentos de voto que esta disposición restringía la autonomía e independencia de la entidad.

El segundo tema fue el trato diferenciado que estableció la ley para los concesionarios de canales públicos y canales privados. La duración del contrato para los concesionarios de los canales privados se estableció en diez años con posibilidad de prórroga, mientras para los concesionarios de los canales públicos se fijó en seis años, y se prohibió su prórroga³⁸. La Corte Constitucional señaló que los supuestos de hecho que sustentaban el contrato eran diferentes y que por esta razón se justificaba un trato diferenciado para los concesionarios. Frente a esta decisión se presentaron cuatro salvamentos de voto que argumentaron

³⁶ Congreso de la República, Ley 335 del 20 de diciembre de 1996, en *Diario Oficial*, n.º 42946, 24 de diciembre de 1996, y la Ley 182 fueron modificadas mediante el Congreso de la República, Ley 506 del 28 de julio de 1999, en *Diario Oficial*, n.º 43652, 2 de agosto de 1999; Congreso de la República, Ley 680 del 8 de agosto del 2001, en *Diario Oficial*, n.º 44516, 11 de agosto del 2001; Congreso de la República, Ley 812 del 26 de junio del 2003, en *Diario Oficial*, n.º 45231, 27 de junio del 2003; Congreso de la República, Ley 1098 del 8 de noviembre del 2006, en *Diario Oficial*, n.º 46446, 8 de noviembre del 2006; Congreso de la República, Ley 1151 del 24 de julio del 2007, en *Diario Oficial*, n.º 46700, 25 de julio del 2007.

³⁷ Vizcaíno, *op. cit.*

³⁸ Ley 335, artículo 10.º.

que el trato desigual era injustificado y podía representar una seria amenaza para la competencia y el pluralismo informativo³⁹.

Por último, respecto a Señal Colombia se decidió que la norma que otorgaba a Inravisión la facultad de determinar la programación del canal era constitucional. No obstante, José Gregorio Hernández advirtió que esto significaba dejar en manos del Ejecutivo la potestad de programación y convertir un canal de televisión en instrumento de propaganda del Gobierno.

Tal y como se verá a continuación, todas las preocupaciones que manifestaron los magistrados tuvieron concreción en la práctica. Estas normas crearon reglas de juego que hicieron poco competitivos a los operadores de los canales públicos frente a los canales privados.

El cambio más importante se presentó en 1997 con la incorporación de dos canales privados que la CNTV adjudicó a Caracol TV del grupo Santodomingo y a RCN TV de la organización Ardila Lulle S. A., y que iniciaron operaciones en el primer semestre de 1998. La pauta publicitaria y la audiencia migraron rápido a estos canales en detrimento de los canales públicos⁴⁰, lo que originó una profunda crisis para las programadoras que operaban en esas franjas: Tevecine, Punch, JES y Cenpro desaparecieron en el año 2000⁴¹. Por esta razón, la CNTV tuvo que asumir gran parte de los costos de operación de los canales públicos y transformó el Canal A en Señal Colombia Institucional.

Respecto al pluralismo existen opiniones divergentes. Para algunos, antes de la entrada en operación de los canales privados —pese a que los noticieros se asignaban con claros criterios políticos— existía más diversidad. Tal es el caso de los noticieros: mientras en 1995 Colombia tenía 14 noticieros, hoy sólo hay dos que concentran la audiencia. Por otra parte, en los informes de la CNTV se

³⁹ Salvamentos de voto de José Gregorio Hernández, Hernando Herrera, Eduardo Cifuentes y Vladimiro Naranjo a la Sentencia C-350 de 1997.

⁴⁰ Germán Rey explica que la migración de la audiencia se produjo porque “los canales privados poseen importantes posibilidades de inversión puesto que son propiedad de poderosos grupos económicos, han construido programaciones mucho más integrales que los canales públicos abocados a la fragmentación de espacios, sus franjas y sus compañías de producción, [*sic*] tienen mayor capacidad de reacción a las demandas de las audiencias, poseen una tradición reconocida en el medio y mantienen sistemas de comercialización mucho más consistentes y agresivos”. Rey, “La televisión en Colombia”, *ibid.*, p.132.

⁴¹ Más adelante, el Gobierno, a través del Decreto 3550 del 28 de octubre del 2004 (en *Diario Oficial*, n.º 45715, 28 de octubre del 2004), ordenó la liquidación de Inravisión y Audiovisuales con el objetivo de disminuir gastos en operación y, en su lugar, creó Radio Televisión de Colombia (RTVC), entidad que tiene la principal función de programar, producir y emitir los canales públicos Señal Colombia, Canal Institucional y Canal 1.

afirma que en la actualidad hay mayor pluralidad porque existen 830 operadores de televisión, televisión comunitaria y canales regionales y locales.

A. Presiones económicas: canales y operadores privados

Para mostrar los intereses en juego en la regulación de los medios de comunicación, y de la televisión en particular, no existe un mejor ejemplo que la adjudicación del tercer canal en el año 2009. Los canales privados, RCN y Caracol, fueron los ganadores en este proceso fallido, pues además de lograr mantener su posición oligopólica en el mercado al frustrar la entrada de un tercer canal, pagaron una suma mucho menor por la prórroga de las licencias de televisión, circunstancia que se buscó revertir por medio de tribunales de arbitramento⁴². La principal estrategia de los grupos económicos fue deslegitimar el proceso por medio de los medios de comunicación⁴³ y entorpecerlo con recursos judiciales interpuestos por abogados de renombre⁴⁴.

En la adjudicación del tercer canal, como advierte Rincón⁴⁵, salió a flote una lucha por el dinero y el control político. En esta contienda sólo permaneció el consorcio Canal 3, conformado por Editorial Planeta, Casa Editorial El Tiempo y RTI, dado que los otros proponentes, Cisneros y Prisa, se retiraron del proceso alegando falta de garantías. A pesar de que la CNTV planeaba entregar

⁴² El valor de las prórrogas que ascendía a 523 734 millones de pesos se dividió en tres operadores, previendo la entrada del tercer canal y así se ha mantenido, pese a que esta condición no se hizo efectiva. Sin embargo, un laudo reciente condenó a RCN y Caracol a pagar al Estado 32 000 millones de pesos cada uno por la falta de un tercer canal.

⁴³ Aún hoy la nueva entidad para la televisión, la ANTV, tiene problemas para que una banca de inversión defina cuánto puede valer el tercer canal, pues se sostiene que el principal temor son los riesgos reputacionales por hacerle oposición a Caracol y RCN que quieren evitar la competencia. Juan Esteban Lewin, “Todo está listo para el Tercer Canal pero no hay banca de inversión que se le mida”, en *La Silla Vacía*, 17 de enero del 2013. Disponible en [http://www.lasillavacia.com/historia/todo-esta-listo-para-el-tercer-canal-pero-no-hay-banca-de-inversion-que-se-le-mida-40982]; Sobre el uso indebido que los canales RCN y Caracol hacen de los noticieros y periódicos para deslegitimar el proceso del tercer canal, véase Cristina Vélez Vieira, “Todas las formas de lucha contra el tercer canal”, en *La Silla Vacía*, 1.º de julio del 2010. Disponible en [http://www.lasillavacia.com/historia/16389] y Omar Rincón, “El tercer canal, el más influyente”, en *El Tiempo*, 21 de diciembre del 2009. Disponible en [http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3771351] en el que se menciona que RCN y Caracol, además del presidente, han sido los grandes beneficiados y “han convertido en nota diaria la asignación del canal y cada noche salen en RCN los directivos y abogados de Caracol y al revés”.

⁴⁴ Los abogados que representaron a los canales fueron Jaime Lombana y Néstor Humberto Martínez. “Desde [el] 2008, acciones de cumplimiento, tutelas, acciones populares y cientos de derechos de petición han sido interpuestos contra los miembros de la CNTV, que han tenido que dedicar una buena parte de su tiempo a responderlos en perjuicio de su otra función, que es velar por el buen contenido televisivo. Fuera de las cientos de objeciones que los canales, representados por Martínez, presentaron a los pre pliegos de la concesión, Lombana ha anunciado varias denuncias penales contra los miembros de las CNTV.” Vélez, *op. cit.*

⁴⁵ Rincón, “El tercer canal...”, *cit.*

el tercer canal al grupo Planeta, una sentencia del Consejo de Estado ordenó la suspensión del proceso y, después, su nulidad⁴⁶.

Otro enfrentamiento entre la CNTV y los canales privados se originó por las condiciones de las prórrogas. Para modificar las condiciones previstas en los contratos de concesión, la CNTV contrató estudios que recomendaron adoptar dos componentes en la contraprestación: uno fijo (82 millones de dólares) y uno variable que correspondería a un porcentaje de los ingresos brutos de los canales. Esta propuesta no fue bien recibida por los operadores privados ni por el presidente del momento, Álvaro Uribe, y ante las presiones la CNTV permitió que los contratos se prorrogaran en las mismas condiciones desfavorables. De esta manera, el Estado continuó asumiendo todos los riesgos derivados del comportamiento de la economía y de la disminución de la pauta publicitaria.

Como consecuencia, la CNTV se ha enfrentado en los tribunales de arbitramento a estos grupos económicos, sin éxito. En el 2001, Caracol y RCN demandaron a la CNTV para obtener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Su argumento principal fue la crisis económica del año 1999 que disminuyó la pauta publicitaria y, por ende, sus ingresos. Al respecto, el tribunal arbitral consideró que los contratos de concesión son conmutativos y que por ello la CNTV debía asumir este riesgo, esto es, la diferencia entre las proyecciones sobre el comportamiento del producto interno bruto y la inversión neta publicitaria en televisión estimadas al fijar la contraprestación y el comportamiento real de estas variables. El tribunal ordenó a la CNTV pagar 12 174 millones de pesos a cada uno de los operadores⁴⁷.

Con una estrategia similar los dos canales privados demandaron en el 2004 y de nuevo se dispuso el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, que otra vez se consideró quebrantado por la grave crisis económica de 1999^[48]. En el 2008, los canales privados intentaron obtener el mismo resultado pero en esta oportunidad el tribunal consideró que el daño no estaba probado⁴⁹. Después, en el año 2009, RCN y Caracol demandaron a la CNTV esgrimiendo otra causal: *aplicación indebida de las normas que regulan el cobro de frecuencias radioeléctricas*.

⁴⁶ Consejo de Estado, radicación n.º 11001-03-26-000-2010-0036-01, sentencia del 14 de febrero del 2012.

⁴⁷ Laudo arbitral, Caracol Televisión S. A. vs. CNTV, 26 de noviembre del 2001.

⁴⁸ Laudo arbitral, RCN Televisión vs. CNTV, 10 de noviembre del 2004.

⁴⁹ Laudo arbitral (2008), Caracol Televisión contra CNTV, frente al cual se interpuso recurso de anulación que fue declarado infundado por el Consejo de Estado en la sentencia del 23 de abril del 2009, expediente 35484.

Los fallos se resolvieron en el 2011 a favor de las empresas⁵⁰, y la CNTV debió pagar a Caracol Televisión 13607 millones de pesos y a RCN 13980 millones⁵¹.

Como se observa, la CNTV reflejó una gran debilidad institucional ante los canales privados, circunstancia que reforzó las críticas por su falta de independencia y la posición de quienes apoyaban su eliminación. Sin embargo, esta falta de independencia no se presentó sólo respecto a las empresas reguladas, también el Gobierno tuvo una influencia decisiva en el debilitamiento del organismo regulador. En algunos casos, incluso, resulta difícil diferenciar los intereses del Gobierno de los de los canales privados⁵².

B. Presiones políticas: Gobierno y Congreso

Como se ha dicho, la influencia del Gobierno en algunas decisiones que tomaba la CNTV era determinante, como en las adjudicaciones del tercer canal, las prórrogas de concesiones y el escaso control de publicidad en las campañas presidenciales. Sin embargo, en temas como la administración del espectro y el control por las frecuencias liberadas y sus recursos (dividendo digital) se generaron fuertes confrontaciones entre la CNTV y el Gobierno.

Las batallas que libró la CNTV para mantenerse, al contrario de afianzar su legitimidad, hicieron más vulnerable su autonomía e independencia. Incluso en artículos periodísticos de la época se hicieron denuncias sobre los familiares de congresistas que trabajaban en la CNTV y los recursos que se dilapidaban en burocracia inoficiosa⁵³. Ocho fueron las iniciativas de eliminación que se presen-

⁵⁰ Laudo arbitral, RCN Televisión S. A. vs. CNTV, 5 de abril del 2011.

⁵¹ Edgar González López y Luz Mónica Zapata Herrera, *Análisis de laudos arbitrales en derecho de las telecomunicaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, 2012.

⁵² La relación entre medios y Estado en Colombia se ha establecido en los siguientes términos: “El gobierno y los medios de comunicación trabajan como aliados por el mismo proyecto de hegemonía política de mercado y privilegio para los más ricos”, Margarita Martínez, “Espionaje, presiones e intimidaciones al relato periodístico”, en Omar Rincón (ed.), *¿Por qué nos odian tanto? Estados y medio de comunicación en América Latina*, Bogotá, Centro de Competencia en Comunicación para América Latina, Friedrich Ebert Stiftung, 2010, pp. 165-182; en el artículo se denuncia, con fundamento en una investigación de Fabio López, que “[e]l contenido de los principales informativos de televisión de los canales privados suele ser bastante homogéneo y progubernamental, lo que no le da opción al consumidor de obtener información noticiosa alternativa a través de la televisión”. Miguel García Sánchez y Laura Wills Otero, “El poder de la televisión: medios de comunicación y aprobación presidencial en Colombia”, en Angelika Rettberg y Omar Rincón (eds.), *Medios, democracia y poder*, Bogotá, Uniandes, 2011, p. 143.

⁵³ En el año 2000 Germán Vargas presentó un proyecto de ley para eliminar el carácter constitucional de la CNTV, sus principales argumentos fueron que “la Comisión tiene una planta de personal cercana a 150 funcionarios, muchos de los cuales son nombrados y removidos al capricho de los comisionados de turno, pues al tener un régimen especial, equivalente al del Banco de la República, no se ha reglamentado la carrera administrativa. Al insistir la necesidad [sic] de que se elimine

taron con anterioridad a su reforma, impulsadas principalmente por Germán Vargas Lleras, quien primero desde el Legislativo y después desde el Gobierno fue uno de los grandes contradictores de la CNTV.

En la investigación *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009* se determinó que el Gobierno tuvo la posibilidad de reglamentar los procesos de elección, lo que permitía que los gobiernos, en general, y el presidente Uribe, en particular, influyeran en la composición de la junta directiva y consolidaran mayorías en la institución⁵⁴. Al respecto se afirma:

[...] La carta dejó a la ley la determinación del mecanismo para elegir a los dos miembros restantes, la duración de los periodos y las calidades para pertenecer a la junta directiva (art. 77). El Congreso, en desarrollo de esta autorización constitucional, expidió dos leyes que han tenido al menos cuatro limitaciones importantes: (1) no establecieron requisitos especiales para acceder a la institución (facilitando la llegada de personas que desconocen los medios de comunicación); (2) el periodo para el ejercicio del cargo (dos años) es muy corto, dificulta la continuidad de las políticas en el manejo de la televisión y aumenta las posibilidades de influencia de los sectores políticos; (3) no determinaron con claridad el procedimiento para elegir a los comisionados no designados por el gobierno; (4) le otorgaron al gobierno un poder de regulación excesivo de los procedimientos en estas elecciones.

De lo anterior se deduce que la CNTV no sólo estuvo comprometida por intereses particulares, sino también que el Gobierno y el poder legislativo ejercieron gran influencia sobre la entidad. De hecho, el Gobierno redefinió las reglas de manera constante⁵⁵, amparado en la facultad conferida por la Ley 182 de 1995

la Comisión de Televisión, Vargas cuestionó que la planta de personal tuviera un presupuesto de funcionamiento para el año 99 de 16636 millones de pesos, lo que da un promedio per cápita de 67,1 millones de pesos y que además de los sueldos básicos, cuentan con 4 salarios mensuales como primas semestrales”. Nullvalue, “Denuncian burocracia inoficiosa en la CNTV”, en *El Tiempo*, 26 de abril del 2000. Disponible en [http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1233915].

⁵⁴ Catalina Vargas Silva, “La Comisión Nacional de Televisión: entre inútil y cooptada”, en Mauricio García-Villegas y Javier E. Revelo Rebolledo (eds.), *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*, Bogotá, Dejusticia, 2009, p. 202.

⁵⁵ Por ejemplo, en la elección de un representante de las ligas y asociaciones de los profesionales de la televisión, el gobierno nacional expidió: Ministerio de Comunicaciones, Decreto 4850 del 30 de diciembre del 2008 (en *Diario Oficial*, n.º 47218, 30 de diciembre del 2008), en el cual se prohibía la participación de asociaciones con menos de 50 miembros; sin embargo, en Colombia ninguna de las asociaciones contaba con más de 50 miembros. También se exigía que las asociaciones que se inscribieran para participar en la elección se hubieran constituido tres años antes, pero para algunas elecciones participaron asociaciones creadas un día antes de la inscripción. Además, se asignaron valores diferenciados a los votos de los representantes de las asociaciones, para la elección de los comisionados.

de reglamentar las elecciones. Sobre este punto se afirma que los comisionados elegidos “[llegaron] por sus relaciones políticas más que por su saber sobre el medio, por sus componendas burocráticas más que por sus proyectos”⁵⁶. Estas circunstancias, sumadas a la posición pasiva y apática de la sociedad civil⁵⁷ que no se sintió representada en este organismo, generaron una crisis de legitimidad de la CNTV.

Así mismo existe una visión compartida de que la televisión pública no es independiente del poder de turno. Un ejemplo es el de los consejos comunales promovidos por el expresidente Álvaro Uribe, que fueron 306 en total y se transmitieron, en la mayoría de los casos, por Señal Colombia⁵⁸, incluso en época de elecciones. En el 2006, la CNTV tomó una decisión respecto a la transmisión de estos consejos por medio de operadores de cable, en vigencia de la Ley de Garantías Electorales. En este caso, la CNTV manifestó que los operadores, al ser empresas privadas, decidían de manera autónoma sobre la programación y que la facultad sancionatoria era potestad del Consejo Nacional Electoral.

A pesar de lo anterior, cuando se trataba de delimitar competencias, las afinidades de la CNTV con el poder político se quebrantaban y surgían fuertes enfrentamientos con el Gobierno. Con el argumento de brindar a la industria de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) un marco normativo convergente, el Ministerio de TIC expidió decretos e impulsó reformas legales que le asignaban competencias de la CNTV a la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) sin atender a la diferenciación del servicio de televisión y las

⁵⁶ Al respecto, Rincón expone que los comisionados en representación del gobierno fueron impuestos y no se usó como criterio que conocieran sobre televisión; en los canales regionales se escogió una persona que no trabajaba en la televisión regional; y las academias y televidentes se quedaron sin representante, dado que ganó el representante de los padres de familia. También, advierte que los elegidos desconocían la dinámica de la televisión y aunque fueron elegidos por medios legales, expone el caso del comisionado Plazas, elegido por asociaciones (cinco de productores, dos de directores y uno de periodistas) creadas en una misma semana con pocos miembros asociados y en las cuales se encuentran personas relacionadas entre sí por vínculos familiares. Omar Rincón, “La CNTV: del sueño a la pesadilla... y de vuelta a la esperanza”, en María Teresa Herrán; Patricia Téllez y Omar Rincón, *CNTV: ¿y la participación ciudadana?*, Bogotá, Cuadernos Ocasionales, Pontificia Universidad Javeriana, n.º 3 (2000), pp. 39-47.

⁵⁷ Edna Bonilla Sebá y Jorge Iván González, *Regulación y concesiones en la televisión colombiana: destellos y sombras*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2004. “En el caso colombiano observamos con preocupación que la sociedad tiene poca aversión al monopolio y a la concentración que se está presentando no sólo en la televisión abierta, sino también en la televisión cerrada. Tampoco parece existir mayor inquietud por la confluencia entre la propiedad de los medios y de las empresas. El tema no llama la atención de la opinión pública. Y este ambiente apático se convierte en un límite intrínseco a la capacidad reguladora de la CNTV.”

⁵⁸ La ley otorgó la función de programar, producir y emitir los canales públicos (Señal Colombia, Canal Institucional y Canal 1) a Inravisión y después en el año 2004 a Radio Televisión de Colombia (RTVC).

competencias radicadas en la CNTV. La Corte Constitucional decidió estas confrontaciones a favor de la CNTV⁵⁹, con lo cual el Gobierno perdió, al igual que los operadores de televisión satelital y cable que esperaban que la CRC asumiera esta función.

El numeral 4 del artículo 22 de la Ley 1341 del 2009 es un ejemplo que ilustra lo anterior. A través de esta ley se asignó a la CRC la facultad de regular el acceso y el uso de todas las redes, y el acceso a los mercados de los servicios de telecomunicaciones con excepción de las redes destinadas a los servicios de televisión radiodifundida y radiodifusión sonora. Esto quiere decir que se le asignó la competencia para regular y controlar el servicio de televisión de los operadores que transmitían a través de las redes de internet, cable o fibra óptica de una red IP, como los operadores de televisión por suscripción. Como se observa, esta norma transgredía las competencias radicadas en la CNTV, pero la consecuencia más importante se presentaría cuando los servicios de televisión radiodifundida adoptaran el estándar de televisión digital, ya que con el tiempo toda la regulación de redes y el acceso a los mercados estarían a cargo de la CRC.

Esta norma se demandó ante la Corte Constitucional, la cual en la Sentencia C-403 del 2010 declaró la inconstitucionalidad del aparte —radiodifundida— y reivindicó las competencias de la CNTV, aclarando que en los casos en que una misma red sirviera para la prestación de varios servicios de telecomunicaciones la competencia de cada una de las entidades reguladoras se referiría sólo al servicio y a la tecnología que la ley les hubiera asignado. En definitiva, la Corte determinó que la CNTV tenía la competencia exclusiva para regular el servicio de televisión sin atención a la tecnología de transmisión utilizada.

Los anteriores intentos frustrados del Gobierno por controlar la regulación de redes y el acceso al mercado, sumados al fuerte incentivo que tenía para asumir estas competencias (dividendo digital⁶⁰) con el fin de regular, asignar estas frecuencias liberadas y más importante aún administrar sus recursos, impulsó y aceleró el proyecto de eliminación de la CNTV.

⁵⁹ Al respecto pueden consultarse las siguientes sentencias: Corte Constitucional, Sentencia C-570 del 14 de julio del 2010 y Corte Constitucional, Sentencia C-410 del 7 de abril del 2010.

⁶⁰ Aquí conviene detenerse un momento a fin de explicar en qué consiste el dividendo digital: gracias a los adelantos tecnológicos y, en particular, a la televisión digital se genera una ganancia espectral (frecuencias liberadas) que tiene gran demanda de diversos usuarios; servicio móvil (IMT), internet, etc., entre otros. Esta ganancia, tal y como estaba previsto en el arreglo institucional, le correspondería administrarla a la CNTV, situación que agudizó las diferencias con el Ministerio de TIC dado que estaba en juego quién tendría competencia.

C. Sociedad civil: participación ciudadana y televisión pública

En la práctica, la participación y la influencia de la sociedad civil fue mínima, lo que se refleja más en las asociaciones de papel⁶¹ creadas para elegir a una persona en particular⁶². En palabras del comisionado Fernando Álvarez, elegido por las asociaciones profesionales y sindicales de actores, el problema de la representación ciudadana se origina porque

los gremios no están organizados, entonces ¿qué es lo que esta situación permite? [Q]ue existan unas maquinitas electoreras que se llaman asociaciones para participar en estas elecciones, que son lo más perverso en el mundo. Yo por ejemplo, soy resultado de esto, pero no soy orgullosamente resultado de eso⁶³.

Asimismo, persisten dudas sobre la conveniencia y sostenibilidad⁶⁴ del sistema de televisión en Colombia⁶⁵, en particular del servicio de televisión pública. La baja sintonía de los canales públicos y regionales⁶⁶, sumada a su baja calidad,

⁶¹ Omar Rincón relata cómo operaban estas asociaciones de papel: “En el caso de los periodistas ha sido todavía peor, nosotros hemos intentado proponer a Yances una vez, perdimos dos veces con Plazas. Íbamos con el CPB, desprestigiado lo que fuera y con cuatro o cinco asociaciones que en sí mismas reclutaban a 1000 periodistas; pues Plazas armó una asociación de periodistas del espectáculo en Neiva, otra de deportes en Barranca, otra en Chinchiná, el CPB valía con 1000 afiliados, [sic] lo mismo que una de los tres afiliados, y la mayoría de estas asociaciones, se constituyeron para elegirlo a él”. Omar Rincón citado por Riaño, *op. cit.*

⁶² Sobre este punto Eduardo Noriega expresó: “Hay una circunstancia que es bastante indicativa del problema y es que el Ministerio de Comunicaciones es el que tiene la posibilidad de reglamentar el proceso de selección de los comisionados y cada vez que a un comisionado se le vence un periodo, cambia la reglamentación”. Eduardo Noriega citado por Riaño, *op. cit.*

⁶³ Fernando Álvarez citado por Riaño, *op. cit.*

⁶⁴ *Ibid.*, p. 10. “La Comisión Nacional de Televisión presentó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público una proyección de ingresos y gastos de la CNTV de 2009 a 2018, en la cual se observa un déficit en el citado periodo, por valor aproximado de \$ 389 456,2 millones de pesos de 1999, al incluir el valor del cálculo actuarial [sic].”

⁶⁵ De acuerdo al modelo de negocios la televisión en Colombia se divide en televisión abierta y cerrada. La característica principal de la televisión abierta es su gratuidad, así existen canales privados y públicos. Los primeros se financian con ingresos que provienen de la publicidad, mientras la principal fuente de financiamiento de los segundos es el Estado y en particular los recursos que se obtienen por el pago de los canales privados y operadores de televisión cerrada. Esto nos lleva a la televisión cerrada que como su nombre lo indica es restringida y es sólo para aquellos que pueden pagar el servicio.

⁶⁶ Contraloría General de la República, *Impacto de la inversión estatal en la televisión pública. Nivel Nacional, Regional y Comunitario*, Contraloría General de la República, 2010, p. 7. Consultado en [http://www.contraloriagen.gov.co/c/document_library/get_file?p_l_id=25611&folderId=15848373&name=DLFE-21152.pdf]. “La Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) enero-marzo 2009, realizada por el Departamento Nacional de Estadística (DANE) para la CNTV, ante la pregunta ‘En los últimos 30 días cuáles de los siguientes canales de televisión ha visto [...]’, reporta en la página 38 los siguientes resultados: Privados nacionales, 80,6%; City TV, 6,1%; Canal 1, 5,4%; Teleantioquia, 3,9%; Nacionales Públicos (Señal Colombia Educativa y Cultural, y Canal Institucional), 3,7%; Telepacífico, 3,6%; Canal Capital, 2,3%; Telecaribe, 2,0%; TVAndina Canal 13, 1,5%; Señal Institucional, 1,4%; Telecafé, 0,9%; TRO, 0,5%; y Teleislas, 0,1 %.”

genera dudas sobre si los recursos se están aprovechando de forma eficiente. Incluso surge el interrogante de qué propósito tiene subsidiar con recursos públicos una televisión pública que no se ve⁶⁷, recursos que podrían dirigirse a áreas más necesitadas como la salud o la educación.

En suma, este modelo paralelo favorece tanto al poder político, que en algunos casos ha usado la televisión “pública” en beneficio propio, como a los canales privados que, además de no tener competencia con los canales públicos, se excusan en su carácter de televisión comercial y en la existencia de la televisión pública para exonerarse de la regulación en contenidos. Además, los pagos que realizan los canales privados se han impuesto como una barrera para limitar el ingreso de nuevos competidores.

III. Eliminación de la CNTV

A. ¿Una respuesta a los cambios tecnológicos?

El gobierno del presidente Juan Manuel Santos impulsó el proyecto del Acto Legislativo 011 del 2010 (Senado) y 118 del 2010 (Cámara) para derogar el artículo 76, es decir, eliminar el organismo autónomo regulador de la televisión. El argumento central fue la necesidad de un regulador convergente⁶⁸. El gobierno sostuvo que si bien en el pasado la televisión, el celular, la telefonía fija y la internet iban por rutas distintas, hoy, al existir una convergencia de todos y

⁶⁷ Contraloría General de la República, pp. 8 y 9. “Desde el inicio de sus funciones en 1996 hasta el 2008, la CNTV ha percibido \$2.2 billones de pesos del 2008, de los cuales 27 % son de la TV privada nacional, 21 % por concesión de espacios, 18 % por televisión por suscripción cableada, 5 % por TV satelital, 2 % de TV local, 0.3 % por TV comunitaria y 27 % por otros conceptos” de los cuales los egresos han sido “alrededor de \$20 768 billones de pesos de 2008, [sic] o sea, el 94,4 % de los ingresos distribuidos así: 15,2 % CNTV, de los cuales, 12,8 % corresponden a funcionamiento, 1,9 % a inversión y 0,5 % a servicio de la deuda, lo cual significa que la CNTV ha tenido un promedio de presupuesto de funcionamiento de \$25,6 mil millones; 3,3 % de egresos para cubrir los laudos arbitrales a favor de RCN, Caracol y otros operadores (\$71,7 mil millones); el 75,91 % restante (\$1,7 billones) ha sido transferido a los operadores públicos de televisión nacional y regionales, y se ha invertido en la red pública de televisión y en las mesadas pensionales de los ex trabajadores de Inravisión.”

⁶⁸ La convergencia se define como la posibilidad de tener acceso a cualquier tipo de información, contenido, imágenes y sonido al mismo tiempo e indistintamente con un mismo medio informático o de telecomunicaciones. Arango Adriana, “Retos que impone la convergencia a las entidades reguladoras y a la regulación”, en Gecti, *Derecho de las telecomunicaciones*, Bogotá, Uniandes y Temis, 2008, p. 239; Las dos nociones más usadas de *convergencia* son: “b) entre servicios: los mismos servicios, aplicaciones y contenidos proporcionados mediante diferentes redes (triple play-cuadruple play); c) entre redes: una misma red que soporta diferentes servicios”, Marcio Wohlers y Martha García-Murillo (eds.), *EnREDos Regulación y estrategias corporativas frente a la convergencia tecnológica*, Bogotá, CEPAL, 2009, p. 4.

al estar repartidas las responsabilidades en diferentes organismos, era necesaria una entidad que regulara, ordenara y controlara todo el sistema⁶⁹.

Si bien la decisión de eliminar la CNTV dependía del Congreso, el gobierno, a través de los ministros del Interior y de las TIC, ejerció gran influencia en el trámite de la reforma. El ministro de las TIC se concentró en el argumento tecnológico (convergencia) y llamó la atención sobre el hecho de que el mundo había cambiado, en particular con internet, que los adolescentes ya no veían televisión y que el espectro se estaba usando para cosas que tenían menor valor para la sociedad⁷⁰. El ministro del Interior sostuvo que el gobierno tuvo presencia en la dirección de la entidad a través de dos delegados y que intervino en la designación de otros, es decir, que ejerció un control directo sobre la comisión pero no respondía en términos políticos⁷¹.

En el Congreso, aunque existía apoyo mayoritario al proyecto del gobierno, se identificaron dos posiciones: los que defendían la propuesta del gobierno, como Juan Fernando Cristo, Iván Moreno y Orlando Velandia, al poner énfasis en el fenómeno de la convergencia, burocratización, corrupción, ineficiencia y altos costos de la CNTV; y la oposición, representada por Navas Talero y Wilson Arias, miembros del Polo Democrático, que abogaba por reformar antes de eliminar. Sus argumentos se concentraban en la intención del constituyente de 1991, en la observancia de los principios de autonomía e independencia y en la televisión como servicio público.

Los operadores de cable y televisión satelital apoyaron la eliminación de la CNTV. Con un nuevo regulador estos operadores esperaban que sus servicios de televisión de cable y satelital recibieran el mismo tratamiento de regulación que otros servicios de telecomunicaciones. De adoptarse esta medida, los operadores obtendrían una reducción del valor a pagar como contraprestación económica del 7 % al 3 %. Aunado a lo anterior, estaban interesados en las bandas de frecuencia liberadas por el tránsito de la televisión de analógica a digital y buscaban asegurar que las frecuencias liberadas se destinaran a servicios de telecomunicaciones. Este interés se hace evidente en la tabla 1, donde se muestra que los operadores de cable y de televisión satelital están integrados de manera vertical con otros medios de telecomunicaciones.

⁶⁹ Senado y Cámara, *Gaceta del Congreso*, n.º 349, 31 de mayo del 2011, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.

⁷⁰ Senado y Cámara, *Gaceta del Congreso*, n.º 730, 28 de septiembre del 2011, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.

⁷¹ Comisión Primera Constitucional Permanente, acta n.º 63 del miércoles 18 de mayo del 2011.

Tabla 1. Participación en el mercado de internet dedicado, internet móvil, telefonía móvil

Servicio	Operador	Participación
Internet dedicado	– Colombia Telecomunicaciones S. A. E. S. P. (Movistar) – Unitel S. A. Empresa de servicios públicos, Unitel. S. A. E. S. P. – UNE EPM Telecomunicaciones S. A.	– 48,12% – 38,03% – 10,15%
Internet móvil	– Telefónica Móviles de Colombia (Movistar) – Colombia Móvil S. A. E. S. P. (Tigo) – Comunicación Celular S. A. Comcel S. A. – UNE EPM Telecomunicaciones S. A. (UFF) – Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, D. C. S. A. E. S. P. (ETB) – Avantel S. A. S.	– 2,53% – 1,33% – 1,22% – 0,19% – 0,08% – 0,03%
Telefonía móvil	– Comunicación Celular S. A. Comcel S. A. (Claro) – Telefónica Móviles Colombia S. A. (Movistar) – Colombia Móvil S. A. E. S. P. (Tigo) – UFF Móvil S. A. S.	– 66,49% – 21,56% – 11,95% – 0,36%
Televisión por cable	– Telmex Hogar S. A. (Claro) – EMP Telecomunicaciones S. A. E. S. P. – Directv Ltda. – Colombia Telecomunicaciones S. A. E. S. P. (Movistar) – Otros	– 46,7% – 36,9% – 11,3% – 6,3% – 8,8%

Fuente: Lilian Chamorro y Ariel Barbosa, *Espectro abierto para el desarrollo. Estudio de caso: Colombia*, Asociación para el Progreso de las Comunicaciones (APC), 2011; y Latin American Multichannel Advertising Council, *Distribución por cable operador*, Lamac, 2012. Consultado en [<http://www.lamac.org/colombia/metricas/distribucion-por-cable-operador>].

Los canales privados no estaban de acuerdo con la eliminación de la CNTV. Estos concentran más del 80% de la audiencia y la pauta publicitaria, y esta situación podía alterarse si la competencia se atribuía al gobierno, pues existía la posibilidad de que la televisión se asimilara a otros servicios de telecomunicaciones e ingresaran nuevos competidores por el régimen de habilitación general.

El otro interés de los canales se enfocaba en la regulación de contenidos. La CNTV había adoptado un modelo de regulación con sentido económico de acuerdo al cual los contenidos no se regulaban, pero algunos congresistas exigían que esta función se llevara a cabo⁷², por lo que en la propuesta del gobierno se planteaba un organismo para regular contenidos.

⁷² Además, para algunos, que la CNTV no regulara contenidos y que no existiera una norma que prohibiera a los canales hacer cambios en las parrillas era signo de su ineficiencia, así se planteaban preguntas como: ¿qué es lo que regulan?, ¿qué es lo que hacen?, ¿qué contenidos controlan?, ¿cuál se está haciendo eficaz, respecto del televidente?, Cámara de representantes, acta n.º 25, p. 41.

Después de dos vueltas y ocho debates, el 1.º de junio del 2011 se aprobó el proyecto de ley que eliminó la CNTV con 87 votos a favor, 3 en contra y 74 abstenciones (sancionado como Acto Legislativo 2.º del 2011). Todos los votos de los congresistas se alinearon a su partido, pero se presentó un fuerte abstencionismo que reveló inconformidad con la postura asumida y, en algunos casos, los congresistas manifestaron no compartir dicha decisión⁷³. Como se observa, la Ley de Bancadas desempeñó un papel preponderante.

Precisamente, una característica de este proceso legislativo es que aunque se realizaron ocho debates, en realidad no hubo una discusión de fondo. Los ponentes del proyecto y el gobierno explicaron que la discusión sobre el futuro de la televisión se daría en la Comisión Sexta del Senado una vez se eliminara el rango constitucional de la CNTV. Esta estrategia permitió cerrar la discusión y presentar la reforma como un simple trámite que era inevitable por el fenómeno de la convergencia. Sin embargo, como se mostrará más adelante, no se creó un regulador convergente independiente, sino que se usó este discurso de forma estratégica para desviar la atención hacia aspectos técnicos ocultando que en definitiva se estaba tomando una decisión política, en la cual estaban inmersos fuertes actores e intereses políticos y económicos.

B. Nuevo arreglo institucional

Una vez derogado el artículo 76 y modificado el artículo 77 de la Constitución Política, el Ministerio de TIC presentó los proyectos de Ley 168 del 2011 (Senado) y Ley 106 del 2011 (Cámara) para la regulación del servicio público de televisión. Los debates se dieron en sesiones conjuntas y el gobierno volvió a usar la misma estrategia del acto legislativo de eliminación de la CNTV al caracterizarlo como un simple trámite. En opinión del gobierno, el acto legislativo previó dos momentos: el primero para definir la distribución de funciones en seis meses (artículo 3.º) y el segundo para fijar la política de un nuevo modelo de televisión sin un plazo definido (artículo 2.º). Esto le permitió sostener que “una vez

En la plenaria del 28 de septiembre del 2010 del Senado los intervinientes pusieron énfasis en la necesidad de que el nuevo organismo regulador ampliara la cobertura de la televisión y la vigilancia de los contenidos.

⁷³ Por ejemplo, el congresista Eugenio Prieto advirtió que, aunque se acogía a la decisión de la bancada del Partido Liberal, quería dejar constancia de que no consideraba necesaria la eliminación de su carácter constitucional. En el mismo sentido se pronunció Alexander López, quien reiteró que el problema de la televisión se originaba en las leyes que la regularon y no en su carácter constitucional y pidió abrir la discusión en profundidad. Senado y Cámara, *Gaceta del Congreso*, n.º 787, 19 de octubre del 2010, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.

efectuada la distribución de funciones del nuevo esquema institucional, [podrían] estructurarse y discutirse las propuestas legislativas orientadas al rediseño integral del modelo de televisión del país”⁷⁴.

La Ley 1507 del 2012 estableció un nuevo arreglo institucional para la regulación de la televisión que no aseguraba la autonomía constitucional prevista por la Asamblea Constituyente. La CNTV contaba con poder reglamentario exclusivo y excluyente, podía direccionar y regular la televisión sin interferencia del Ejecutivo, y además era independiente en el ejercicio de sus funciones al no encontrarse adscrita ni vinculada al poder central, en el plano formal. A diferencia de esto, bajo el nuevo arreglo se distribuyeron las funciones en cinco organismos que tenían que obedecer los lineamientos del Ejecutivo y que dependían de las atribuciones que el Legislativo les concedía.

Como resultado, se creó la Agencia Nacional de Televisión (ANTV)⁷⁵ que tiene a su cargo el otorgamiento de concesiones para la prestación del servicio público de televisión; la fijación de tarifas, tasas y derechos; las actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión, así como la reglamentación contractual de cubrimientos, encadenamientos y expansión progresiva del área asignada, además de los aspectos relacionados con la regulación de franjas y contenido de la programación y publicidad.

Las funciones restantes se asignaron a cuatro organismos: la Comisión de Regulación de Comunicaciones, que regula las redes y los servicios de telecomunicaciones; la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), que sigue a cargo de las prácticas restrictivas de la competencia y las integraciones empresariales; la Agencia Nacional del Espectro, que quedó a cargo de la administración y planeación del espectro electromagnético destinado a los servicios de televisión, de conformidad con lo determinado en la Ley 1341 del 2009 y el Decreto-Ley 4169 del 2011; y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos, que se creó para contribuir a la financiación de la televisión pública abierta radiodifundida y para fomentar la promoción de contenidos audiovisuales⁷⁶.

A continuación se va a analizar, de forma preliminar y sólo desde una perspectiva formal, el nivel de independencia de las entidades en que se distribuyeron

⁷⁴ *Gaceta del Congreso*, n.º 730.

⁷⁵ Para profundizar sobre la figura de “agencias estatales” se recomienda consultar el trabajo de Ronald Pacheco, “La Autoridad Nacional de Televisión, ¿una agencia estatal independiente?”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 13 (2015), pp. 63-98.

⁷⁶ Ley 1507, artículos 10.º a 16.

las funciones que tenía a su cargo la CNTV. La SIC no se analizará, pero se aclara que esta entidad tampoco cuenta con las suficientes garantías personales ni institucionales.

1. Comisión de Regulación de Comunicaciones

De acuerdo con la Ley 1341 del 2009, la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) es una unidad Administrativa Especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, sin personería jurídica adscrita al Ministerio de TIC⁷⁷. Esta institución hace parte del sector central y sus funciones son promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante, y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones, con el fin de que la prestación de los servicios sea eficiente en términos económicos y refleje altos niveles de calidad. En el artículo 20 se determinó que la CRC estaría integrada por el ministro de las TIC, quien la preside, el director del Departamento Nacional de Planeación y tres comisionados de dedicación exclusiva por periodos de tres años, no sujetos a carrera administrativa.

Como se observa, la CRC no cuenta con suficientes garantías personales ni institucionales para garantizar su independencia frente al Gobierno. El tiempo de ejercicio de los funcionarios es corto (tres años); los comisionados son elegidos por el presidente, sin requerir ratificación de otra entidad para su elección; las razones de remoción del cargo no se encuentran reguladas de manera específica; el presidente de la comisión es el ministro de las TIC, funcionario de libre nombramiento y remoción, y la comisión no puede sesionar sin su presencia⁷⁸. No obstante, la ley trae un avance importante en cuanto al perfil profesional de los comisionados, ya que exige mayores requisitos para acceder al cargo.

Tampoco existen suficientes garantías de tipo funcional, organizacional ni institucional. La CRC no cuenta con personería jurídica, por lo que se encuentra limitada en su representación. El Gobierno nacional, por medio del Ministerio de TIC, revisa y adopta la estructura y la planta de personal de la CRC⁷⁹. Además, si bien se declara de forma expresa la independencia de la comisión, el Ministerio de TIC ejerce control y dirección sobre ésta por tratarse de un organismo adscrito a la rama ejecutiva. De lo expuesto se puede inferir que el Gobierno tiene una

⁷⁷ Congreso de la República, Ley 1341 del 30 de julio del 2009, artículo 19, en *Diario Oficial*, n.º 47426, 30 de julio del 2009.

⁷⁸ Ley 1341, Ley 1341, artículo 20, párrafo 1.º.

⁷⁹ *Ibid.*, artículo 20, párrafo 3.º.

alta injerencia en la CRC y que se está consolidando la dirección y regulación de la televisión en el Ejecutivo al trasladarse a esta entidad las funciones que ejercía la CNTV. Sobre este punto, la OCDE advierte que

[l]a principal deficiencia del marco actual es la falta de independencia del regulador (CRC) que, en muchos casos, actúa como una rama del gobierno responsable de la regulación de las telecomunicaciones. Aunque el gobierno actual se ha mostrado proactivo al facilitar la competencia y promover el proceso de liberalización, esta falta de independencia pone en duda la continuidad de dichas políticas. Las buenas prácticas en los países de la OCDE recomiendan separar formulación de políticas y regulación. Por lo tanto, el regulador debe disponer de potestad suficiente para llevar a cabo su función y mantenerse al margen del gobierno⁸⁰.

2. Agencia Nacional del Espectro (ANE)

El espectro es un bien que tiene alta demanda de los servicios móviles y operadores de televisión, en particular de los operadores de telecomunicaciones. La pluralidad y garantía de acceso a este bien es de suma importancia, por lo que debe asegurarse su uso eficiente. Por esta razón se creó la Agencia Nacional del Espectro, que es una unidad administrativa especial de orden nacional⁸¹ adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con personería jurídica, autonomía técnica, administrativa, financiera y patrimonio propio⁸². La función de esta entidad es *brindar soporte técnico* para la gestión, la planeación y el ejercicio de la vigilancia y el control del espectro radioeléctrico.

No obstante, la ANE tiene un bajo nivel de independencia porque no cuenta con suficientes garantías personales ni institucionales. El Consejo Directivo, instancia máxima, está integrado por el ministro de las TIC, quien lo preside; por

⁸⁰ OECD, *Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia*, París, OECD, 2014. Consultado en [http://dx.doi.org/10.1787/9789264209558-es].

⁸¹ A esta agencia se le dio el calificativo de Unidad Administrativa Especial: “En las reformas realizadas en 2011 se tuvieron como propósitos los previstos en la Ley 1444 del 2011, es decir, garantizar la eficiencia en el servicio público, hacer coherente la organización y funcionamiento de la administración pública y lograr mayor rentabilidad social en el uso de recursos públicos. [...] Pero lo anterior no significa que tengan un régimen diferente de las que no lo son. Simplemente se trata de la reafirmación de la tendencia mencionada al precisar lo relacionado con las unidades administrativas especiales, en el sentido de que se han creado sin que tengan un concepto propio y buscando una mayor autonomía respecto de los organismos principales de la administración nacional”. Consuelo Sarria, “¿Las agencias son unidades administrativas especiales?”, en *Revista digital de derecho administrativo*, n.º 13, primer semestre/2015, p. 249. Disponible en [http://ssrn.com/abstract=2632676].

⁸² Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Decreto 4169 del 3 de noviembre del 2011, en *Diario Oficial*, n.º 48242, 3 de noviembre del 2011.

el viceministro, y por el coordinador del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones⁸³. También forman parte de ella, pero sin voto, los directores de la ANE, la Dirección de Comunicaciones del Ministerio de TIC y el director de la CRC. Además, el Consejo Directivo no puede sesionar sin la presencia del ministro de las TIC, quien nombra al director general de la ANE para un periodo de cuatro años, reelegible por una vez.

Como se observa, es un organismo que depende del Ejecutivo del todo. El Gobierno adopta las decisiones y los actos administrativos proferidos en segunda instancia son de conocimiento del director general, funcionario nombrado por el ministro de TIC. Además, la ANE sólo cumple una función de asesoría, pues, en última instancia, la planeación, la vigilancia y el control del espectro los ejerce el Ministerio de TIC. El único avance con este modelo es que se concentró en un solo organismo la administración y gestión del espectro.

Contrario al discurso del Gobierno, las buenas prácticas o experiencias internacionales no muestran una tendencia unívoca hacia la designación de la función de administrar el espectro al Ministerio o a una agencia que dependa 100 % de éste. De hecho, en países como Australia, el regulador convergente ACMA tiene a su cargo la gestión del espectro, así como sucede en el Reino Unido con Ofcom. De ahí que una de las recomendaciones para su adecuada gestión sea que el regulador permanezca independiente del Gobierno, aunque se advierte que el modelo depende de las circunstancias específicas de cada caso⁸⁴.

3. *Agencia Nacional de Televisión*

Mediante la nueva Ley de Televisión (Ley 1507 del 2012) se creó la ANTV como una Agencia Estatal de Naturaleza Especial⁸⁵, de orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial, presupuestal y técnica, que

⁸³ Ley 1341, artículo 27.

⁸⁴ McLean Foster, Martin Cave y Robert Jones, “Gestión del espectro radioeléctrico”, en *ICT Regulation Toolkit*, International Telecommunication Union, 2009. Consultado en [http://www.ictregulationtoolkit.org/en/Section.1247.html].

⁸⁵ Pacheco, *op. cit.*, p. 84. “En síntesis, a pesar de que el sistema jurídico colombiano hace alusión a ‘agencias del Estado’, y si bien efectivamente existen en la actualidad —concretamente a partir del año 2011— entidades públicas denominadas ‘agencias estatales’, algunos elementos definitorios de éstas no parecen estar presentes en la ANTV; sin embargo, sí queda claro, sin hacer un mayor esfuerzo argumentativo, que las ‘agencias estatales’ que existen en Colombia —creadas a partir de la Ley 1444— y las que podrían encontrar su fuente en los artículos 211 de la Constitución Política y 13 de la Ley 489 de 1998 son, en sus bases esenciales, radicalmente diferentes a las agencias estatales independientes estudiadas en el primer punto de este escrito [ARIS], ya que todas estas agencias nacionales son dependientes del ejecutivo, lo que impediría por definición calificarlas de ‘independientes’”.

forma parte del sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Esta entidad está conformada por una Junta Nacional de Televisión que cuenta con cinco miembros: (a) el ministro de las TIC, o el viceministro delegado; (b) un representante designado por el presidente; (c) un representante de los gobernadores; (d) un representante de las universidades públicas y privadas, y (e) un representante de la sociedad civil⁸⁶.

En este arreglo institucional preocupan tres elementos: primero, el Gobierno elige a dos representantes de la ANTV y los gobernadores a un tercero, lo que anticipa gran influencia del poder político (más aún cuando uno de los representantes es el ministro de las TIC); segundo, la ANTV no goza de potestad normativa reglamentaria exclusiva y excluyente en el sector de la televisión, competencia que sí tenía la CNTV; tercero, tiene condición de establecimiento público⁸⁷. Los establecimientos públicos gozan de autonomía administrativa y financiera, así como de personería jurídica y patrimonio independiente, pero de ninguna manera esto es comparable con la autonomía constitucional de la CNTV. De hecho, la autonomía administrativa de los establecimientos públicos tiene las siguientes limitantes: (1) el poder central, en virtud de las normas de creación y reorganización, establece las pautas a las que se debe sujetar la entidad para proferir estatutos; (2) la entidad debe obrar consultando la política gubernamental del respectivo sector⁸⁸; y (3) la entidad está sujeta al control político y a la dirección del órgano de la administración al cual está adscrita (artículo 68). Este control al que nos referimos es el de tutela, que si bien en el parágrafo 2.º del artículo 2.º de la Ley 1507 del 2012 se establece que no aplicará a la ANTV, no es claro cómo podrán los miembros de la junta abstraerse de las directivas del Gobierno.

También se impusieron restricciones en el presupuesto. El presupuesto de gastos de funcionamiento de la ANTV no debe superar el asignado a la CRC y, al equipararse la ANTV a un establecimiento público, el presupuesto de la entidad se debe preparar en coordinación con el Ministerio de Hacienda y el DNP, y el Congreso debe aprobarlo como parte del presupuesto nacional. Así las cosas, es evidente que estas limitaciones que se imponen a la ANTV en su calidad de establecimiento público no tienen equivalencia con el principio de autonomía constitucional.

⁸⁶ Ley 1507, artículos 1.º y 4.º.

⁸⁷ Ley 1507, artículo 2.º, parágrafo 1.º.

⁸⁸ Congreso de la República, Ley 489 del 29 de diciembre de 1998, en *Diario Oficial*, n.º 43464, 30 de diciembre de 1998.

Algunos miembros de la ANTV contrataron a un abogado externo para que demandara la falta de autonomía de la entidad y el hecho de que el ministro de las TIC formara parte de la Junta Directiva. Esto fue motivo de duras críticas, pues miembros del Gobierno consideraban que se estaba haciendo un uso inadecuado de recursos. En definitiva, la Corte Constitucional en la Sentencia C-170 del 2012 determinó que la autonomía no era un pilar básico de la Constitución:

[...] la garantía de realización de los derechos y el carácter democrático y pluralista del Estado son, como se ha visto, elementos estructurales de la Constitución, de ellos no se deriva que para su vigencia sea imprescindible la existencia de una entidad con autonomía administrativa, patrimonial y técnica encargada de regular la televisión, y menos aún que al eliminarse su naturaleza constitucional la Carta Política de 1991 pierda su esencia para transformarse en una completamente diferente. Por el contrario, observa la Sala que se está ante un buen ejemplo de lo que no puede ser catalogado como un eje estructural o fundamental de la Constitución.

De igual manera, en la Sentencia C-580 del 2013, la Corte Constitucional señaló que el grado de autonomía que el legislador le otorgó a la ANTV “en nada desborda los principios de proporcionalidad y razonabilidad, los cuales constituyen el límite a la libertad de configuración”⁸⁹. También aclaró que la presencia del ministro de las TIC no tenía la fuerza para afectar la autonomía y que su participación aseguraba la correcta coordinación entre las partes.

En el corto tiempo de funcionamiento de la ANTV, la entidad ha hecho esfuerzos por ganar legitimidad: expone informes de rendición de cuentas de gestión, está planeando la creación del Observatorio de Contenidos y trabaja en el proceso de licitación del tercer canal. Llegado el momento se podrá observar, por lo menos en el caso del tercer canal, qué tan conveniente puede ser contar con el respaldo del Gobierno en el proceso, que como ya vimos, es muy sensible y moviliza a los grandes poderes de los medios de comunicación en su contra.

A partir de la experiencia de la CNTV, la posición del Gobierno es que es necesario un cierto grado de control político y supervisión de los órganos reguladores para evitar la captura del regulador. Sin embargo, la OCDE advierte que

es cierto que lo ocurrido con la precedente CNTV no es muy alentador, ya que fue acusada de corrupción y se dismanteló en 2012 para crear la ANTV; pero aunque

⁸⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-580 del 28 de agosto del 2013.

estos temores están justificados [...] advierte que “en ningún caso la falta de independencia es la solución adecuada”⁹⁰.

IV. Conclusiones

En este artículo abordamos el origen de la CNTV y sus relaciones con otros sectores políticos, entidades, conglomerados económicos y sociedad civil, lo que nos permitió identificar que la crisis y eliminación de esta entidad es el resultado de fuertes presiones políticas y económicas que giran en torno a la televisión y su control⁹¹. La organización se inclinó a favorecer intereses privados y políticos en detrimento de los intereses de la sociedad civil, presentando sus decisiones como neutrales, aunque en realidad no se basaban sólo en criterios económicos y técnicos. En otras palabras, el modelo de agencia independiente no se consolidó en el sector de la televisión.

Además, al reducir el motivo de su eliminación a cambios de tipo tecnológico o al seguimiento de pautas sectoriales se cierra el debate, se limita un análisis profundo al modelo de televisión y se desconoce el poder y la importancia que aún hoy, a pesar de los avances tecnológicos, tiene la televisión en la sociedad. Esto requiere una decisión sobre si el Estado debe intervenir en el medio, cómo debe hacerlo o si la televisión se asume como otro medio de telecomunicaciones donde prevalece la libertad de mercado. Por último, esto impide pensar en modelos alternativos de regulación del espectro y conduce a ver la conveniencia de que se devuelva esta competencia al Gobierno y, lo que es más importante, disfraz a quienes ganan y a quienes pierden con esta reforma.

El Gobierno fue uno de los ganadores, ya que el nuevo arreglo institucional le devolvió la administración del espectro radioeléctrico y los recursos que se derivan de éste, y adquirió mayor influencia sobre la regulación de la televisión. Los perdedores son la sociedad civil y los realizadores de contenidos de la industria que deben seguir subsidiando el sistema paralelo y tres canales públicos de baja audiencia, con todos los costos burocráticos derivados de esta decisión, así como unos canales privados con una oferta poco diversa y con posición duopólica en el mercado.

⁹⁰ OECD, *op. cit.*, p. 62.

⁹¹ En definitiva, como expone Germán Rey, “La crisis de la CNTV es la crisis de las relaciones entre el Estado, los políticos, la empresa privada y las organizaciones sociales, en torno a un medio que se considera estratégico y fundamental para sus intereses”. Rey, “La televisión en Colombia”, *cit.*, p. 134.

REFERENCIAS

- Arango Adriana, “Retos que impone la convergencia a las entidades reguladoras y a la regulación”, en Gecti, *Derecho de las telecomunicaciones*, Bogotá, Uniandes y Temis, 2008.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991), *Gaceta Constitucional*, n.º 59, 25 de abril de 1991.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991), *Gaceta Constitucional*, n.º 82, 25 de mayo de 1991.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991), *Gaceta Constitucional*, n.º 130, 18 de octubre de 1991.
- Asociación Nacional de Medios de Comunicación, *Reseña Histórica*, Asomédios, 2010. Consultado en [<http://www.asomédios.com/index.php?idPage=6>].
- Ballén, Rafael, *Constitución política de Colombia: antecedentes y comentarios. Constituyente y Constitución del 91*, Bogotá, Jurídica de Colombia, 1991.
- Bautista Quintero, José Fernando (comp.), *Reflexiones y tendencias del sector de telecomunicaciones*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2004.
- Betancor, Andrés, *Mejorar la regulación. Una guía de razones y de medios*, Madrid, Fundación Rafael del Pino & Marcial Pons, 2009.
- Bonilla Sebá, Edna, “La prórroga de concesiones a RCN y Caracol, un mal negocio para el país”, en *Razón pública.com*, 2009. Disponible en [<http://www.razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/426-la-prga-de-concesiones-a-rcn-y-caracol-un-mal-negocio-para-el-pa.html>].
- Bonilla Sebá, Edna y Jorge Iván González, *Regulación y concesiones en la televisión colombiana: destellos y sombras*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2004.
- Bourdieu, Pierre, *Sobre la televisión*, Barcelona, Anagrama, 1998.
- Brito Ruiz, Fernando, “La administración nacional en la Constitución colombiana. Estudio de los textos de la Constitución de 1991”, en Jaime Vidal Perdomo; Fernando Brito Ruiz; Miguel Malagón Pinzón; Catalina Atehortúa García; Viviana Díaz Perilla, *Teoría de la organización administrativa colombiana. Una visión jurídico-administrativa*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005.

- Bustillo, René, *Un modelo institucional para la regulación en materia de convergencia tecnológica en América Latina*, Santiago de Chile, Cepal, 2011. Consultado en [<http://www.eclac.cl/ddpe/publicaciones/xml/0/44990/W427.pdf>].
- Cámara de Representantes, acta n.º 25.
- Carlón, Mario y Carlos Scolari, *El fin de los medios masivos: el comienzo de una debate*, Buenos Aires, La Crujia, 2009.
- Carniel Bugs, Ricardo, “Organismos independientes de regulación del audiovisual: los primeros cinco años de la OFCOM y el desafío de la convergencia”, en *Ruta: Revista universitària de treballs acadèmics*, España, 2009. Disponible en [<http://www.raco.cat/index.php/Ruta/article/viewFile/140230/191416>].
- Carreño, Juan Andrés, “Asignación de frecuencias para la implementación de TDT en Colombia” (XXIV Congreso de Telecomunicaciones), 2009.
- Castells, Manuel, *Comunicación y poder*, Madrid, Alianza, 2009.
- Centro de Estudios en Derecho de las Telecomunicaciones, *Lecciones en materia de telecomunicaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Cepeda, Manuel José, *La constituyente por dentro: mitos y realidades*, Bogotá, Presidencia de la República, 1993.
- Chamorro, Lilian y Ariel Barbosa, *Espectro abierto para el desarrollo. Estudio de caso: Colombia*, Asociación para el Progreso de las Comunicaciones (APC), 2011.
- Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), *15 años de regulación de las telecomunicaciones en Colombia*, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 2007.
- Comisión Europea, *Libro verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación*, Bruselas, Comisión Europea, 1997. Consultado en [<http://www.euskalnet.net/oig/archivo/lvmedia.pdf>].
- Comisión Nacional de Televisión, *Plan de desarrollo de la televisión 2010-2013. La televisión que queremos ver*, 2009. Consultado en [http://www.cntv.org.co/cntv_bop/noticias/2011/marzo/plan_desarrollo.pdf].
- Comisión Primera Constitucional Permanente, acta n.º 63 del miércoles 18 de mayo del 2011.

Congreso de la República, Comisión Sexta Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, *Proposición para debate de control político sobre desarrollo del proyecto de televisión digital terrestre, proyecto de televisión satelital social y del tercer canal*, acta n.º 003, Bogotá, 24 de agosto del 2010. Consultado en [<http://www.camara.gov.co/portal2011/actas-comision-sexta>].

Congreso de la República, Comisión Sexta Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, *Proposición para debate en televisión*, acta n.º 028, Bogotá, 10 de agosto del 2011. Consultado en [<http://www.camara.gov.co/portal2011/actas-comision-sexta>].

Congreso de la República, Ley 42 del 11 de febrero de 1985, en *Diario Oficial*, n.º 36 967, 10 de mayo de 1985.

Congreso de la República, Ley 142 del 11 de julio de 1994, en *Diario Oficial*, n.º 41 433, 11 de julio de 1994.

Congreso de la República, Ley 182 del 20 de enero de 1995, en *Diario Oficial*, n.º 41 681, 20 de enero de 1995.

Congreso de la República, Ley 335 del 20 de diciembre de 1996, en *Diario Oficial*, n.º 42 946, 24 de diciembre de 1996.

Congreso de la República, Ley 489 del 29 de diciembre de 1998, en *Diario Oficial*, n.º 43 464, 30 de diciembre de 1998.

Congreso de la República, Ley 506 del 28 de julio del 1999, en *Diario Oficial*, n.º 43 652, 2 de agosto del 1999.

Congreso de la República, Ley 680 del 8 de agosto del 2001, en *Diario Oficial*, n.º 44 516, 11 de agosto del 2001.

Congreso de la República, Ley 812 del 26 de junio del 2003, en *Diario Oficial*, n.º 45 231, 27 de junio del 2003.

Congreso de la República, Ley 1098 del 8 de noviembre del 2006, en *Diario Oficial*, n.º 46 446, 8 de noviembre del 2006.

Congreso de la República, Ley 1151 del 24 de julio del 2007, en *Diario Oficial*, n.º 46 700, 25 de julio del 2007.

Congreso de la República, Ley 1341 del 30 de julio del 2009, en *Diario Oficial*, n.º 47 426, 30 de julio del 2009.

Congreso de la República, Ley 1507 del 10 de enero del 2012, en *Diario Oficial*, n.º 48 308, 10 de enero del 2012.

Consejo de Estado, expediente n.º 11.857, sentencia del 25 de septiembre de 1997.

Consejo de Estado, expediente n.º 16.837, sentencia del 23 de abril del 2009.

Consejo de Estado, radicación n.º 11001-03-24-000-2004-00123-01, sentencia del 30 de abril del 2009.

Consejo de Estado, radicación n.º 11001-03-24-000-2004-00411-01, sentencia del 16 de abril del 2012.

Consejo de Estado, radicación n.º 11001-03-26-000-2007-00010-01(33645), sentencia del 27 de marzo del 2008.

Consejo de Estado, radicación n.º 11001-03-26-000-2010-0036-01, sentencia del 14 de febrero del 2012.

Contraloría General de la República, *Impacto de la inversión estatal en la televisión pública. Nivel Nacional, Regional y Comunitario*, Contraloría General de la República, 2010. Consultado en [http://www.contraloriagen.gov.co/c/document_library/get_file?p_l_id=25611&folderId=15848373&name=DLFE-21152.pdf].

Corte Constitucional, Sentencia C-150 del 25 de febrero del 2003.

Corte Constitucional, Sentencia C-208 del 1.º de marzo del 2000.

Corte Constitucional, Sentencia T-263 del 19 de abril del 2010.

Corte Constitucional, Sentencia C-272 del 3 de junio de 1998.

Corte Constitucional, Sentencia C-403 del 27 de mayo del 2010.

Corte Constitucional, Sentencia C-410 del 7 de abril del 2010.

Corte Constitucional, Sentencia C-497 del 7 de noviembre de 1995.

Corte Constitucional, Sentencia C-564 del 30 de noviembre de 1995.

Corte Constitucional, Sentencia C-570 del 14 de julio del 2010.

Corte Constitucional, Sentencia C-580 del 28 de agosto del 2013.

Corte Constitucional, Sentencia C-654 del 5 de agosto del 2003.

Corte Constitucional, Sentencia C-1162 del 6 de septiembre del 2000.

Custos, Dominique, “The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies”, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, American Law in the 21st Century: U. S. National Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law, fall (2006).

Dussán Hitscherich, Jorge, “Las agencias de regulación en Colombia: análisis jurisprudencial”, en José Fernando Bautista Quintero (comp.), *Reflexiones y tendencias del sector de telecomunicaciones*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2004.

Eisner, Marc Allen, *Regulatory Politics in Transition*, Baltimore, The Johns Hopkins University, 2000.

ElPaís.com.co, “MinTic presentó nueva Ley de Televisión”, en *El País.com.co*, 10 de agosto del 2011. Disponible en [<http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/mintic-presento-nueva-ley-television>].

Enfoque principal, “Las TIC serán el eje de la prosperidad”, en *Semana*, 30 de octubre del 2010. Disponible en [<http://www.semana.com/enfoque/enfoque-principal/articulo/las-tic-seran-eje-prosperidad/123939-3>].

Esquirol, Jorge L., “Writing the Law of Latin America”, en *George Washington International Law Review* (2008-2009). Disponible en [<http://docs.law.gwu.edu/stdg/gwilr/PDFs/40-3/40-3-5-Esquirol.pdf>].

Foster, McLean; Martin Cave y Robert Jones, “Gestión del espectro radioeléctrico”, en *ICT Regulation Toolkit*, International Telecommunication Union, 2009. Consultado en [<http://www.ictregulationtoolkit.org/en/Section.1247.htm>].

García Sánchez, Miguel y Laura Wills Otero, “El poder de la televisión: medios de comunicación y aprobación presidencial en Colombia”, en Angelika Rettberg y Omar Rincón (eds.), *Medios, democracia y poder*, Bogotá, Unian-des, 2011.

García Villegas, Mauricio; Rodrigo Uprimny Yepes y Javier E. Revelo Rebolledo, “¿Cómo restaurar los equilibrios perdidos?”, en Mauricio García-Villegas y Javier E. Revelo Rebolledo (eds.), *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*, Bogotá, Dejusticia, 2009.

- Gilardi, Fabrizio y Martino Maggeti, “The Independence of Regulatory Authorities”, en David Levi-Faur (ed), *Handbook of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010.
- González López, Edgar y Luz Mónica Zapata Herrera, *Análisis de laudos arbitrales en derecho de las telecomunicaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, 2012.
- Hernández Galindo, José Gregorio, “Letra Muerta (II)”, en *El Nuevo Siglo*, 2011.
- Herrán, María Teresa (dir.), *La industria de los medios masivos de comunicación en Colombia*, Bogotá, Fescol, 1991.
- Hoyos Duque, Ricardo, “Las comisiones de regulación en Colombia”, en Alfredo Arismendi y Jesús Caballero Ortiz (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías* (tomo 2), Madrid, Civitas, 2003.
- Hoyos Turbay, María Carolina, “El Observatorio Nacional de Televisión: una estrategia para el desarrollo del principio de corresponsabilidad en la vigilancia social de la televisión en Colombia”, en Antonio Roveda Hoyos (director), *Toma el control. Observatorio Nacional de Televisión*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Comisión Nacional de Televisión, 2007.
- Jordana, Jacint y David Levi-Faur, *¿Hacia un Estado regulador latinoamericano? La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores*, Barcelona, CIDOB, 2005.
- Jordana, Jacint y David Levi-Faur, “The Politics of Regulation in the Age of Governance”, en Jacint Jordana y David Levi-Faur (eds.), *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, Edward Elgar, 2004.
- Latin American Multichannel Advertising Council, *Distribución por cable operador*, Lamac, 2012. Consultado en [<http://www.lamac.org/colombia/metricas/distribucion-por-cable-operador>].
- Lamprea, Everaldo, “Los Servicios Públicos en Colombia: entre la libertad del mercado y la intervención estatal”, en Helena Alviar (coord.), *Manual de derecho administrativo*, Bogotá, Uniandes y Temis, 2009.

- Laudo arbitral, Caracol Televisión S. A. vs. CNTV, 3 de junio del 2009.
- Laudo arbitral, Caracol Televisión S. A. vs. CNTV, 5 de abril del 2011.
- Laudo arbitral, Caracol Televisión S. A. vs. CNTV, 10 de noviembre del 2004.
- Laudo arbitral, Caracol Televisión S. A. vs. CNTV, 26 de noviembre del 2001.
- Laudo arbitral, Caracol Televisión S. A. vs. CNTV, 29 de abril del 2008.
- Laudo arbitral, Casa Editorial El Tiempo vs. CNTV, 13 de febrero del 2006.
- Laudo arbitral, Casa Editorial El Tiempo vs. CNTV, 19 de agosto del 2003.
- Laudo arbitral, Proyectamos Televisión S. A. vs. CNTV, 22 de agosto del 2005.
- Laudo arbitral, RCN Televisión vs. CNTV, 5 de abril del 2011.
- Laudo arbitral, RCN Televisión vs. CNTV, 10 de noviembre del 2004.
- Laudo arbitral, RCN Televisión vs. CNTV, 26 de noviembre del 2001.
- Lenis Mejía, Ana Lucía, *Las agencias independientes o comisiones de regulación* (trabajo de grado), Bogotá, 2003. Consultado en [<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS26.pdf>].
- Lewin, Juan Esteban, “Todo está listo para el Tercer Canal pero no hay banca de inversión que se le mida”, en *La Silla Vacía*, 17 de enero del 2013. Disponible en [<http://www.lasillavacia.com/historia/todo-esta-listo-para-el-tercer-canal-pero-no-hay-banca-de-inversion-que-se-le-mida-40982>].
- Lizarazo Rodríguez, Liliana y Marcela Anzola Gil (eds.), *La regulación económica: tendencias y desafíos*, Bogotá, Universidad del Rosario y Colección Textos de Jurisprudencia, 2004.
- Lleras de la Fuente, Carlos y Marcel Tangarife Torres, *Constitución política de Colombia: origen, evolución y vigencia*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1996.
- López de la Roche, Fabio, “La historia de los noticieros de televisión en Colombia y la construcción de una memoria crítica de la sociedad y del oficio periodístico 1954-1984”, en *Folios Revista de la Facultad de Comunicaciones de la Universidad de Antioquia*, n.º 24 (2010).

- López Medina, Diego Eduardo, “El sueño weberiano: claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del Estado colombiano”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 19 (2006).
- Maggetti, Martino, “Legitimacy and Accountability of Independent Regulatory Agencies: A Critical Review”, en *Living Reviews in Democracy*, vol. 2 (2010). Disponible en [<http://democracy.livingreviews.org/index.php/lrd/article/viewArticle/lrd-2010-4/30>].
- Majone, Giandomenico, “From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance”, en *Journal of Public Policy*, vol. 17, n.º 2 (1997).
- Malagón Pinzón, Miguel Alejandro, *Vivir en policía: una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Malyshev, Nick, *The Evolution of Regulatory Policy in OECD Countries*, OECD, 2002. Consultado en [www.oecd.org/gov/regulatory-policy/41882845.pdf].
- Martínez, Margarita, “Espionaje, presiones e intimidaciones al relato periodístico”, en Omar Rincón (ed.), *¿Por qué nos odian tanto? Estados y medio de comunicación en América Latina*, Bogotá, Centro de Competencia en Comunicación para América Latina, Fiedrich Ebert Stiftung, 2010.
- Melo Salcedo, Ileana Marlitt, “Los órganos autónomos e independientes”, en *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas* (2003). Consultado en [www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/organos_autonomos_independientes.htm].
- Ministerio de Comunicaciones, Decreto 3550 del 28 de octubre del 2004, en *Diario Oficial*, n.º 45715, 28 de octubre del 2004.
- Ministerio de Comunicaciones, Decreto 4850 del 30 de diciembre del 2008, en *Diario Oficial*, n.º 47218, 30 de diciembre del 2008.
- Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Decreto 4169 del 3 de noviembre del 2011, en *Diario Oficial*, n.º 48242, 3 de noviembre del 2011.
- Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, *Espectro Radioeléctrico*, MINTIC. Consultado en [<http://www.mintic.gov.co/portal/604/w3-article-2350.html>].

- Miranda Londoño, Alfonso y Pablo Márquez Escobar, “El derecho de la competencia en el servicio público de televisión”, en *Revista Juris-Consulta de la Cámara de Comercio de Bogotá*, vol. 8 (2003).
- Moura de Holanda, Giovanni, Juliano Castilho y Ricardo Benetton, “Televisión Digital y el paso hacia la convergencia: un enfoque sobre los aspectos de tecnología, negocios y regulación”, en Marcio Wohlers y Martha García-Murillo (eds.), *EnREDos Regulación y estrategias corporativas frente a la convergencia tecnológica*, Bogotá, CEPAL, 2009.
- Nación, “A partir de la Constitución de 1991 tenemos el derecho a no ser tratados como bestias”, en *Semana*, 28 de junio del 2011. Disponible en [<http://www.semana.com/nacion/articulo/a-partir-constitucion-1991-tenemos-derecho-no-tratados-como-bestias/242139-3>].
- Nación, “Aprobada la eliminación de Comisión Nacional de Televisión”, en *Semana*, 1.º de junio del 2011. Disponible en [<http://www.semana.com/nacion/articulo/aprobada-eliminacion-comision-nacional-television/240741-3>].
- Nullvalue, “Denuncian burocracia inoficiosa en la CNTV”, en *El Tiempo*, 26 de abril del 2000. Disponible en [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1233915>].
- OECD, *Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia*, París, OECD, 2014. Consultado en [<http://dx.doi.org/10.1787/9789264209558-es>].
- Ortiz R., Fenner, “Las enmiendas no la han dejado madurar a la Constitución”, en *El País*, 27 de junio del 2011. Disponible en [<http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/enmiendas-han-dejado-madurar-constitucion>].
- Pacheco, Ronald, “La Autoridad Nacional de Televisión, ¿una agencia estatal independiente?”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 13 (2015).
- Redacción Política, “Nuevo intento por acabar la CNTV”, en *El Tiempo*, 18 de agosto del 2010. Disponible en [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7870715>].
- Restrepo, Manuel, “Reflexiones sobre el ejercicio de las funciones presidenciales de inspección, vigilancia y control”, en Jaime Vidal Perdomo, Viviana

- Díaz Perilla y Gloria Amparo Rodríguez, *Temas de derecho administrativo contemporáneo*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005.
- Rey, Germán, “La Nueva Ley de Televisión, o el Síndrome del Comunero”, en *Razón pública.com*, 2012. Disponible en [<http://www.razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/2660-la-nueva-ley-de-television-o-el-sindrome-del-comunero.html>].
- Rey, Germán, “La televisión en Colombia”, en Guillermo Orozco (coordinador), *Historias de la televisión en América Latina*, Barcelona, Gedisa, 2002.
- Rey, Germán, “Los contenidos de televisión como piedra en el zapato”, en *El Espectador*, 14 de agosto del 2011. Disponible en [<http://www.elespectador.com/noticias/cultura/los-contenidos-de-television-piedra-el-zapato-articulo-291873>].
- Riaño, A., *Balance de una década. La Comisión Nacional de Televisión (1995-2006)*, Colombia, Friedrich Ebert Stiftung en Colombia-Fescol (2006).
- Rincón, Omar, “Deseo 2012: otra ley de TV (opinión)”, en *El Tiempo*, 13 de enero del 2012. Disponible en [http://www.eltiempo.com/entretenimiento/tv/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-10945359.html].
- Rincón, Omar, “El tercer canal, el más influyente”, en *El Tiempo*, 21 de diciembre del 2009. Disponible en [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3771351>].
- Rincón, Omar, “Formas de actuar y hablar juntos. Políticas culturales de medios de comunicación, televisión regional, local y educativa”, en *Signo y pensamiento*, vol. 17, n.º 32 (1998).
- Rincón, Omar, “La CNTV: del sueño a la pesadilla... y de vuelta a la esperanza”, en María Teresa Herrán; Patricia Téllez y Omar Rincón, *CNTV: ¿y la participación ciudadana?*, Bogotá, Cuadernos Ocasionales, Pontificia Universidad Javeriana, n.º 3 (2000).
- Rincón, Omar (comp.), *Televisión pública: del consumidor al ciudadano*, Buenos Aires, La crujía, 2005.
- Rincón, Omar y Ana Lucía Magrini, “La mediática del poder como lucha por la hegemonía del proyecto político”, en Angelika Rettberg y Omar Rincón (eds.), *Medios, democracia y poder*, Bogotá, Uniandes, 2011.

- Salvador Martínez, María, *Autoridades independientes: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Barcelona, Ariel, 2002.
- Santos, Juan Manuel, *Palabras del Presidente Juan Manuel Santos en el Encuentro con la Constitución. “20 Años. Logros y Pendientes”*, en *la Universidad de los Andes*, 2011. Consultado en [http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2011/Junio/Paginas/20110621_06.aspx].
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, “Los servicios públicos: vicisitudes y fundamentos de un tema jurídico inconcluso e impreciso”, en Alfredo Arismendi y Jesús Caballero Ortiz (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías* (tomo 2), Madrid, Civitas, 2003.
- Sarria, Consuelo, “¿Las agencias son unidades administrativas especiales?”, en *Revista digital de derecho administrativo*, n.º 13, primer semestre/2015. Disponible en [<http://ssrn.com/abstract=2632676>].
- Schrefler, Lorna S., *Economic Knowledge in Regulation: The use of Expertise by Independent Agencies*, Reino Unido, University of Essex, 2013.
- Senado y Cámara, *Gaceta del Congreso*, n.º 59, 28 de febrero del 2011, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.
- Senado y Cámara, *Gaceta del Congreso*, n.º 94, 17 de marzo del 2011, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.
- Senado y Cámara, *Gaceta del Congreso*, n.º 182, 12 de abril del 2011, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.
- Senado y Cámara, *Gaceta del Congreso*, n.º 349, 31 de mayo del 2011, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.
- Senado y Cámara, *Gaceta del Congreso*, n.º 499, 11 de julio del 2011, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.
- Senado y Cámara, *Gaceta del Congreso*, n.º 527, 18 de agosto del 2010, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.

- Senado y Cámara, *Gaceta del Congreso*, n.º 590, 11 de agosto del 2011, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.
- Senado y Cámara, *Gaceta del Congreso*, n.º 592, 2 de septiembre del 2010, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.
- Senado y Cámara, *Gaceta del Congreso*, n.º 730, 28 de septiembre del 2011, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.
- Senado y Cámara, *Gaceta del Congreso*, n.º 787, 19 de octubre del 2010, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.
- Senado y Cámara, *Gaceta del Congreso*, n.º 789, 19 de octubre del 2010, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.
- Senado y Cámara, *Gaceta del Congreso*, n.º 852, 3 de noviembre del 2010, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.
- Senado y Cámara, *Gaceta del Congreso*, n.º 924, 01 de diciembre del 2011, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.
- Subcomisión de Libertad de Información y Medios de Comunicación, *Propuestas de las comisiones preparatorias: Asamblea Constitucional*, Bogotá, Presidencia de la República, 1991.
- Valencia Villa, Hernando, *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Panamericana, 2010.
- Vargas Silva, Catalina, “La Comisión Nacional de Televisión: entre inútil y cooptada”, en Mauricio García-Villegas y Javier E. Revelo Rebolledo (eds.), *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*, Bogotá, Dejusticia, 2009.
- Vélez Vieira, Cristina, “‘Todas las formas de lucha’ contra el tercer canal”, en *La Silla Vacía*, 1.º de julio del 2010. Disponible en [<http://www.lasillavacia.com/historia/16389>].
- Vizcaíno, Milciades, “La legislación de la televisión en Colombia: Entre el Estado y el mercado”, en *Historia Crítica*, n.º 28 (2005).

Wohlers, Marcio y García-Murillo, Martha (eds.), *EnREDos Regulación y estrategias corporativas frente a la convergencia tecnológica*, Bogotá, CEPAL, 2009.

Yances, Germán, “Tercer Canal de televisión: un calvario jurídico y político”, en *Razón pública.com*, 2009. Disponible en [<http://razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/2790-tercer-canal-de-television-un-calvario-juridico-y-politico.html>].

Zapata, María Isabel y Ospina de Fernández, Consuelo, “Cincuenta años de la televisión en Colombia. Una era que termina, Un recorrido historiográfico”, en *Historia Crítica*, n.º 28 (2005).

EL ESTADO Y LA POLÍTICA DE LA RENOVACIÓN URBANA EN BOGOTÁ

Catalina VILLEGAS DEL CASTILLO*

INTRODUCCIÓN

En la actualidad las problemáticas urbanas ocupan un lugar importante en la deliberación pública, en los discursos de los políticos e, incluso, en los medios de comunicación y en las redes sociales. Estas discusiones se enfocan en los aspectos más convencionales de las ciudades, como la inseguridad, los servicios públicos, la movilidad, la inoperancia de las entidades públicas para la gestión de asuntos urbanos, entre otros temas que aquejan al ciudadano del común.

Sin embargo, podría decirse que en esos debates sobre lo urbano la idea de *ciudad* o de lo *público* ha sufrido una transformación importante dado que se ha entendido que las dinámicas físicas en las ciudades están acompañadas de aspectos no sólo económicos, sino ambientales, sociales y culturales. En el actual mundo globalizado la etiqueta *ciudades sostenibles* ha permitido enmarcar en un mismo paquete todas estas dimensiones¹, tal y como ha sucedido con los conceptos de *ciudades verdes*, *ciudades inteligentes* o *movilidad sostenible*.

En lo que respecta al caso colombiano se han escuchado voces que llaman la atención sobre la necesidad de preparar a las ciudades para el posconflicto. Esto supone que ante una posible firma de los acuerdos de paz en el futuro, los núcleos urbanos deben estar preparados para recibir, atender e incluir a ciudadanos que han estado por fuera del sistema y que buscan oportunidades de reinserción en las ciudades.

Así las cosas, es posible afirmar que se ha dado una transformación sobre el lugar y el alcance de los temas urbanos, así como sobre el significado del *Estado* y de lo *público* en estos asuntos. Grupos locales de ciudadanos organizados, el

* Abogada de la Universidad de los Andes con maestría en Historia de la misma universidad y en Planeación Urbana de New York University. El presente texto es producto de las reflexiones como parte del equipo del Programa Progreso Fenicia de la Universidad de los Andes durante el 2014. También es el resultado de las discusiones con los profesores que forman parte del proyecto de “Estado regulador” de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Por último, la autora agradece de manera especial a Elsa Bohórquez, Clemencia Escallón y Carlos Montoya por el tiempo y la dedicación en las respuestas a las preguntas e inquietudes planteadas en las entrevistas.

¹ Sobre la noción de *ciudades sostenibles*, véase Scott Campbell, “Green Cities, Growing Cities, Just Cities? Urban Planning and the Contradictions of Sustainable Development”, en Scott Campbell y Susan Fainstein (eds.), *Readings in Planning Theory* (2.ª ed.), Oxford, Blackwell, 2003, pp. 435-458.

auge de profesionales que ofrecen servicios de consultoría en estos temas y el discurso de organismos internacionales, ONG y tanques de pensamiento han contribuido en esta tarea de posicionamiento de las políticas de desarrollo urbano en las agendas internacionales y nacionales.

La *política de renovación urbana*, entendida en su definición más convencional como la intervención del Estado en los centros urbanos que han sufrido un deterioro físico y la pérdida de valor económico, no ha sido ajena a esta mutación o cambio en el discurso. Los paradigmas más recientes, producto de la reinención de las reglas de juego, que se han dado como respuesta a las críticas de activistas en distintos países por las dinámicas de expulsión de los habitantes tradicionales que se generan con estos procesos han conllevado a que, en el caso de Bogotá por ejemplo, se establezcan como principios rectores de la política de renovación la protección de los moradores ante la gentrificación y, en esa misma lógica, la importancia de la asociatividad de los propietarios del suelo con los promotores inmobiliarios públicos o privados. Este último principio se ha utilizado en el discurso de las administraciones locales para privilegiar la negociación con los propietarios, en lugar de las medidas como la expropiación, que son percibidas como injustas y tortuosas por quienes son expropiados.

El propósito de este artículo es, entonces, aproximarse a la forma en la que el Estado ha intervenido y regulado el mercado del suelo urbano, en específico en los procesos de renovación urbana de Bogotá. Es importante advertir de entrada que, como afirma Samuel Jaramillo, el Estado persigue varias finalidades cuando regula el suelo urbano: en primer lugar, interviene para *planificar* o definir los usos del suelo; en segundo lugar, reglamenta con objetivos *fiscales* mediante instrumentos tributarios o de captura de valor; y, por último, hace todo esto para garantizar la *redistribución* del suelo, por ejemplo, mediante el acceso al suelo para vivienda social o para el disfrute del espacio público de calidad². Estas finalidades *fiscales*, *de planificación* y *redistribución* se concretan en proyectos de renovación urbana en la medida en que el Estado interviene para transformar zonas que han perdido valor económico reasignando usos o haciéndolos más rentables, definiendo mecanismos tributarios para la obtención de recursos que permitan la viabilidad financiera de estos proyectos e incentivando la generación de suelo para vivienda, espacio público y equipamientos. Estas formas de regulación o de intervención

² Samuel Jaramillo, *Precios inmobiliarios y método residual de estimación del precio del suelo. Propuesta de modelo simplificado y análisis de sus bases teóricas*, Bogotá, Documentos Cede. Universidad de los Andes, n.º 41, 2006, p. 27.

dependen de un contexto institucional específico en el que las entidades responsables toman decisiones con relación al uso y consumo del suelo.

A partir de estas afirmaciones, en este artículo se propone una aproximación tanto a las políticas y a las reglas de juego que gobiernan la renovación urbana como a la institucionalidad asociada con la regulación del suelo. También se propone un análisis de la relación del sector público con el privado (se incluyen en estos últimos a los denominados *inversionistas* y *promotores* de los proyectos de renovación urbana), así como con la comunidad o los grupos de propietarios, en cuanto actores que intervienen de manera directa en la forma en la que se reglamenta y se gobierna el suelo urbano.

Como se verá más adelante, la hipótesis que guía este artículo es que, a pesar de que la función reguladora del Estado es fundamental para que las iniciativas de renovación urbana sean una realidad y para que se garanticen los objetivos definidos en la ley, se requiere también de la participación del sector privado no sólo por el aporte de capital que pueden hacer a estos proyectos, sino para compartir los riesgos con el sector público. Además, se requiere de la participación de los propietarios del suelo y de las comunidades de vecinos en su papel de actores que dan legitimidad social y política a este tipo de iniciativas. Al tener esto en cuenta, si la ecuación de función reguladora del Estado, el aporte de privados inmobiliarios y la participación de propietarios del suelo y de vecinos no están completos o en equilibrio, la renovación urbana está destinada al fracaso.

Esta lectura de la renovación urbana contribuye a nutrir el debate sobre las razones que pueden explicar el fracaso de esta política en ciudades como Bogotá. Algunos han mencionado que la falta de éxito puede explicarse por: la falta de regulación del Estado de los temas urbanos y, por lo tanto, el aprovechamiento de los privados de este vacío para operar conforme a las dinámicas del mercado; la falta de claridad en la administración distrital sobre el significado y alcance de la renovación urbana como política pública, y la falta de inclusión de los vecinos en la formulación de los proyectos, entre otros³. El panorama es preocupante en el escenario bogotano si se tiene en cuenta que de los veintitrés planes parciales de renovación urbana que se han presentado a la administración de Bogotá desde el año 2006, cuando se reglamentó el trámite de este instrumento

³ El siguiente texto ofrece algunas razones que pueden explicar el retraso de la agenda de la renovación urbana en Bogotá: Yadira Catalina Martínez Castillo, *La ciudad de la renovación. Bogotá: 1951-1980* (tesis de maestría), Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2012. Consultado en [http://www.bdigital.unal.edu.co/10236/1/393259.2012.pdf].

en el Decreto 2181 de ese año, la mayoría cuenta con los respectivos decretos de adopción, pero pocos se han ejecutado⁴. Se aclara que el *plan parcial* es el instrumento que por ley debe utilizarse para gestionar los suelos con tratamiento urbanístico de renovación urbana, los cuales pueden presentar las entidades públicas, los promotores privados o pueden ser de iniciativa mixta; se trata de un mecanismo que privilegia la gestión asociada de un área de terreno en oposición a un desarrollo individual de predios separados.

Este artículo complementa las explicaciones antes enunciadas sobre el retraso o fracaso de la agenda de la renovación urbana de Bogotá. Se reitera que aquí se propone un énfasis en una lectura de las políticas y de la normatividad que gobiernan el suelo urbano para los procesos de renovación urbana, así como una identificación de la institucionalidad asociada a estos marcos reguladores. Esta aproximación se propone desde dos cuerpos teóricos: el primero corresponde al del *Estado regulador*, que intenta explicar la creación del sector público o su regulación de los mercados mediante figuras como las *agencias reguladoras*. Como se verá más adelante, este lente teórico ayuda a comprender la institucionalidad de la renovación urbana en cabeza de la Secretaría Distrital de Planeación (SDP), como entidad reguladora de la norma urbana, y de la Empresa de Renovación Urbana de Bogotá (ERU), como la encargada de liderar y de ejecutar estos proyectos; el segundo marco conceptual corresponde a las nuevas teorías de la administración pública que advierten que, contrario a la idea convencional de que las administraciones son estructuras racionales, burocráticas y organizadas, en realidad son impredecibles, caóticas y desordenadas⁵.

Con el fin de cumplir estos objetivos, en la primera parte se aborda la institucionalidad de la planeación urbana, en general, y de la renovación urbana, en particular, a lo largo del tiempo. Esta línea cronológica tiene como finalidad ubicar la noción de *política* y su alcance, las funciones del Estado y el lugar de los privados y de las comunidades de vecinos en estos procesos. Esta revisión histórica sugiere que la política de renovación urbana, tanto en una escala nacional como local, no es un asunto nuevo, sino que por el contrario surge a

⁴ Para mayor información véase Secretaría Distrital de Planeación de Bogotá, *Ordenamiento territorial. Planes parciales*, Bogotá. Consultado en [http://www.sdp.gov.co/MM_PlanesParciales/planesparciales.html]. Los planes parciales que cuentan con decreto de adopción y que a febrero del 2016 se están ejecutando son: Plan Parcial Sabana, Plan Parcial Triángulo de Fenicia, Plan Parcial el Pedregal y Plan Parcial Clínica Shaio.

⁵ Para mayor detalles sobre los autores y las tesis principales de estos trabajos véase Lina Buchely, “Más allá del modelo weberiano: el debate sobre las burocracias y el Estado”, en Akhil Gupta *et al.*, *Las burocracias: una aproximación distinta a la manera en la que pensamos el Estado*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2014, pp. 11-95.

finales de la década de 1950 y coincide con la consolidación de una gerencia pública “moderna” de los asuntos urbanos. En la segunda parte se pone énfasis en la institucionalidad actual para hacer una lectura de las entidades encargadas de diseñar y ejecutar los proyectos de renovación urbana con el propósito de comprender la manera en la que el Estado se relaciona con los propietarios y vecinos en estas áreas. Se reitera que el interés en esta parte es aproximarse a las dinámicas mediante las cuales se construyen las representaciones de la administración pública, de manera más específica del Distrito, a partir de la relación e interacción con la comunidad. Por último, se proponen unas reflexiones finales a propósito del ejercicio desarrollado en el texto.

I. ¿Qué hace el Estado en la renovación urbana?: lectura desde la función interventora y reguladora

En este apartado se propone revisar la institucionalidad de la planeación urbana, en general, y de la renovación urbana, en particular, con el fin de identificar las funciones del Estado en estos procesos y la forma en la que éste se relaciona con los distintos actores. Se propone una perspectiva histórica que tiene como propósito ilustrar los cambios y las continuidades del papel del Estado en su función interventora. Es así como se hará referencia al marco normativo, a la institucionalidad y a los documentos de política pública en los que puede hacerse este rastreo.

Para autores como Juan Carlos del Castillo, la consolidación de la gestión pública urbana fue relativamente tardía en el caso colombiano⁶. Afirmar que los instrumentos modernos de planeación del territorio sólo aparecieron hasta 1950, sin que esta afirmación suponga desconocer los esfuerzos más tempranos que se hicieron en el siglo XX “por transformar la ciudad en la lógica de la ciudad moderna”⁷.

El comienzo del siglo XX se caracterizó por la expedición de los denominados *planos futuros* heredados del modelo del *city planning* inglés “como norma y reglamento del progreso municipal futuro”⁸, que para el caso de Bogotá se tradujo en la expedición del Acuerdo 25 de 1925. También se definieron entidades encargadas de implementarlos, por lo que en el año 1933 el Concejo de Bogotá

⁶ Juan Carlos del Castillo, *Bogotá. El tránsito a la ciudad moderna 1920-1950*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2003, p. 12.

⁷ *Idem*.

⁸ *Ibid.*, p. 75.

autorizó la creación del Departamento de Urbanismo dependiente de la Secretaría de Obras mediante el Acuerdo 28 de ese año. Como puede observarse, en estos primeros intentos de definir una institucionalidad para la planeación de la ciudad se definió el instrumento para hacerlo (el plan futuro) así como la entidad responsable de ejecutarlo (el Departamento de Urbanismo), pero, a pesar de estos esfuerzos, el Plan de Desarrollo Bogotá Futura nunca llegó a implementarse, lo que deja en evidencia la debilidad del Gobierno local y de la institucionalidad de ese entonces para impulsar y construir proyectos de ciudad. La intervención pública en estos años se enfocó más que todo en la definición de la malla vial y en la prestación de servicios públicos como prioridades de la administración⁹. Años más tarde, el Departamento de Urbanismo se transformaría en la Oficina de Planificación Distrital de Bogotá mediante el Acuerdo 53 de 1956 y se reformarían su organización y sus funciones con la expedición del Acuerdo 24 de 1958.

Samuel Jaramillo comenta que entre las décadas de 1940 y 1960 el Estado cumplió una función interventora por medio de la planeación de las ciudades, definiendo marcos normativos, creando entidades y decidiendo proyectos urbanos¹⁰. Él denomina esta época *urbanismo funcionalista*. En ella se priorizaron las condiciones físicas del territorio para la gestión urbana. Las herramientas de este enfoque fueron las normas urbanas que fijaban los usos del suelo, las densidades y otras características arquitectónicas, mientras el trazado de las vías era el elemento sobre el que se estructuraba esta lógica¹¹. Otra característica que advierte el autor es que para este momento la administración pública no incorporó el factor del mercado del suelo urbano en los instrumentos de planeación. Es así como

[...] esta aproximación omite completamente la consideración del mercado inmobiliario y de las tierras urbanas. En los múltiples proyectos y planes elaborados en esta tradición no encontramos ninguna indagación sobre este asunto. Rara vez se hallan en sus enormes tomos algún precio, bien sea de la tierra o de sus edificaciones, para no hablar de alguna alusión a los agentes que intervienen en estos mercados¹².

La importancia del mercado del suelo urbano se incorporaría con posterioridad, por ejemplo, en los marcos normativos que reglamentaron la política de renovación urbana. En 1950 y en 1960 se expedieron las primeras reglamentaciones

⁹ Samuel Jaramillo, *Acerca de la investigación en mercados de tierra urbana en América Latina*, Bogotá, Documentos Cede. Universidad de los Andes, n.º 22, 2013, p. 4.

¹⁰ *Ibid.*, p. 3.

¹¹ *Ibid.*, p. 4.

¹² *Ibid.*, p. 5.

orientadas a adelantar proyectos de renovación urbana tanto en una escala nacional como local. El primero de estos intentos correspondió a la expedición del Acuerdo 85 de 1959 del Concejo de Bogotá, “por el cual se crea el Fondo Rotatorio de Redesarrollo, se autoriza una emisión de bonos de deuda pública y se dictan otras disposiciones”. En el artículo 1.º es posible identificar el contenido y el alcance que la renovación urbana tuvo en estos años:

Artículo 1. Para los efectos de este Acuerdo se entiende por Redesarrollo el proceso de Renovación Urbana, por medio del cual se cambia total o parcialmente el uso a que se destinen determinadas áreas de la ciudad, *mediante la acción del Distrito y de los particulares* para obtener que aquellas áreas deterioradas o inadecuadamente utilizadas, *se destinen apropiadamente al uso público, al privado o a ambos, según las necesidades de modernización, reconstrucción, embellecimiento o saneamiento de la ciudad*¹³ (énfasis agregado).

Esta normativa definió por primera vez los principales elementos de la política en el contexto bogotano: (1) la renovación urbana era una forma de *redesarrollo*, es decir, una estrategia urbanística que priorizaba aquellas áreas en las que debe cambiarse el uso por el deterioro que se presenta; (2) se suponían alianzas entre el sector público y el privado, y (3) los objetivos eran transformar las zonas deterioradas, así como modernizar, construir, embellecer o sanear la ciudad. Al retomar la pregunta por la función del Estado, es posible afirmar a propósito de esta norma que, desde estos primeros intentos, se concibe la renovación como una intervención del Distrito con la participación del sector privado para el logro de unos objetivos específicos de transformación física del territorio. El énfasis de la renovación urbana estuvo entonces en el mejoramiento del entorno urbano desde el punto de vista arquitectónico.

En el artículo 3.º se encargó a la entonces Oficina de Planificación Distrital determinar las áreas de intervención, así como definir la reglamentación de usos urbanos en estas zonas. Por otro lado, en el artículo 5.º se autorizó la creación del Fondo Rotatorio de Redesarrollo encargado de la ejecución de los proyectos de renovación urbana, debiendo destinar su patrimonio a la adquisición de inmuebles y a la ejecución y financiación de las obras¹⁴. Este patrimonio estaría constituido por el producto de la emisión de bonos y por el saldo de las operaciones de redesarrollo, entre otros¹⁵.

¹³ Concejo de Bogotá, Acuerdo 85 del 9 de septiembre de 1959.

¹⁴ Concejo de Bogotá, Acuerdo 85 del 9 de septiembre de 1959, artículo 10.º.

¹⁵ *Ibid.*, artículo 9.º.

Al parecer, la ciudad no sólo se tomó en serio la tarea de emprender proyectos de renovación en estos años, sino que además, tal y como lo menciona Juan Carlos del Castillo, desarrolló instrumentos de gestión pública “modernos” que significaron alianzas con el sector privado a través de herramientas típicas del sector financiero, como la emisión de bonos. A pesar de estos esfuerzos de tipo normativo y de una agenda de política de renovación urbana impulsada por el entonces alcalde Virgilio Barco Vargas, entre los años 1966 a 1969, en particular con el proyecto de regeneración de la zona de San Façon en el centro de Bogotá, estos proyectos no llegaron a materializarse¹⁶.

Un segundo hito significativo en la política de renovación urbana nacional consistió en la expedición de la Ley 3.^a de 1962,

por medio de la cual se ordena la construcción del Centro Cívico Nacional, [se] crea el Fondo Rotatorio de Renovación Urbana y se declara de utilidad pública la zona comprendida entre las calles 6 y 11 y carreras 6 a 10¹⁷.

En esta normativa, la renovación urbana se convirtió en un instrumento con una finalidad específica: dotar de espacio y de edificaciones a las entidades públicas de alcance nacional en el centro de Bogotá. Esta reglamentación conservó el esquema de gestión propuesto en Bogotá en 1959 con la constitución de un fondo para tales efectos. Desde el punto de vista de la estructura del Estado y de la gestión pública, los denominados “fondos de redesarrollo o de renovación” parecían ser la alternativa jurídica más indicada para la financiación y gestión de la renovación urbana en estos años. Las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta concebidas como estrategias para la colaboración del sector público con el privado sólo aparecerían años más tarde con la reforma de 1968.

A propósito de este modelo de los “fondos”, el Departamento Administrativo de Planeación afirmaba sobre la participación de los privados que

[l]a participación de los particulares en programas de esta índole ya sea para la adquisición de bonos o por ser ejecutores de las obras le da una gran flexibilidad al sistema sin comprometer grandes sumas de dinero que la ciudad difícilmente podría destinar a este fin¹⁸.

¹⁶ Clemencia Escallón, profesora y consultora en temas urbanos. Entrevista realizada el 31 de marzo del 2014.

¹⁷ Congreso de la República, Ley 3.^a del 23 de enero de 1962, en *Diario Oficial*, n.º 30717, 3 de febrero de 1962.

Es posible identificar el reconocimiento de que el Estado por sí solo no podía adelantar este tipo de proyectos y, por tanto, que los privados garantizaban el flujo de caja y la factibilidad de estas iniciativas. En otro documento de la administración de la ciudad se afirmaba que “[e]s necesario crear los mecanismos adecuados, para darle a la tierra la finalidad social, liberando el proceso de renovación, a su obstáculo principal, como es la especulación de la misma”¹⁹. Como puede observarse, ya en estos años había una preocupación por el precio del suelo urbano como factor decisivo para la gestión y el éxito de la renovación, por lo que el discurso de la función social de la propiedad que podía concretarse en la regulación del mercado del Estado parecía apropiado.

La Ley 3.^a de 1962 nunca llegó a materializarse. En un balance que haría el entonces Departamento Administrativo de Planificación Distrital sobre la política de renovación en la ciudad se afirmó:

Es importante anotar que esta Ley por falta de estar ubicada dentro de un ordenamiento adecuado no ha podido ser operante [*sic*]. Es así como no se procedió con lo ordenado en esta Ley y el Fondo Rotatorio de Renovación Urbana nunca se integró formalmente. Como resultado hemos visto que la mencionada zona quedó congelada²⁰.

La Ley 3.^a constituye un antecedente de la actual Agencia Virgilio Barco (antes Empresa Nacional de Renovación Urbana Virgilio Barco), creada en el 2011. Aprobada mediante el Decreto-Ley 4184, esta entidad surgió por iniciativa del presidente Juan Manuel Santos con un objetivo específico: encargar a una entidad del orden nacional la renovación o remodelación de inmuebles de la administración pública. La labor de la empresa está orientada en la actualidad a intervenir un sector específico de Bogotá, el Centro Administrativo Nacional, para “actualizar” las sedes administrativas donde suelen ubicarse inmuebles de la administración pública que prestan distintos servicios a los ciudadanos; también está adelantando el plan parcial de renovación Ministerios, que incluye las edificaciones y los predios cercanos a la residencia del presidente de la República. La preocupación por encargar a autoridades específicas la labor de generación de nuevas edificaciones y de actualización o modernización de las ya

¹⁸ Departamento Administrativo de Planificación Distrital, *La planificación distrital en Bogotá*, Bogotá, Alcaldía Mayor, 1964, p. 216.

¹⁹ Departamento Administrativo de Planeación Distrital, *Política de desarrollo urbano para Bogotá*, D. E., junio de 1971, p. 109.

²⁰ *Ibid.*, p. 110.

existentes no es nueva, sino que por el contrario se remonta al siglo XX, según lo dispuesto en la Ley 3.^a de 1962.

Más adelante, en la década de 1970, el Banco Central Hipotecario y el Instituto de Crédito Territorial fueron los encargados de ejecutar proyectos de renovación urbana en todo el país²¹. A escala local, Bogotá contaba con la Caja de Vivienda Popular y Valorización para hacerlo²². Así, la institucionalidad de la renovación urbana existía tanto a escala nacional como local. Ya para ese entonces el Distrito se quejaba de la falta de articulación entre los dos alcances, pero más específicamente, de la forma en la que el gobierno nacional adelantaba proyectos de renovación en la ciudad sin consultar a las autoridades locales. En un documento del Departamento Administrativo de la Defensa del Espacio Público de 1971 se menciona que tanto el Banco Central Hipotecario como el Instituto de Crédito Territorial ubicaban recursos “[...] en determinados planes sin contar con organismos descentralizados con la colaboración del legislativo ni con las oficinas de planeación”²³.

La década de 1970 parece ser confusa sobre el concepto de *renovación* y su alcance en Bogotá: la política no estuvo orientada sólo a la recuperación física y arquitectónica de áreas deterioradas de la ciudad, según dictaba la lógica del Acuerdo 85 de 1959, sino también a la realización de intervenciones en barrios informales en situación de deterioro y a la construcción de viviendas en propiedad horizontal²⁴. En esta concepción de *renovación*, el objetivo ya no era sólo embellecer o modernizar la ciudad, sino también generar vivienda. Para algunos, esta confusión sobre los objetivos de la política de renovación ha llevado a que en el caso de Bogotá, de manera específica, la ciudad no tenga claridad sobre los propósitos o la forma de proceder²⁵. Además, ha generado que la renovación se hiciera predio a predio y no por medio de mecanismos de gestión asociada, como los planes parciales o las operaciones urbanas.

El anterior recorrido histórico permite proponer el siguiente balance: en las décadas de 1960 y 1970 Bogotá tuvo una entidad encargada de regular la urbanización, en general, y la renovación, en particular, en cabeza del Departamento Administrativo de Planeación Distrital; también hubo interés de adelantar esta

²¹ *Idem.*

²² *Idem.*

²³ *Ibid.*, p. 111.

²⁴ Véase Departamento Administrativo de Planificación Distrital, *La planificación distrital en Bogotá*, cit., pp. 207 y 211.

²⁵ Escallón, *op. cit.*

política para que tuviera un alcance nacional y de ejecutarla por medio de las correspondientes entidades nacionales que al parecer no tenían articulación o coordinación con el entorno local. La lógica de la renovación en estos años ya no tenía el enfoque de embellecimiento y de modernización que tuvo en el primer período, sino que propuso objetivos orientados a la construcción de vivienda. Las posibilidades de asociación con el sector privado siempre fueron una constante en estos marcos de regulación.

Después, el Concejo de Bogotá expidió el Acuerdo 7 de 1979 mediante el cual se adoptó el Plan General de Desarrollo Integrado de la ciudad. En el artículo 1.º se leen los propósitos de la planificación en los siguientes términos:

El proceso planificador está conformado por políticas, programas, proyectos y normas, orientadas a regularizar y encauzar el desarrollo social, económico y físico de la Ciudad, [sic] proponiendo como meta el progresivo mejoramiento de la calidad de la vida de las gentes que la habitan²⁶.

Así mismo se señala que el plan está “orientado a coordinar las acciones de los sectores público y privado dentro de un estricto criterio de justicia social”²⁷. Es importante destacar entonces que con esta normatividad se introduce un instrumento de planeación que debía incluir la dimensión física, social y económica, y que al mismo tiempo reconocía la participación del sector privado en este proceso.

Después se expidió la Ley 9.ª de 1989 “por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones”²⁸. En esta normativa se continuó con la lógica de un único instrumento para la planeación de las distintas dimensiones (física, social y económica) y además se definió un marco de reglamentación específico para la renovación urbana. Es así como en el artículo 39 se dispuso que los planes de renovación urbana estarían dirigidos “a introducir modificaciones sustanciales al uso de la tierra y de las construcciones para detener procesos de deterioro físico y ambiental de los centros urbanos”²⁹. Así mismo, se propusieron como objetivos de estos planes: (1) el mejoramiento de la calidad de vida de los mora-

²⁶ Concejo de Bogotá, Acuerdo 7 del 20 de noviembre de 1979, artículo 1.º.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Congreso de la República, Ley 9.ª del 11 de enero de 1989, en *Diario Oficial*, n.º 38650, 11 de enero de 1989.

²⁹ *Ibid.*, artículo 39.

dores, (2) el aprovechamiento intensivo de la infraestructura de servicios públicos, (3) la densificación, (4) la descongestión y (5) la rehabilitación de bienes históricos y culturales. Este sería entonces un primer marco normativo nacional para la definición de políticas de renovación en el país y en los municipios. Es importante destacar que aunque en esta regulación se incluyó la concepción tradicional de la *renovación* de intervenir áreas urbanas deterioradas y con pérdida de valor económico, al mismo tiempo se propusieron otros objetivos más acordes con las necesidades de las ciudades contemporáneas, como la densificación y la descongestión.

Samuel Jaramillo denomina la década de 1980 un *urbanismo posmodernista* que se caracteriza por cuestionar el intervencionismo del Estado y, por tanto, advierte su incapacidad para responder a los problemas urbanos³⁰. En este enfoque se propusieron dos grandes temas para la agenda pública: por un lado apareció con gran fuerza el discurso de la competitividad, “pues se concibe que la meta del desarrollo urbano es triunfar en la batalla que se establece entre las ciudades en el mercado local” y por otro se propuso el enfoque de las operaciones público-privadas³¹. Si bien es cierto que las alianzas con el sector privado se previeron en la política de la renovación urbana desde 1959 y 1963 con la creación de los fondos, según se vio en líneas anteriores, en 1980 y en años posteriores la característica principal fue la de orientar las acciones públicas para garantizar la rentabilidad del sector privado en los procesos de urbanización. En otras palabras, el Estado pasó a intervenir menos en la regulación urbana, pero en aquellos casos en los que lo hizo, promovió reglas de juego orientadas a garantizar primero que todo la rentabilidad de los constructores e inversionistas. Según Jaramillo, esto se tradujo en la necesidad de garantizar usos más rentables como la hotelería de lujo y el turismo³².

Las disposiciones de la Ley 9.^a se complementarían con la expedición de la Ley 388 de 1997 que, entre otras cosas, señala las pautas y define las reglas que en la actualidad deben incluir los municipios en los planes de ordenamiento territorial. Esta ley propone una separación de los instrumentos de planeación física, social y económica, dado que define el contenido y alcance de un nuevo instrumento: el de los planes de ordenamiento territorial. A partir de este momento la planeación municipal se hace con instrumentos separados: por un lado, la dimensión física del territorio, que se caracteriza por ser de largo plazo, forma parte de los planes de ordenamiento territorial y, por otro, la social y económica se traduce en los planes de desarrollo con vigencia de cuatro años. De todas

³⁰ Jaramillo, *Acercas de la investigación...*, cit., p. 11.

³¹ *Idem.*

³² *Ibid.*, p. 12.

formas, el artículo 21 de la Ley 388 de 1997 establece que debe garantizarse una armonización de objetivos en estos dos instrumentos.

El Departamento Administrativo de Planeación Distrital continúa siendo el órgano rector de la política urbana en la ciudad, pero se transforma en la Secretaría de Planeación Distrital (SPD) mediante el Acuerdo 257 del 2006. En el 2013 se expidió el Decreto 16 que consolida las funciones de la Secretaría y en la que se lee que esta entidad es la responsable de “[a]delantar las funciones de regulación del uso del suelo, de conformidad con la normativa que expida el Concejo Distrital y en concordancia con la normatividad nacional”³³. Hoy en día, la Dirección de Patrimonio y Renovación Urbana de la SDP tiene dentro de sus funciones “[e]laborar la reglamentación para los sectores definidos como de renovación urbana y los que se incorporen posteriormente”³⁴.

Las institucionalidades de la renovación urbana en Bogotá como la competencia de definir las áreas que se deben intervenir así como la de establecer las reglas de juego de este tipo de iniciativas recaen en la actualidad en la SDP. Más adelante se precisará con detalle la forma en la que esta labor se complementa con la de la Empresa de Renovación Urbana de Bogotá.

II. La renovación urbana en los planes de desarrollo de Bogotá

Con el fin de tener el panorama completo de la política de renovación urbana para Bogotá, a continuación se hará referencia a los planes de desarrollo de la ciudad en los que es posible identificar la noción de *renovación*, su utilidad y pertinencia, así como los objetivos de política pública que se han trazado y que han variado con las distintas administraciones de la ciudad.

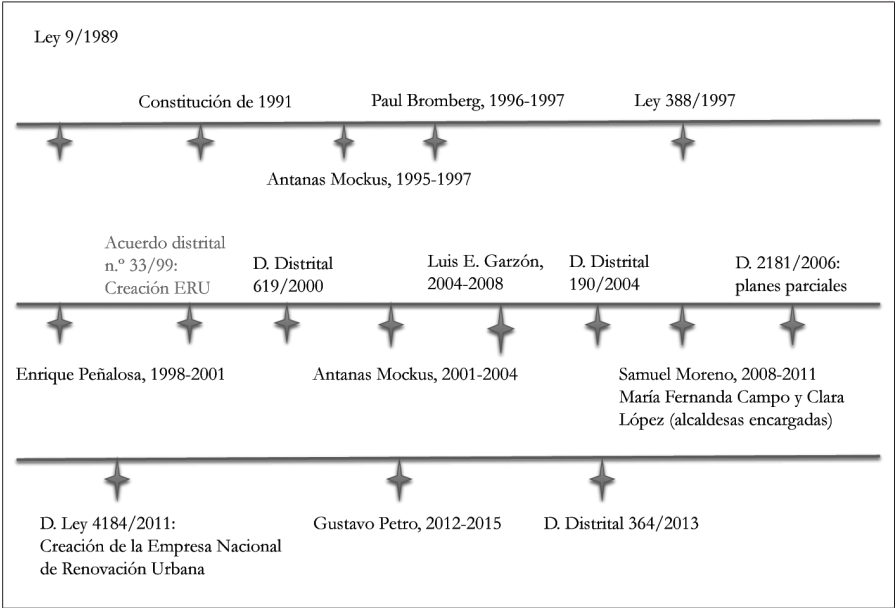
Al hacer una revisión de los planes de desarrollo de Bogotá se advierte que, desde el gobierno de Enrique Peñalosa en 1998, todos estos instrumentos priorizaron y definieron lineamientos de renovación urbana para el centro de la ciudad como estrategia de desarrollo. Como se verá más adelante, la conceptualización de esta política varió entre la lógica económica de recuperar el valor de áreas deterioradas y la de concebirla como una alternativa para la densificación de las ciudades; en años más recientes, el énfasis del concepto se ha puesto en la necesidad de garantizar la participación y permanencia de los moradores en estos procesos, mediante la generación de vivienda.

³³ Concejo de Bogotá, Acuerdo 257 del 30 de noviembre del 2006, artículo 2.º, literal *d*.

³⁴ *Ibid.*, artículo 11, literal *f*.

La siguiente línea de tiempo ubica los gobiernos de la ciudad y los hitos normativos que contextualizan la renovación urbana en el país y en Bogotá.

Línea de tiempo 1. Contexto político y normativo de las políticas de renovación urbana en Colombia



Fuente: elaboración propia.

En el Plan de Desarrollo de Enrique Peñalosa, llamado “Por la Bogotá que Queremos” (adoptado mediante el Acuerdo 06 de 1998), se define la renovación urbana como una “forma de equilibrar la expansión de la periferia y la densificación de la ciudad”³⁵; también se establece que habrá una focalización de programas de renovación “en zonas cuya función urbana resulte inferior al potencial asociado a su localización (subutilizadas) bien porque presentan obsolescencia o porque en razón a proyectos como el metro adquieren un nuevo potencial”³⁶; por último, se define una serie de estrategias de fortalecimiento institucional para llevar a cabo estos proyectos por medio de entidades ejecutoras como Metrovienda, Metrourbe Administradora de Servicios Públicos del Distrito y la Corporación La Candelaria.

³⁵ *Ibid.*, artículo 21.

³⁶ *Idem.*

Es importante advertir que este Plan de Desarrollo constituye el fundamento para la creación de la Empresa de Renovación Urbana de Bogotá, aprobada durante el gobierno de Peñalosa por el Concejo de la ciudad mediante el Acuerdo Distrital 33 de 1999.

Luego, la renovación urbana apareció también en el Plan de Desarrollo del segundo mandato de Antanas Mockus entre los años 2001 y 2004. A diferencia de la conceptualización que se hizo en el de Peñalosa, la renovación aparece en esta ocasión no sólo como una estrategia de densificación de la ciudad, sino como una herramienta para la generación de vivienda de interés social (VIS). Es así como en uno de los proyectos del plan se propone “generar y renovar suelos urbanos para facilitar un oferta inmobiliaria que permita absorber oportunamente las presiones del crecimiento poblacional y los objetivos de la ciudad”³⁷.

En la alcaldía de Luis Eduardo Garzón se consagró la política de renovación principalmente como una estrategia para controlar la expansión urbana y para conseguir que se generara vivienda de interés social. En el artículo 14 del plan *Bogotá sin indiferencia* (adoptado mediante el Acuerdo Distrital 119 del 2004) se definió el objetivo de la renovación urbana: “garantizar el derecho a una vivienda digna y el crecimiento ordenado de la ciudad”³⁸.

En el Plan de Desarrollo de Samuel Moreno, Bogotá Positiva (adoptado mediante el Acuerdo Distrital 308 del 2008) surge un nuevo elemento que no se había tenido en cuenta en los documentos de política anteriores: garantizar que los propietarios en estos procesos fueran partícipes de los beneficios generados con la renovación. Es así como se dispuso de forma explícita que su propósito fuera “[d]esarrollar procesos de renovación urbana que incorporen proyectos de interés social prioritario procurando la vinculación de los actuales residentes y propietarios a los beneficios generados”³⁹.

El Plan de Desarrollo Bogotá Humana del 2012 al 2015 (adoptado mediante el Acuerdo Distrital 489 del 2012) del alcalde Gustavo Petro es quizás un punto de quiebre importante en la conceptualización sobre la *renovación urbana* de la ciudad. Aquí este proceso se concibe como una alternativa para la densificación, para la generación de VIS y para la protección del patrimonio histórico del

³⁷ Plan de Desarrollo Bogotá para Vivir Todos de un Mismo Lado, 2001-2004, adoptado mediante Decreto distrital 440 del 2001, p. 17. Disponible en [http://www.sdp.gov.co/portal/page/portal/PortalSDP/ciudadania/PlanesDesarrollo/Bogotaparavivirtodosdelmismolado].

³⁸ Concejo de Bogotá, Acuerdo 119 del 3 de junio del 2004, artículo 14.

³⁹ *Ibid.*, artículo 10.º.

centro, y se exige la participación de los propietarios y vecinos en estos proyectos en condiciones de asociatividad. También se establece como principio la protección a los residentes en estas áreas ante posibles dinámicas de expulsión. Es por esto por lo que, incluso desde el punto de vista semántico, se habla de *revitalización* y no de renovación. El artículo 22 del Plan de Desarrollo dispuso, entre otras cosas, lo siguiente:

La revitalización urbana en los procesos de densificación tendrá como principio básico orientador proteger la permanencia de los propietarios originales, con base en la implementación de mecanismos voluntarios de actuación asociada y participación equitativa en las cargas y beneficios de los proyectos⁴⁰.

Un segundo elemento distintivo de esta regulación propuesta por el gobierno de Petro fue el de lograr la mezcla social y de usos en estos proyectos. La importancia de este enfoque, al menos desde el punto de vista teórico, es que permite un rompimiento de la segregación social alentando la convivencia de distintos estratos en los proyectos de renovación.

Llama la atención en este repaso que a pesar de que la renovación urbana se percibe desde el punto de vista conceptual como un instrumento para atender necesidades de densificación y de oferta de vivienda superando el énfasis arquitectónico y físico que tuvo la política en las décadas de 1950 y 1960, la referencia a la participación del sector privado o de las posibles alianzas no aparece de manera clara como en esas primeras reglamentaciones.

Se propone complementar la anterior descripción de los documentos de política con el análisis de un nuevo actor, la Empresa de Renovación Urbana, con el propósito de continuar con la lectura sobre la forma de regulación del suelo urbano y de la institucionalidad asociada, teniendo como referente el caso de Bogotá.

III. La aparición de la Empresa de Renovación Urbana en el escenario bogotano

En la institucionalidad de la ciudad, además de la Secretaría Distrital de Planeación con la competencia general de regular los usos del suelo así como de definir las reglas de juego en los proyectos de renovación urbana, debe incluirse a la Empresa de Renovación Urbana (ERU). Según se mencionó, esta entidad se

⁴⁰ Concejo de Bogotá, Acuerdo 489 del 12 de junio del 2012, artículo 22.

creó mediante el Acuerdo 33 de 1999 durante la alcaldía de Enrique Peñalosa. A propósito de la anterior revisión histórica, podría decirse que la ERU es una versión más sofisticada de los denominados fondos que se constituyeron en 1959 y en 1962, pues tiene la forma de *empresa industrial y comercial del Distrito* y porque en su operatividad propone una fórmula novedosa de participación de los privados en la renovación urbana.

El modelo de la ERU no es un caso excepcional. Ciudades como Cali, Medellín y Manizales tienen sus propias versiones con características similares, una de las cuales es su constitución como una empresa industrial y comercial⁴¹. Además, se crearon más o menos en el mismo periodo: el concejo de Medellín autorizó la creación de esta entidad en 1993 y en el caso de Cali se aprobó en el año 2000.

En el contexto internacional es posible identificar experiencias similares mucho más tempranas. En los Estados Unidos, con la Housing Act de 1949 y después con la de 1954 se crearon agencias públicas encargadas de adelantar programas de vivienda en barrios deteriorados objeto de intervenciones de renovación⁴². Según lo comenta E. Bruce Wedge, estas entidades adquirieron la forma de “agencias de redesarrollo” pero, sobre todo, desempeñaron el rol de autoridades y ejecutores de planes de vivienda social a escala local⁴³.

Sobre los antecedentes de la creación de la ERU, Elsa Bohórquez, miembro del equipo consultor del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo que asesoró al alcalde Peñalosa en ese entonces, comenta que la preocupación era crear dos entidades independientes encargadas de los temas de vivienda social, por un lado, y de los de renovación urbana, por el otro. Para el primer caso se pensaba que lo ideal era constituir un banco de tierras con el fin de obtener suelo para la generación de vivienda y para el segundo se esperaba crear una autoridad responsable de obtener suelo para los proyectos de renovación urbana. Es así como en la institucionalidad de la ciudad se les asignaron de manera específica estas funciones a la ya existente Metrovivienda y a la Empresa de Renovación Urbana, respectivamente. El inicio de las actividades de la ERU se condicionó a la posibilidad de contar con recursos suficientes provenientes de la

⁴¹ Esta es la forma jurídica de la Empresa Municipal de Renovación Urbana de Cali y la de la Empresa de Desarrollo Urbano de Medellín.

⁴² Para una aproximación desde la economía urbana a los procesos de renovación en el caso específico de los Estados Unidos, véase E. Bruce Wedge, “The Concept ‘Urban Renewal’”, en *The Phylon Quarterly*, vol. 19, n.º 1 (1958), p. 57.

⁴³ *Idem.*

venta de la entonces Empresa de Teléfonos de Bogotá⁴⁴. Por esta razón, incluso después de terminado el periodo de Enrique Peñalosa y con Antanas Mockus en su segundo mandato (2001-2004), la ERU no había iniciado sus labores ante la falta de recursos económicos que la financiaran. Elsa Bohórquez señala que Mockus llegó a considerar la fusión de la responsabilidad de generación de vivienda social y renovación urbana en una sola entidad, Metrovivienda⁴⁵.

Desde el inicio, la ERU se pensó como una entidad que debía ser autónoma y con un equipo de profesionales sólido para adelantar proyectos complejos de renovación de la ciudad. Su papel adquirió la denominación de “operador” o “gestor” urbano. En las discusiones del equipo consultor encargado de diseñar la empresa se consideró que ésta debía representar los intereses de la ciudad en los procesos de renovación urbana y que al mismo tiempo debía gestionar alianzas con el sector privado, así como generar los incentivos necesarios para que constructores e inversionistas participaran en este tipo de proyectos. Durante estas discusiones se concebía la sinergia entre lo público y lo privado de la siguiente manera: mientras la empresa aportaba elementos como la posibilidad de modificar la norma urbana, adecuar la infraestructura de servicios públicos y expropiar por motivos de utilidad pública, los privados formarían parte de la tarea con el aporte de capital.

En este contexto se pensó que la forma jurídica de la entidad debía ser la de *empresa industrial y comercial*, aunque se discutió también la posibilidad de que fuera una *sociedad de economía mixta*⁴⁶. Se decidió por último constituirla bajo la primera modalidad, no sólo por su labor de velar por el interés general de la ciudad, sino también porque era una forma de garantizar que la participación y el control de la entidad fuera del Distrito en un 100%. En el acuerdo de creación de la entidad se estableció como objetivo principal de la Empresa:

Gestionar, liderar, promover y coordinar mediante sistemas de cooperación, integración inmobiliaria o reajuste de terrenos, la ejecución de actuaciones urbanas integrales para la recuperación y transformación de sectores deteriorados del suelo urbano, mediante programas de renovación y redesarrollo urbano, y para el desarrollo de proyectos estratégicos en suelo urbano y de expansión con el fin de mejorar la competitividad de la ciudad y la calidad de vida de sus habitantes.

⁴⁴ Elsa Bohórquez, miembro del equipo consultor del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo que asesoró a Enrique Peñalosa en la creación de la Empresa de Renovación Urbana de Bogotá. Entrevista realizada el 19 de marzo del 2014.

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Idem.*

Por esto, en la actualidad la política de renovación de la ciudad depende, por un lado, de la Secretaría Distrital de Planeación que define las reglas de juego de los proyectos de renovación y, por otro, de la ERU encargada de llevar a cabo estos proyectos en condición de *operador o de gestor urbano*. Estas tareas deben traducirse tanto en los planes parciales de renovación urbana de iniciativa pública como en los propuestos por la comunidad o en los tramitados por promotores privados⁴⁷. Según Carlos Montoya, exgerente de la ERU, la institucionalidad de la renovación urbana en cabeza de estas dos entidades tiene la función de regular y de intervenir en el “consumo de suelo urbano”⁴⁸. Según se mencionó en la parte introductoria, la intervención del Estado en el suelo es particular, dado que se trata de un bien con unas características específicas. El Estado interviene en los precios del suelo dado que define la forma en la que se ejerce el derecho de propiedad, establece cargas para los promotores inmobiliarios y reglamenta el pago de impuestos para la financiación del suelo urbano, entre otros. En la regulación del suelo urbano hay, entonces, siguiendo a Samuel Jaramillo, “fines de planificación, fiscales, redistributivos”⁴⁹. Así, el marco normativo de la planeación urbana, en general, y de la renovación urbana, en específico, está determinado por una acción interventora de los Gobiernos locales guiada por la lógica del Estado social de derecho que se expresa en principios constitucionales como la función social de la propiedad (artículo 58 de la Constitución de 1991), la participación de las autoridades públicas en la participación de la plusvalía que genere su acción urbanística (artículo 82) y la distribución equitativa de las cargas y los beneficios (artículo 334).

El Estado interventor y regulador del mercado opera entonces en la lógica del Estado social de derecho. Según lo ha advertido la Corte Constitucional, “[l]a regulación, en tanto que mecanismo de intervención del Estado, busca garantizar la efectividad de los principios sociales y el adecuado funcionamiento del mercado”⁵⁰. Es importante aclarar que esta noción de *Estado regulador* no reemplaza en forma alguna la de *Estado social de derecho* sino que, por el contrario, siguiendo a David Levi-Faur, se trata de una actividad complementaria que requiere que entidades burocráticas diseñen e implementen políticas públicas con algún grado de discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones⁵¹. De esta

⁴⁷ Decreto 2181 del 29 de junio del 2006, artículo 3.º, en *Diario Oficial*, n.º 46 320, 5 de julio del 2006.

⁴⁸ Carlos Montoya, actual gerente de la Empresa de Renovación Urbana de Bogotá. Entrevista realizada el 27 de marzo del 2013.

⁴⁹ Jaramillo, *Precios inmobiliarios...*, cit., p. 27.

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-150 del 25 de febrero del 2003.

⁵¹ David Levi-Faur (ed.), *Handbook of the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 667 y 668.

manera, en la política de renovación urbana el Estado aparece como un agente interventor del mercado del suelo urbano mediante la creación de valor en áreas deterioradas de la ciudad, según la lógica tradicional de la *renovación*, así como un ente con el objetivo de romper con la segregación social y el uso ineficiente del suelo urbano, bajo el enfoque de la *revitalización*. Se muestran entonces fines sociales y económicos que terminan por configurar el tipo de intervención nacional y local. En un escenario en el que no hubiera intervención se dejaría en manos del mercado la asignación del suelo así como la definición de los usos, las densidades, los rangos de edificabilidad y los proyectos de renovación con utilidades para los promotores, pero sin condiciones ciertas de estabilidad para los propietarios del suelo con dinámicas de especulación en los mercados de suelo.

Una segunda característica de la regulación, que se menciona en la Sentencia C-150 del 2003 referida, es la misión de “mantener un equilibrio entre intereses legítimos contrapuestos en contextos socio-económicos de gran dinamismo”⁵². Podría decirse que para el caso de la renovación o revitalización, tanto la Secretaría Distrital de Planeación como la ERU deben definir y aplicar reglas de juego que logren un punto de encuentro entre los intereses privados de propietarios, constructores e inversionistas, por un lado, y los del gobierno local o el interés público, por el otro, con el fin de lograr procesos de intervención responsables que supongan desarrollo urbano. Uno de los cuestionamientos que hacen los promotores privados de planes parciales de renovación urbana es que las cargas que se imponen, como la construcción de vías locales, de espacio público o de redes matrices de servicios públicos, dificultan mucho la participación por los altos costos que deben asumirse.

La pertinencia de esta aproximación de *Estado regulador* para el análisis que se propone en este artículo radica en que permite comprender las tareas y actividades del sector público en la regulación del consumo de suelo, bien a través de las actividades de la Secretaría Distrital de Planeación o en el día a día de la ERU. En ambos casos se trata de funciones que no son legislativas, ni judiciales, pero que terminan por incidir y definir reglas de juego para el funcionamiento del mercado y de la sociedad⁵³. Se trata de labores de regulación que en palabras de Levi-Faur son “instrumentos para hacer ingeniería social y económica”⁵⁴.

⁵² Sentencia C-150.

⁵³ Para David Levi-Faur, “[...] en otras palabras, la regulación es sobre un ejercicio burocrático y administrativo de regulación, y no legislativo, ni judicial” (traducción personal). David Levi-Faur, “Regulation and Regulatory Governance”, en David Levi-Faur (ed.), *Handbook of the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, p. 6.

A pesar de esta labor interventora de la institucionalidad del Distrito, Jaramillo advierte que el paradigma neoliberal sigue siendo el enfoque prevalente en la planeación y en la política de renovación urbana colombiana, aunque al parecer “no es ya el único referente en escena”⁵⁵. El caso de Bogotá ejemplifica este distanciamiento de la agenda neoliberal dado que en el gobierno del exalcalde Gustavo Petro se propuso un cambio profundo en el modelo de ciudad y, hasta donde puede inferirse, una redefinición de la participación del sector privado en este modelo. Es imposible afirmar que su propósito haya sido el de regresar a un enfoque intervencionista clásico, pero tampoco puede decirse que haya habido intereses claros por impulsar alianzas con el sector privado. Habrá que estar atentos de las políticas de renovación de administraciones futuras con el fin de identificar posibles cambios o continuidades en la agenda propuesta por Petro.

El caso de Medellín es distinto si se tiene en cuenta que desde el gobierno local se viene promoviendo desde hace un tiempo la participación y las alianzas con el sector privado en los distintos proyectos de renovación de la ciudad. De todas formas, el modelo neoliberal se ha matizado con la promoción del gobierno local de lo que algunos denominan “urbanismo social”, lo que se ha traducido en los proyectos de bibliotecas públicas en los barrios más pobres de Medellín y en iniciativas de transporte público como el Metrocable o las escaleras de San Javier en la comuna 13^[56]. Con esta lógica, en la que según el exalcalde Sergio Fajardo “los mejores edificios deben estar en los barrios más pobres”, la ciudad ha logrado sacar adelante proyectos de renovación en sectores periféricos que suelen ser excluidos con el fin de lograr un cambio y mejoramiento de la calidad de vida con la colaboración del sector privado.

Si bien es cierto que las experiencias en estas dos ciudades son distintas, particularmente en lo que tiene que ver con la participación del sector privado, lo cierto es que se muestra un rompimiento con los postulados básicos del neoliberalismo, entendido como la ausencia o contracción del Estado. Tanto en el caso de Medellín como en el de Bogotá es posible identificar administraciones locales “fuertes” que definen reglas de juego, priorizan proyectos y, en general, impulsan modelos de ciudad incluyentes.

⁵⁴ Traducción personal. David Levi-Faur, “The Regulatory State and the Regulatory Capitalism: an Institutional Perspective”, en Levi-Faur (ed.), *Handbook of the Politics of Regulation*, cit., p. 668.

⁵⁵ Jaramillo, *Acerca de la investigación...*, cit., p. 13.

⁵⁶ Véase Greg Scruggs, “Latin America’s New Superstar”, en *Next City*, 31 de marzo del 2014. Disponible en [<http://nextcity.org/forefront/view/medellins-eternal-spring-social-urbanism-transforms-latin-america>].

Estas experiencias coinciden con la hipótesis de David Trubek de que el “Estado desarrollista” en América Latina encarna una nueva versión en la que se ha superado tanto el intervencionismo como el neoliberalismo en sus versiones más clásicas⁵⁷. Menciona Trubek que en este nuevo enfoque hay una redefinición de la relación entre el Estado y el mercado.

A diferencia del Estado desarrollista clásico, el nuevo Estado desarrollista prefiere ayudar al sector privado en vez de intervenir directamente en la manufactura, financiación o en otras actividades económicas primarias. Y a diferencia del neoliberalismo, la economía política del nuevo estado desarrollista reconoce que el sector privado puede no tener la orientación empresarial, la capacidad técnica o la posibilidad de asumir riesgos para explotar nuevas oportunidades y mantener la competitividad en una economía global. Como resultado, la intervención del Estado puede ser necesaria para empoderar al sector privado mediante el estímulo al emprendimiento, subsidiar el conocimiento y reducir el riesgo⁵⁸.

Para el autor, la función del derecho en este nuevo modelo es prestar “menos atención a las cortes y más a las agencias y a la regulación, los bancos de desarrollo, los préstamos condicionados, el derecho administrativo”⁵⁹. Es posible, entonces, afirmar que la creación de la ERU en 1993 es una manifestación de esta nueva forma de alianza entre el sector público y el privado en la que, por un lado, el Estado reconoce que debe generar incentivos para involucrar a los promotores, inversionistas y constructores debido a la magnitud de este tipo de proyectos y, por el otro, los constructores entienden que deben contar con el apoyo de las autoridades locales para poder adelantar este tipo de iniciativas desde la lógica del negocio inmobiliario. En este escenario del nuevo modelo de Estado desarrollista, los riesgos económicos y financieros los comparten unos y otros.

Según se ha podido establecer en este artículo, aunque la participación del sector privado en la renovación urbana no es algo nuevo, ha mutado o cambiado dependiendo de la noción o idea de la *política de renovación urbana*, así como del papel de los gobiernos locales en la planeación de las ciudades. Con los pri-

⁵⁷ Autores como David Trubek y los exponentes del enfoque teórico derecho y desarrollo (*law and development*) utilizan el término “Estado desarrollista” para describir el rol del Estado en el desarrollo de los países latinoamericanos y africanos.

⁵⁸ David Trubek, “Developmental States and the Legal Order: Towards a New Political Economy of Development and Law”, en *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper*, n.º 1075 (2010), p. 35. Consultado en [https://media.law.wisc.edu/s/c_638/tyyyz/developmental_states_legal_order_2010_trubek.pdf].

⁵⁹ *Ibid.*, p. 36.

meros marcos normativos expedidos en 1959 y en 1962, la participación del sector privado se tradujo en los denominados fondos de redesarrollo diseñados para financiar proyectos de renovación urbana. En este modelo, los privados adquirieron relevancia en tanto aportaban capital para financiar estas iniciativas. No debe olvidarse que durante este periodo el urbanismo se caracterizó por una intervención del Estado desde la lógica arquitectónica y física a través de la norma urbana. En una segunda etapa, durante las décadas de 1980 y 1990, se expidieron normas como la Ley 9.^a que definió postulados generales sobre los objetivos de la política de renovación urbana a escala nacional y la Ley 388 de 1997 que introdujo los planes parciales como instrumento de gestión de las áreas de renovación. También se creó la ERU, que, como se ha dicho, fue pensada como una *empresa industrial y comercial del Distrito* que debía generar colaboración del sector privado no sólo para financiar los proyectos de renovación, sino para ejecutarlos. Un tercer periodo para caracterizar la participación de los privados es el que corresponde a la política de revitalización urbana consignada en el Plan de Desarrollo 2012-2015 de Bogotá. En este último paradigma es difuso el alcance de la participación de los privados en los proyectos de revitalización urbana dado que la administración de Gustavo Petro no dio señales claras sobre el papel de promotores e inversionistas.

Por otro lado, vale la pena señalar que la redefinición conceptual de la renovación urbana como *revitalización* tiene un impacto en las labores de la ERU pues, en esta nueva lógica, la empresa debe activar mecanismos de protección especial para los moradores de las zonas intervenidas con el propósito de evitar la expulsión de los habitantes tradicionales. Para cumplir con este fin, la empresa se ha visto obligada a ganar la confianza de la ciudadanía con el objetivo de ser considerada menos una entidad que opera a favor de los intereses privados y más una organización en asocio con las comunidades. En las experiencias más recientes en Bogotá, los propietarios, los residentes y la comunidad en general han comenzado a desempeñar entonces un papel importante en la renovación urbana. A continuación se explorará la nueva relación con los vecinos que surge con el enfoque de *revitalización* y los efectos que ésta puede tener para comprender la función del Estado en estos procesos.

IV. Una nueva relación Estado-comunidad en la lógica de la revitalización urbana

Hasta el momento se ha hecho una lectura del Estado que permite identificar su relación con el sector privado, pero el análisis no estaría completo sin incluir

también la forma en la que se relaciona con los ciudadanos, en particular con aquellos propietarios y vecinos de las áreas en las que se proponen intervenciones de renovación urbana. El filtro que se propone para hacer esta aproximación es el de la antropología del Estado que sugiere, entre otras cosas, que la administración pública deja de aparecer de manera abstracta para hacerlo de manera concreta en lo que dicen los ciudadanos sobre sus experiencias al interactuar con las oficinas públicas⁶⁰. Otros trabajos de las ciencias sociales advierten también que de esta manera el Estado deja de ser una estructura racional de profesionales o de burócratas que toman decisiones predecibles para convertirse en un aparato caótico, desordenado e impredecible⁶¹. Así, el siguiente apartado propone una mirada general a la relación de la administración distrital, en cabeza de la Secretaría Distrital de Planeación y de la ERU, con los ciudadanos, y cómo estos últimos representan a estas instituciones.

La comunidad puede aparecer de dos formas en su relación con la administración distrital en la renovación urbana: en primer lugar, están los espacios en los que se informa a los vecinos sobre los proyectos de este tipo que se adelantan en la ciudad. Es así como en el artículo 8.º del Decreto 2181 del 2006, en el que se reglamenta el trámite de los planes parciales de renovación urbana, se establece que el Distrito tiene la obligación de convocar a los vecinos colindantes para que tengan información de los proyectos⁶²; en segundo lugar, los denominados *moradores* aparecen como actores centrales de la actual política de revitalización urbana en la medida en que se establece la obligación de protegerlos ante una posible expulsión por los incrementos en los precios del suelo, la estratificación, entre otros.

En los años más recientes, Bogotá ha presenciado el surgimiento de grupos de propietarios y de vecinos organizados que han querido visibilizar sus derechos y reclamos en los proyectos de renovación urbana, solicitando que este tipo de iniciativas tengan una mayor participación e incidencia en las decisiones del Distrito. Algunos ejemplos son la asociación Renovación Urbana con Respeto (Renovemos), que reúne a los propietarios en el área de delimitación del Plan Parcial Proscenio en el norte de la ciudad, y el comité cívico No se tomen las Aguas, en el Triángulo de Fenicia en el centro. Se puede señalar que a partir de los reclamos de estos grupos se representa al Estado como una administración

⁶⁰ Sobre esta aproximación véase Akhil Gupta y Aradhana Sharma, “La globalización y los estados poscoloniales”, en Akhil Gupta *et al.*, *Las burocracias: una aproximación distinta a la manera en la que pensamos el Estado*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2014, pp. 97-178.

⁶¹ *Idem.*

⁶² Decreto 2181, artículo 8.º.

que no los tiene en cuenta para incidir en el diseño ni en la puesta en marcha de estos proyectos y que, por lo tanto, ha obviado la participación ciudadana. Otro caso emblemático en Bogotá es el de la Manzana 5 en el centro de la ciudad, en el que la Empresa de Renovación Urbana expropió predios a favor de la Agencia Española de Cooperación Internacional para la construcción de un centro cultural. El proyecto nunca se pudo llevar a cabo, pero las familias expropiadas han visibilizado en distintos escenarios, en particular en los medios de comunicación, quejas sobre las irregularidades y las injusticias que, según ellos, se dieron en el proceso de expropiación adelantado por la ERU. En este último caso, la representación que hacen los vecinos de la utilización del instrumento expropiatorio es que se trata de un mecanismo injusto y abusivo.

La institucionalidad de la ciudad se ha cuestionado bastante en esta zona de la ciudad, dificultando la posibilidad de estrechar lazos y de generar confianza, lo que ha significado un proceso muy costoso en términos de legitimidad para el Distrito, sobre todo si se tiene en cuenta que se pretenden adelantar distintas iniciativas de renovación urbana allí. También es posible rastrear la imagen de impredecibilidad, demora e ineficiencia en la atención a las inquietudes y quejas. Así, la administración distrital debe iniciar un ejercicio orientado a generar confianza entre la comunidad y a dejar ver que la renovación urbana es una apuesta en la que gana la ciudad en general y que puede adelantarse de manera responsable con los propietarios y moradores. Se requiere entonces que tanto la Secretaría Distrital de Planeación como la ERU, al igual que los promotores privados de planes parciales de renovación urbana, realicen un ejercicio de revisar y aprender de las experiencias pasadas, así como de definir reglas de juego, procesos y metodologías que permitan reorganizar y reorientar el marco institucional de la renovación con el propósito de hacerla posible y de beneficiar a la ciudad.

Otro escenario en el que se puede hacer una lectura del Estado en su relación con la comunidad es en las expectativas de los vecinos cuando se proponen proyectos de renovación urbana. Algunas de las experiencias en Bogotá permiten señalar que lo que se espera del Estado y de los promotores privados es la provisión de bienes y servicios, pensando en el primero como un Estado proveedor. Los casos no permiten rastrear muy bien cuál ha sido la agenda de la administración distrital en este tema, pero la actual política de revitalización en la ciudad permite afirmar que se trataría de un Estado proveedor de infraestructura de servicios, de movilidad, de espacio público y de equipamientos, así como de proyectos sociales para la comunidad. Y lo mismo se esperaría de los proyectos de iniciativa privada.

La organización de los vecinos también ha sugerido que a estos actores les interesa ir más allá de una simple participación y retroalimentación de los proyectos de renovación urbana para pasar a tener mayor poder e injerencia en las decisiones de formulación y ejecución de estas iniciativas. Se trata entonces de comunidades organizadas que se han empoderado y ganado participación en estos procesos de discusión con la administración y con los privados, por lo que reclaman mayor poder de decisión. Todo parece indicar que las iniciativas de renovación urbana se construyen y se definen no sólo a partir de las reglas de juego que define la Secretaría Distrital de Planeación, sino también de las discusiones con la ERU, los promotores privados y la comunidad. El ejercicio de gobernanza urbana en el que varios actores intervienen y toman decisiones está ocurriendo en los procesos de renovación urbana en Bogotá. El reto para la administración de la ciudad es el de decidir hasta dónde permite la participación de los privados, hasta dónde la de las comunidades e, incluso, hasta dónde iría la intervención pública en estos procesos.

V. Conclusiones

Todavía es incierto el futuro de la renovación urbana en Bogotá, en especial la que se adelanta por medio de la gestión asociada o los planes parciales, lo cual es preocupante cuando cada vez se hace más evidente que la política de la renovación puede contribuir a promover estrategias orientadas a densificar las ciudades y, por lo tanto, a evitar procesos de expansión con los desafortunados impactos ambientales asociados a estos patrones de crecimiento urbano. En este escenario se debe identificar y discutir las razones por las que el gobierno de Bogotá no ha podido gestionar estas iniciativas de manera exitosa desde el momento en que se expidieron la Ley 388 de 1997 y, después, el Decreto 2181 del 2006, que reglamentaron el trámite para la adopción de planes parciales de renovación urbana.

El propósito de este artículo es aportar y complementar las razones que se han dado para explicar este retraso a partir de una aproximación a la función reguladora del suelo urbano. En particular se propuso una lectura de la institucionalidad, de las reglas de juego de la política de la renovación urbana, así como una lectura afinada del lugar o rol del Estado, en específico, de la administración distrital en estos procesos. El análisis se hizo a propósito de las funciones del Estado en la renovación urbana y de la forma en la que se relaciona con el sector privado y la comunidad en estos procesos e iniciativas.

Se pudo establecer que existe un marco normativo que define unas reglas de juego para la formulación e implementación de la renovación mediante los planes parciales o la gestión asociada. Es evidente que éste debe mejorar, por ejemplo, su definición del alcance de la participación de los promotores privados en los planes parciales de renovación urbana, su significación y definición del alcance de la participación ciudadana en los proyectos de renovación y su especificación del papel de la ERU como operador urbano. También puede decirse que existe una institucionalidad en cabeza de la SDP y de la ERU que debe fortalecerse para la ejecución de este tipo de iniciativas pero sobre todo debe definirse una entidad administradora de la política de renovación con capacidad para articular a todas las entidades del Distrito que tienen funciones relacionadas con los proyectos de renovación urbana. Como lo advierte Clemencia Escallón, es importante que en Bogotá los proyectos dejen de ser de una entidad o de un promotor en particular para pasar a ser *de la ciudad*⁶³. Por último, en el paradigma de la *revitalización*, los privados (promotores inmobiliarios y constructores) y las comunidades deben comprender que son actores fundamentales de estos procesos; pero es más importante que los primeros se comuniquen y relacionen mejor con la comunidad. Esto significa, sobre todo, fomentar espacios de decisión con el fin de que los propietarios puedan decidir sobre el futuro de su barrio y entorno. Dejar de reconocer esta realidad puede suponer el fracaso de la renovación urbana, dado que no se conseguiría que las comunidades legitimaran y se apropiaran de estas iniciativas. También es importante que la responsabilidad de participar de los grupos de vecinos se centre en orientar esta participación y movilización hacia la obtención del beneficio colectivo y de la ciudad y no al lucro o beneficio individual.

La política de renovación supone entonces un ejercicio de articulación de intereses entre el sector público, el privado y los propietarios o residentes de estas áreas, lo cual es imposible sin un Estado interventor y regulador que garantice un objetivo de interés público y una promoción de una agenda urbana inclusiva que pueda sacar adelante proyectos de renovación o de revitalización urbana. Este es uno de los grandes retos de la administración distrital y, por tanto, una tarea pendiente en Bogotá.

⁶³ Escallón, *op. cit.*

REFERENCIAS

- Buchely, Lina, “Más allá del modelo weberiano: el debate sobre las burocracias y el Estado”, en Akhil Gupta *et al.* *Las burocracias: una aproximación distinta a la manera en la que pensamos el Estado*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2014.
- Campbell, Scott, “Green Cities, Growing Cities, Just Cities? Urban Planning and the Contradictions of Sustainable Development”, en Scott Campbell y Susan Fainstein (eds.), *Readings in Planning Theory* (2nd ed.), Oxford, Blackwell, 2003.
- Castillo, Juan Carlos del, *Bogotá. El tránsito a la ciudad moderna 1920-1950*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- Concejo de Bogotá, Acuerdo 7 del 20 de noviembre de 1979.
- Concejo de Bogotá, Acuerdo 85 del 9 de septiembre de 1959.
- Concejo de Bogotá, Acuerdo 119 del 3 de junio del 2004.
- Concejo de Bogotá, Acuerdo 257 del 30 de noviembre del 2006.
- Concejo de Bogotá, Acuerdo 489 del 12 de junio del 2012.
- Congreso de la República, Ley 3.^a del 23 de enero de 1962, en *Diario Oficial*, n.º 30717, 3 de febrero de 1962.
- Congreso de la República, Ley 9.^a del 11 de enero de 1989, en *Diario Oficial*, n.º 38650, 11 de enero de 1989.
- Corte Constitucional, Sentencia C-150 del 25 de febrero del 2003.
- Decreto 2181 del 29 de junio del 2006, en *Diario Oficial*, n.º 46320, 5 de julio del 2006.
- Departamento Administrativo de Planeación Distrital, *Política de desarrollo urbano para Bogotá, D. E.*, junio de 1971.
- Departamento Administrativo de Planificación Distrital, *La planificación distrital en Bogotá*, Bogotá, Alcaldía Mayor, 1964.

- Gupta, Akhil y Aradhana Sharma, “La globalización y los estados poscoloniales”, en Akhil Gupta *et al.*, *Las burocracias: una aproximación distinta a la manera en la que pensamos el Estado*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2014.
- Jaramillo, Samuel, *Acerca de la investigación en mercados de tierra urbana en América Latina*, Bogotá, Documentos Cede. Universidad de los Andes, n.º 22, 2013.
- Jaramillo, Samuel, *Precios inmobiliarios y método residual de estimación del precio del suelo. Propuesta de modelo simplificado y análisis de sus bases teóricas*, Bogotá, Documentos Cede. Universidad de los Andes, n.º 41, 2006.
- Levi-Faur, David, “Regulation and Regulatory Governance”, en David Levi-Faur (ed.), *Handbook of the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011.
- Levi-Faur, David, “The Regulatory State and the Regulatory Capitalism: an Institutional Perspective”, en David Levi-Faur (ed.), *Handbook of the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011.
- Martínez Castillo, Yadira Catalina, *La ciudad de la renovación. Bogotá: 1951-1980* (tesis de maestría), Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2012. Consultado en [<http://www.bdigital.unal.edu.co/10236/1/393259.2012.pdf>].
- Plan de Desarrollo Bogotá Humana, 2011-2015, adoptado mediante el Acuerdo Distrital 489 del 2012.
- Plan de Desarrollo Bogotá para Vivir Todos de un Mismo Lado, 2001-2004, adoptado mediante Decreto distrital 440 del 2001. Disponible en [<http://www.sdp.gov.co/portal/page/portal/PortalSDP/ciudadania/PlanesDesarrollo/Bogotaparavivirtodosdelmismolado>].
- Plan de Desarrollo Bogotá Positiva, 2008-2011, adoptado mediante el Acuerdo Distrital 308 del 2008.
- Plan de Desarrollo Bogotá Sin Indiferencia, 2004-2008, adoptado mediante el Acuerdo Distrital 119 del 2004.
- Plan de Desarrollo Formar Ciudad, 1995-1997, adoptado mediante el Decreto distrital 295 de 1995.
- Plan de Desarrollo Por la Bogotá que Queremos, 1998-2001, adoptado mediante el Acuerdo Distrital 06 de 1998.

Scruggs, Greg, “Latin America’s New Superstar”, en *Next City*, 31 de marzo del 2014. Disponible en [<http://nextcity.org/forefront/view/medellins-eternal-spring-social-urbanism-transforms-latin-america>].

Secretaría Distrital de Planeación de Bogotá, *Ordenamiento territorial. Planes parciales*, Bogotá. Consultado en [http://www.sdp.gov.co/MM_PlanesParciales/planesparciales.html].

Trubek, David, “Developmental States and the Legal Order: Towards a New Political Economy of Development and Law”, en *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper*, n.º 1075 (2010). Consultado en [https://media.law.wisc.edu/s/c_638/tyyyz/developmental_states_legal_order_2010_trubek.pdf].

Wedge, E. Bruce, “The Concept ‘Urban Renewal’”, en *The Phylon Quarterly*, vol. 19, n.º 1 (1958).

Entrevistas

Bohórquez, Elsa, miembro del equipo consultor del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo que asesoró a Enrique Peñalosa en la creación de la Empresa de Renovación Urbana de Bogotá. Entrevista realizada el 19 de marzo del 2014.

Escallón, Clemencia, profesora y consultora en temas urbanos. Entrevista realizada el 31 de marzo del 2014.

Montoya, Carlos, actual gerente de la Empresa de Renovación Urbana de Bogotá. Entrevista realizada el 27 de marzo del 2013.

EL RÉGIMEN REGULADOR DE LA SALUD EN COLOMBIA

Alejandro ABISAMBRA CASTILLO*

Everaldo LAMPREA MONTEALEGRE**

INTRODUCCIÓN

La regulación del sector de la salud supone enfrentarse a un dilema complejo que involucra un derecho fundamental ligado de manera directa a la vida de las personas. Cualquier regulación del sector debe responder a la pregunta ¿Cómo garantizar el derecho a la salud desde una perspectiva colectiva y en el largo plazo, pero sin desconocer el derecho individual de cada persona de recibir los servicios de salud para salvaguardar su vida e integridad? En otras palabras, los arreglos reguladores del sector de la salud son un entramado de instituciones, actores y normas que buscan llevar al nivel operativo el alcance y los límites del derecho a la salud con el fin de atender las necesidades de salud inmediatas, pero garantizando la sostenibilidad futura con el fin de proteger también el derecho a la salud de las generaciones por venir. Hasta cierto punto, entender el régimen regulador de la salud en Colombia permite comprender el alcance y el contenido que se le ha querido dar a este derecho en el país.

El propósito de este artículo es comprender la trayectoria del régimen regulador de la salud en Colombia. Sin embargo, estudiar el régimen regulador del servicio público de salud supone afrontar un conjunto de retos. Entre ellos, el número y la variedad de participantes del sistema de salud, y el hecho de que el régimen regulador de la salud sea muy inestable y confuso. Desde 1993, cuando la Ley 100 reestructuró el sistema de salud, se han sucedido una serie de reformas, de mayor y menor alcance, que crearon instituciones y agencias reguladoras de vida sorprendentemente corta.

Por último, los especialistas tienen que hacer esfuerzos para conciliar la literatura global sobre agencias reguladoras con la realidad local. Como se mostrará en este artículo, en el sistema de salud colombiano es difícil encontrar agencias reguladoras con las características de autonomía y experticia descritas en la literatura relacionada con regímenes reguladores.

* Abogado y politólogo de la Universidad de los Andes. En la actualidad trabaja como asesor en el Ministerio de Salud y Protección Social.

** Profesor asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

Pese a estos obstáculos, consideramos que el presente artículo llena algunos vacíos en la literatura local e internacional sobre el régimen regulador de la salud. En primer lugar, aunque contamos con un gran número de estudios sobre regímenes reguladores en sectores como los de los servicios financieros, la electricidad, las telecomunicaciones o la banca central, es poco o nada lo que sabemos sobre los regímenes reguladores del sector de la salud. En segundo lugar, los abundantes estudios locales sobre el sistema de salud colombiano pocas veces incorporan la literatura sobre regímenes reguladores de la cual parte este artículo. Por último, los estudios locales no han generado indicadores que sirvan para estimar qué tan independientes y expertas son las agencias reguladoras del sistema de salud colombiano.

Para tal fin, este artículo se desarrolla del siguiente modo: en el primer aparte discutiremos qué ha entendido la literatura especializada por *régimen regulador* y cómo estas discusiones se pueden trasladar al sector de la salud; en el segundo aparte presentaremos una descripción de las instituciones, las normas, los actores y las agencias que conforman el régimen regulador de la salud en Colombia; en el tercer aparte analizaremos dicho régimen a la luz de cuatro temas interconectados: (1) autonomía, (2) experticia, (3) dispersión y solapamiento, y (4) captura y corrupción. Para discutir la autonomía y la experticia de las agencias reguladoras del sistema de salud colombiano recurriremos a un conjunto de indicadores que hemos consolidado a partir de la literatura disponible; en el cuarto y último aparte exploraremos, por un lado, las variables que podrían explicar la debilidad del régimen regulador de la salud en Colombia y, por otro, las alternativas de políticas públicas que se podrían implementar para fortalecerlo.

I. Agencias y regímenes reguladores

Como lo indica David Levi-Faur, el término *regulación* ha recibido un sinnúmero de definiciones¹. Por ejemplo, mientras que para la literatura jurídica la *regulación* suele asociarse a la creación de normas por instituciones o agencias estatales, para algunas vertientes de la sociología la creación de normas reguladoras no es una actividad que pueda reducirse a la actividad estatal en la medida en que la sociedad civil, los actores de mercado y las comunidades también producen regulaciones formales e informales.

¹ David Levi-Faur, "Regulation and Regulatory Governance", en David Levi-Faur (ed.), *Handbook of the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, p. 3.

Debido a esta proliferación conceptual, autores como Levi-Faur buscan ofrecer una noción integrada de *regulación* que refleje tal diversidad de juicios. Así, para este autor *regulación* es “la legalización burocrática de reglas prescriptivas y el monitoreo y aplicación de dichas reglas por parte de actores sociales, políticos y de mercado”². Para Levi-Faur, las reglas que el legislador o las cortes formulan de manera directa no constituyen regulación; sólo aquellas producidas por agencias o instituciones dentro de la rama ejecutiva pueden constituir regulación. Sin embargo, tanto el legislador como las cortes, así como la sociedad civil y los actores de mercado, pueden intervenir en la fase de monitoreo e implementación de las normas reguladoras creadas por la burocracia del Ejecutivo.

Sin embargo, ni siquiera las definiciones integradas, como la de Levi-Faur, logran capturar la complejidad y el dinamismo de la actividad reguladora en un país o en un sector determinado. Por tal razón, la literatura especializada tiende en la actualidad a favorecer la noción de *régimen regulador* que, en pocas palabras, está compuesto por “las normas, los mecanismos de toma de decisión, y la red de actores que están involucrados en la actividad regulatoria”³.

Así, un sistema de salud es en esencia un régimen regulador. Esto es, un conjunto de normas, mecanismos de toma de decisión y actores involucrados en el aseguramiento y la prestación de servicios de salud. En este sentido, pese a que no existe una literatura considerable sobre la difusión y el trasplante de regímenes reguladores de salud⁴, sí contamos con una abundante literatura sobre sistemas de salud.

Aunque existe una variedad de clasificaciones, podríamos hablar de cuatro grandes familias de regímenes reguladores de salud: (1) sistemas públicos nacionales; (2) sistemas de aseguramiento social; (3) sistemas de competencia regulada o *managed care* y (4) sistemas mixtos público/privados⁵.

² *Ibid.*, p. 6.

³ Marc Allen Eisner, *Regulatory Politics in Transition*, Baltimore y Londres, The John Hopkins University, 2000. Consultado en [http://books.google.com.co/books?hl=en&lr=&id=HAMt6fuhwQcC&oi=fnd&pg=PR9&dq=eisner+regulatory&ots=oDxD_vlyfO&sig=YerAo73P6GAu7SPSEiSOu9V3E2c]; Daniel Drezner, *All Politics Is Global: Explaining International Regulatory Regimes*, Princeton, Princeton University, 2007.

⁴ Para una excepción a escala local véase Tatiana Andia Rey y Juan Manuel González Scobie, “Entre la legitimidad y el control: el arreglo institucional de los medicamentos y dispositivos médicos en el sistema de salud colombiano”, en *La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones*, Óscar Bernal y Catalina Gutiérrez (comps.), Uniandes, 2012, pp. 259-293.

⁵ Véase Colleen M. Flood y Aeyal Gross (eds.), *The Right to Health at the Public/Private Divide: A Global Comparative Study*, Nueva York, Cambridge University, 2014; Colleen M. Flood y Amanda Haugan, “Is Canada Odd? A Comparison of European and Canadian Approaches to Choice and Regulation of the Public/Private Divide in Health Care”, en *Health Economics, Policy and Law*, vol. 5,

Los sistemas públicos nacionales son aquellos en donde la financiación pública o estatal que suele realizarse con los impuestos es la característica definitoria. En muchos de estos sistemas de salud, el Estado monopoliza el aseguramiento y la prestación de servicios médicos, y aunque puede haber hospitales y sistemas de aseguramiento privados, éstos representan un porcentaje mínimo del sector de la salud. Algunos de los países que tienen este tipo de sistema de salud son Noruega, el Reino Unido, Canadá, Nueva Zelanda, Costa Rica, Suecia, entre muchos otros.

En los sistemas de aseguramiento social, el Estado busca garantizar la cobertura universal por medio de un esquema de solidaridad, de subsidios cruzados y de participación de prestadores y aseguradores privados del servicio de salud, pero siempre bajo el control regulador del Estado. Es posible que en este tipo de esquemas haya presencia de actores privados que actúan en condiciones de competencia —como las Empresas Promotoras de Salud (EPS) y las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) en el caso colombiano—; pero su rasgo distintivo es que a pesar de estas interacciones de competencia existe una fuerte y decidida intervención y regulación del Estado sobre el sistema de salud. Ejemplos de estos esquemas son los sistemas de salud de Colombia, Israel, Holanda, Taiwán y Hungría⁶.

En los modelos de competencia regulada o de *managed competition* se presenta, según autores como Alain Enthoven, una estrategia de reglas de mercado derivada de principios macroeconómicos para premiar con más afiliados y ganancias a las empresas privadas de salud que presten un mejor servicio, rebajen los costos y satisfagan a los pacientes⁷. En este tipo de sistemas el rol del Estado como interventor y regulador es mucho más difuso que en los sistemas de aseguramiento social. Ejemplos muy conocidos de este modelo se encuentran en Estados Unidos y Chile.

Por último, en los modelos mixtos público/privados coexiste un sector de salud público con un sector privado de aseguradores y proveedores. Como lo muestra

n.º 3 (2010), p. 319; Valérie Paris, Marion Devaux y Lihan Wei, “Health Systems Institutional Characteristics: A Survey of 29 OECD Countries”, en *OECD Health Working Papers*, n.º 50 (2010).

⁶ Véase Flood y Gross, *The Right to Health...*, cit.; para una definición de los sistemas de aseguramiento social véase Flood y Haugan, “Is Canada Odd?...”, cit.; Paris, Devaux y Wei, *op. cit.*; Para una definición del sistema de salud colombiano como un caso de aseguramiento social, véase Everaldo Lamprea, “Colombia’s Right-to-Health Litigation in a Context of Health Care Reform”, en Colleen M. Flood y Aeyal Gross (eds.), *The Right to Health at the Public/Private Divide: A Global Comparative Study*, Nueva York, Cambridge University, 2014, pp. 131-158.

⁷ Véase Alain C. Enthoven, “The History and Principles of Managed Competition”, en *Health Affairs*, vol. 12, n.º 1 (1993), pp. 24-48.

un libro editado por Colleen Flood y Aeyal Gross, en este tipo de sistemas el sector privado ofrece, por lo general, mejores servicios a quienes pueden pagar por paquetes de medicina privada (que suelen ser sectores de ingresos medios y altos), mientras que el sector público tiene serios problemas de financiación y de cobertura. Ejemplos de estos sistemas son India, Sur África, Brasil, Nigeria y Venezuela⁸.

Tabla 1. Los regímenes reguladores de salud en el mundo y sus características

Tipo de sistema de salud	Algunos ejemplos	Características
Sistemas públicos nacionales	– Noruega – Reino Unido – Canadá – Nueva Zelanda – Costa Rica – Suecia	El Estado monopoliza gran parte del sector de la salud. Sistema financiado con impuestos.
Sistemas de aseguramiento social	– Colombia – Israel – Holanda – Taiwán – Hungría	El Estado regula el sector de la salud donde participan aseguradores y prestadores privados. Existen subsidios cruzados y esquemas de solidaridad para alcanzar cobertura universal.
Sistemas de competencia regulada o <i>managed care</i>	– Chile – Estados Unidos	Primacía de modelo de mercado. Privatización de servicios de salud. Esquemas de competencia que incentivan la eficiencia.
Sistemas mixtos público/privados	– India – Sur África – Brasil – Nigeria – Venezuela	Coexistencia de un sector público con un sector privado de salud. El sector público suele tener problemas financieros y de cobertura, mientras que el sector privado ofrece servicios de mejor calidad para personas con capacidad de pago.

Fuente: Colleen M. Flood y Aeyal Gross (eds.), *The Right to Health at the Public/Private Divide: A Global Comparative Study*, Nueva York, Cambridge University, 2014, y elaboración de los autores (énfasis agregados).

A partir de la definición de *régimen regulador* que adoptamos en este texto pasaremos a discutir con mayor profundidad las características del régimen regulador de la salud en Colombia, que se ajusta a la tipología del aseguramiento social según los términos arriba descritos. A continuación se detallarán las normas,

⁸ Flood y Gross, *The Right to Health...*, cit.

los mecanismos de toma de decisión y las redes de actores involucrados en el aseguramiento y la prestación de servicios de salud en el país.

II. El régimen regulador de la salud en Colombia

A. Marco normativo

Antes de la Ley 100 de 1993, el sistema de salud se caracterizaba por su baja cobertura, fragmentación e inviabilidad financiera. A partir de la Ley 10.^a de 1990 se comienzan a introducir cambios en la operación del sistema, los cuales se consolidan en la Asamblea Nacional Constituyente y, en particular, en el artículo 49 de la Constitución Política en el que se definió la salud como un servicio público que el Estado organiza, regula, controla y vigila de manera descentralizada con base en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad⁹. Se establece también que particulares, comunidades organizadas y el Estado pueden prestar los servicios de salud. De conformidad con la Constitución, todas las personas deben tener acceso a los servicios de salud.

Sin embargo, la reestructuración profunda del sistema de salud colombiano no ocurrió sino hasta la expedición de la Ley 100 de 1993 a partir de los lineamientos esbozados por la Constitución de 1991. Esta ley buscó lograr un balance entre la iniciativa privada y la intervención del Estado con base en los principios de eficiencia, calidad, igualdad y solidaridad. Según su diseño, la competencia entre las EPS permitiría que los usuarios escogieran a los mejores prestadores. Además, la regulación del Estado garantizaría la promoción del interés general y el bienestar de la población.

Con el fin de garantizar el acceso a los diferentes servicios de salud, el sistema está organizado en dos componentes principales que se interrelacionan: el aseguramiento y la prestación de los servicios de salud. La idea central del sistema es que toda persona en el territorio nacional se encuentre afiliada a una EPS que *asegure* la efectiva prestación de servicios de salud al ciudadano afiliado. Al afiliado deben prestarle los servicios de salud las IPS, como hospitales, clínicas o puestos de salud, entre otros, que luego cobrarán estos servicios a la EPS del afiliado.

El sistema de salud colombiano se divide en dos regímenes de aseguramiento: el contributivo, financiado con los aportes provenientes del empleo formal, y el

⁹ República de Colombia, Constitución Política de 1991, artículo 49.

subsidiado, financiado con una pequeña fracción proveniente del régimen contributivo y con tributos locales y nacionales. Cada régimen contaba con un plan de beneficios (POS) diferente; que se pretendían unificar de forma paulatina. Sin embargo, los altos niveles de informalidad laboral impidieron que esto sucediera a tiempo. Sólo ocurrió en el año 2012 por orden de la Corte Constitucional.

La Ley 100 de 1993 incluyó un complejo sistema para el financiamiento de los dos regímenes. El Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), administrado mediante una fiducia, es el mecanismo a través del cual fluyen los recursos en el sistema de salud. Las EPS del régimen contributivo se encargan de recolectar las contribuciones de sus afiliados y transfieren al fondo la diferencia entre lo recolectado y los recursos que les corresponde recibir por cada uno de sus afiliados. El fondo también recibe recursos del presupuesto general de la Nación y otras fuentes que permiten cubrir los gastos del régimen subsidiado.

Aunque el Sistema de Salud ha tenido avances y elementos positivos —disminución del gasto de bolsillo y cobertura casi universal—, lo cierto es que en los últimos veinte años ha presentado serias fallas reguladoras y desequilibrios que han llegado a comprometer su sostenibilidad¹⁰. Esto desembocó en un afán reformista que buscaba corregir las fallas del sistema por medio de la expedición de normas jurídicas. Así, después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el sistema se ha reformado en varias ocasiones por medio de leyes como la 715 del 2001; la Ley 1122 del 2007; la Ley 1164 del 2007; la Ley 1438 del 2011 y la Ley 1753 del 2015, entre otras.

No obstante, estas normas —en especial la Ley 1122 del 2007 y la Ley 1438 del 2011— no remediaron las fallas reguladoras del sistema de salud, como lo reconoció el mismo Ministerio de Salud en el 2013 en la exposición de motivos de la ley ordinaria presentada para reformar el sistema de salud:

Estos problemas han determinado una situación de crisis sistémica donde los diferentes intentos de resolución han encontrado que la capacidad de agenciamiento [*vis*] de intereses de los agentes se ha sobrepuesto a la capacidad regulatoria del Ministerio de Salud [...]. Los esfuerzos legislativos a través de las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011 han ofrecido soluciones parciales que no han resuelto de manera estructural el problema de fragmentación dejando al propio Ministerio de Salud y

¹⁰ Se hace referencia a fallas como la falta de actualización del plan de beneficios y su tardía unificación, la desregulación de la integración vertical o la libertad de precios de medicamentos, entre otras.

Protección Social con muy limitada capacidad de rectoría y débiles mecanismos regulatorios para efectuar una ordenación del sistema¹¹.

Ante este complejo panorama, el Gobierno nacional presentó dos proyectos de ley al Congreso, cuyo trámite se desarrolló entre los años 2013 y 2014. Por un lado, presentó un proyecto de ley ordinaria que buscaba una reforma estructural del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS)¹² que el Congreso negó en el año 2014. Por otro lado, presentó un proyecto de ley estatutaria de la salud que el Congreso aprobó y fue promulgado como la Ley 1751 del 2015.

Tres contribuciones de esta ley estatutaria deben destacarse: (1) sitúa el derecho de la salud como la piedra angular del sistema de salud colombiano; (2) busca desincentivar el crecimiento y los costos del litigio en salud; y (3) transforma el plan de beneficios cubierto por las EPS de uno con contenido explícito —sólo está incluido lo que el Ministerio de Salud diga— a uno con contenido implícito —todo está incluido, salvo lo que el Ministerio de Salud excluya de forma explícita—. Esta transición al plan de beneficios implícito entrará en vigencia en el año 2017, por lo que las estrategias que se adoptarán para su implementación y los cambios que ello implicará sobre el sistema son aún elementos inciertos.

B. Redes de actores y mecanismos de toma de decisión

Una revisión del marco legal colombiano durante el periodo 1993-2015^[13] permite identificar varias agencias reguladoras, en estricto sentido, así como un número de agencias encargadas de aplicar las normas de regulación y de tomar decisiones en casos concretos.

¹¹ Ministerio de Salud de Colombia, “Exposición de motivos del Proyecto de Ley ‘Por el cual se redefine el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones’”, MinSalud, 2013. Consultado en [http://www.minsalud.gov.co/Documents/Ley%20Reforma%20a%20la%20Salud/Exposicion-Motivos-%20Proyecto-leyredefinicion-sistema-General-SeguridadSocial-Salud%20pdf.pdf].

¹² Proyecto de Ley 210 del 2013, en *Gaceta del Congreso*, n.º 488, 15 de agosto del 2012.

¹³ Se revisó el marco legal del Sistema de Salud a partir de: Congreso de la República, Ley 100 del 23 de diciembre de 1993, en *Diario Oficial*, n.º 41 148, 23 de diciembre de 1993; Congreso de la República, Ley 60 del 12 de agosto de 1993, en *Diario Oficial*, n.º 40 987, 12 de agosto de 1993; Congreso de la República, Ley 715 del 21 de diciembre del 2001, en *Diario Oficial*, n.º 44 654, 21 de diciembre del 2001; Congreso de la República, Ley 1122 del 9 de enero del 2007, en *Diario Oficial*, n.º 46 506, 9 de enero del 2007; Congreso de la República, Ley 1164 del 3 de octubre del 2007, en *Diario Oficial*, n.º 46 771, 4 de octubre del 2007; Congreso de la República, Ley 1438 del 19 de enero del 2011, en *Diario Oficial*, n.º 47 957, 19 de enero del 2011; Congreso de la República, Ley 1751 del 16 de febrero del 2015, en *Diario Oficial*, n.º 49 427, 16 de febrero del 2015; Congreso de la República, Ley 1753 del 9 de junio del 2015, en *Diario Oficial*, n.º 49 538, 9 de junio del 2015.

Por un lado encontramos aquellas agencias que tienen funciones de regulación propiamente dichas: generar marcos de conducta, emitir directivas y guías de atención, y llevar a cabo todas aquellas actividades encaminadas a desarrollar incentivos, prohibiciones y mandatos que deben cumplir los actores del SGSSS. Las agencias reguladoras pertenecientes a este primer grupo son el Ministerio de Salud, los desaparecidos Comisión de Regulación en Salud (CRES) y Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos, y el nuevo Instituto para la Evaluación Tecnológica en Salud creado en el 2011.

Por el otro lado están aquellas entidades encargadas de la toma de decisiones en casos concretos, así como de la implementación de las normas reguladoras por medio de funciones de registro, otorgamiento de licencias, y también de la inspección, vigilancia y control de todo lo relacionado con estos temas. Por ejemplo, pese a que el Ministerio de Salud toma decisiones reguladoras generales, no es común que tome decisiones en casos concretos, como sí ocurre, por ejemplo, con la Superintendencia de Salud —que puede decidir el caso concreto de la intervención de un hospital o una sanción particular a una EPS—. En este segundo grupo encontramos entidades como la Superintendencia de Salud, el Invima, la Superintendencia de Industria y Comercio, y las secretarías departamentales y municipales de Salud.

Tabla 2. Agencias reguladoras del sector de la salud en Colombia 1993-2015

	Naturaleza jurídica	Dirección	Nombramiento	Funciones
Ministerio de Salud	Ministerio, sin personería jurídica, perteneciente al sector central de la rama ejecutiva.	Dirección unipersonal en cabeza del ministro de Salud.	Se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción en cabeza del presidente de la República.	Dirigir y coordinar las actividades de los demás actores del sistema ¹⁴ . Funciones reguladoras: expedir normas científicas y administrativas, definir composición del POS, entre otras ¹⁵ . Ejercer la supervisión y el control de las entidades del sistema ¹⁶ .
Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) (extinto)	Órgano sin personería jurídica, ni planta de personal, ni presupuesto propios. Espacio de concertación de actores del SGSSS ¹⁷ . Adscrito al Ministerio de Salud.	Dirección colegiada. Doce miembros: ministros, representantes de empleadores, trabajadores, EPS, IPS, Institutos de Seguros Sociales (ISS), médicos y usuarios, entre otros.	Nombrados por el Ministerio de Salud por un periodo de 2 años a partir de ternas y convocatorias ¹⁸ . Sólo aplica para miembros que no son funcionarios de la administración central.	Definir y actualizar el plan de beneficios (POS); unificar los planes con el tiempo; definir el monto de la Unidad de Pago por Captación (UPC); definir los montos de cotización; establecer el régimen de reconocimiento y pago de incapacidades; determinar qué eventos catastróficos cubriría la subcuenta del EGCAT del Fosyga; administrar el Fosyga; establecer los criterios para definir el acceso al régimen subsidiado de salud; entre otras.

¹⁴ Así se dispone en Congreso de la República, Ley 10.^a del 10 de enero de 1990, artículo 8.^o, en *Diario Oficial*, n.º 39137, 10 de enero de 1990, y Ley 1438, artículo 4.^o.
¹⁵ Ley 100, artículo 73; Decreto 2562 del 10 de diciembre del 2012, artículos 2.^o al 9.^o, en *Diario Oficial*, n.º 48640, 10 de diciembre del 2012.
¹⁶ Así lo disponen la Ley 1438, artículos 86 y 88; la Ley 100, artículos 156, 170 y 173; la Ley 10.^a, artículo 9.^o f; el Decreto 4107 del 2 de noviembre del 2011, artículos 1.^o y 2.^o, en *Diario Oficial*, n.º 48241, 2 de noviembre del 2011.
¹⁷ Ley 100, artículo 156 m.
¹⁸ Decreto 851 del 27 de abril de 1994, en *Diario Oficial*, n.º 41337, 28 de abril de 1994.

	Naturaleza jurídica	Dirección	Nombramiento	Funciones
Comisión de Regulación en Salud (CRES) (extinta)	Unidad administrativa especial con personería jurídica y autonomía presupuestal, técnica y administrativa, adscrita al Ministerio de Salud.	Dirección colegiada. Siete miembros: dos ministros (Salud, Hacienda), cinco miembros de la sociedad civil.	Nombrados por el presidente a partir de ternas enviadas por organizaciones de sociedad civil. No aplica para ministros.	Heredó las funciones del antiguo CNSSS.
Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos (CNPMDM)	Órgano sin personería jurídica, sin presupuesto y sin planta de personal propios ¹⁹ .	Dirección colegiada. Tres miembros: dos ministros (Salud, Comercio) y delegado del presidente.	Libre nombramiento y remoción. Todos nombrados por el presidente de la República.	Dar lineamientos de la política del control de precios de medicamentos; monitorear los precios de los medicamentos; gestionar los reportes obligatorios de precios al Sismed; dar lineamientos de funcionamiento de sistemas de información; establecer márgenes de ganancia de regímenes de control de precios a que haya lugar ²⁰ .
Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud (IETS)	Corporación mixta, sin ánimo de lucro, conformada por el Ministerio de Salud, el Invima, el Instituto Nacional de Salud, Colciencias y Ascofame.	Junta directiva colegiada según los estatutos de la corporación.	Elección según los estatutos de la corporación.	Su objeto principal no es regular, sino investigar, evaluar y promover buenas técnicas y prácticas en el sector de la salud. Producir estándares, protocolos y guías de atención que “sirvan de referente para la prestación de los servicios de salud” ²¹ .

(continúa)

¹⁹ Ley 100, artículo 245.

²⁰ Decreto 1071 del 22 de mayo del 2012, artículo 3.º, en *Diario Oficial*, n.º 48438, 22 de mayo del 2012.

²¹ Ley 1438, artículo 94.

	Naturaleza jurídica	Dirección	Nombramiento	Funciones
Superintendencia de Salud	Personería jurídica, autonomía patrimonial y administrativa. Depende del presidente. Adscrita al Ministerio de Salud.	Dirección unipersonal en cabeza del superintendente.	Libre nombramiento y remoción. Elegido por el presidente.	Funciones de inspección, vigilancia y control de los actores del Sistema de Salud: EPS, IPS, empresas sociales del Estado, medicina prepagada, cajas de compensación, el Fosyga y, en general, actores que presten o aseguren servicios de salud (no incluye farmacéuticas). Algunas funciones jurisdiccionales: dirimir disputas entre EPS y pacientes.
Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima)	Establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía presupuestal y administrativa.	Consejo Directivo colegiado: varios ministros, representantes de municipios y comunidad científica (siete miembros). Dirección Ejecutiva: unipersonal.	Consejo Directivo: ministros nombrados por el presidente; el resto, por el ministro de Salud. Director ejecutivo: Libre nombramiento y remoción por el presidente.	Administrar y otorgar los registros de medicamentos y alimentos de todos aquellos productos que se comercializan en el país. No tiene funciones reguladoras propiamente dichas (que son del Gobierno), se encarga de la implementación de los registros y la verificación de que cada producto cumpla con los requisitos establecidos por el Gobierno vía decreto.

Fuente: elaboración de los autores a partir de la normatividad relevante.

III. Análisis del régimen regulador del sector de la salud en Colombia

A. Autonomía

La literatura sobre las agencias reguladoras ha definido la *autonomía* en dos dimensiones complementarias: por un lado la ha entendido como la capacidad de la agencia de definir metas y objetivos, y tomar decisiones de política pública por ella misma en asuntos que sean de su competencia y que la agencia considere importantes²², y por otro lado la ha asumido como la capacidad que tiene una agencia para implementar esas decisiones sin la interferencia de actores externos, como represalias, vetos, u otro tipo de acciones realizadas por terceros que frustren la implementación de dicha decisión²³.

La literatura también ha diferenciado entre la autonomía formal o legal que puede tener una agencia y la autonomía real o *de facto* del organismo²⁴. La autonomía legal hace referencia a la autonomía de la agencia según su estructura, sus disposiciones constitucionales y legales, y demás reglas formales que otorgan al organismo una serie de prerrogativas. Mientras que la autonomía *de facto* hace referencia a la capacidad real de la agencia para actuar de manera autónoma, esto es, independiente de la influencia, presión y demás interacciones informales con terceros que influyan en su desempeño. El estudio y la medición de la autonomía real de una agencia requiere un amplio trabajo de investigación para identificar las relaciones y reglas informales que pueden menoscabar (o amplificar) su autonomía formal, por lo que el presente artículo se concentrará sólo en la autonomía formal o legal de las agencias reguladoras del sector de la salud en Colombia.

La literatura suele estudiar la autonomía de una agencia en cuatro diferentes niveles: (1) autonomía política; (2) autonomía administrativa; (3) autonomía financiera y presupuestal; y (4) autonomía de política pública o *policy autonomy*²⁵.

²² Devin Caughey, Sara Chatfield y Adam Cohon, “Defining, Mapping, and Measuring Bureaucratic Autonomy” (conferencia “Midwest Political Science Conference”), 2009; Koen Verhoest, Paul G. Roness, Bram Verschuere, *Autonomy and Control of State Agencies: Comparing States and Agencies*, Reino Unido, Palgrave Macmillan, 2010.

²³ Caughey, Chatfield, Cohon, *op. cit.*; Martin Painter, John Burns y Yee Wai-Hang, “Explaining Autonomy in Public Agencies: The Case of Hong Kong”, en Per Laegreid y Koen Verhoest, *Governance of Public Sector Organizations*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2010, pp. 111-132.

²⁴ Jacint Jordana y Carles Ramió, “Delegation, Presidential Regimes, and Latin American Regulatory Agencies”, en *Journal of Politics in Latin America*, vol. 2, n.º 1 (2010), p. 3.

²⁵ *Idem.*; Per Laegreid, Paul G. Roness y Kristin Rubecksen, “Autonomy and Control in the Norwegian Civil Service: Does Agency Form Matter”, en Per Laegreid y Tom Christensen (eds.), *Autonomy and Regulation: Coping with Agencies in the Modern State*, Cheltenham, Edward Elgar, 2006,

La primera, la autonomía política, hace referencia a la relación de dependencia que existe entre los directivos de la agencia reguladora y el gobierno elegido de forma democrática y los actores económicos regulados. Es decir, se relaciona con los mecanismos de nombramiento y remoción de los funcionarios; la existencia de periodos fijos y su duración; y la presencia de ministros o voceros de grupos de interés en los cuerpos directivos de la organización, entre otros.

La segunda, la autonomía administrativa, hace referencia a las facultades que tienen las directivas de la organización para definir y manejar al personal, para establecer la estructura de la organización y para determinar las herramientas y los mecanismos idóneos con el fin de alcanzar o satisfacer los objetivos de política pública propuestos.

Por su parte, la autonomía financiera y presupuestal, la tercera, se relaciona con las facultades para definir y modificar el presupuesto de la entidad, así como con la capacidad de reunir recursos propios (contribuciones, multas, tarifas) y contraer préstamos.

Por último, la autonomía de política pública o *policy autonomy*, la cuarta, se refiere a la capacidad de la organización de fijar ella misma sus propios objetivos, metas y prioridades de política pública; es decir, se relaciona con la amplitud de sus facultades reguladoras.

Ahora bien: con base en las anteriores clasificaciones se elaboró un índice para dar cuenta de la autonomía (o falta de ella) de una organización. El índice se compone de 20 variables que dan cuenta de los cuatro componentes de autonomía que fueron reseñados. La mayoría de las variables es dicotómica, pero existen algunas variables ordinales que permiten un mayor grado de detalle. Según el índice, *una agencia será más autónoma en la medida en que obtenga mayor puntaje en el acumulado global de indicadores*. (Para una descripción detallada de indicadores véase la tabla 4).

pp. 235-267. Consultado en [http://books.google.com.co/books?hl=en&lr=&id=0U0KX2pD5LgC&oi=fnd&pg=PA235&dq=Autonomy+and+Control+in+the+Norwegian+Civil+Service:+Does+Agency+Form+Matter%3F&ots=ZuXFF6xa5A&sig=7hFRMjJoRSbNkCbCYwzMEr0ACuU]; Caughey, Chatfield y Cohon, *op. cit.*; Jørgen G. Christensen, "Bureaucratic Autonomy as a Political Asset", en B. Guy Peters y Jon Pierre (eds.), *Politicians, Bureaucrats and Administrative Reform*, Londres, Routledge, 2001, pp. 114-126; Koen Verhoest, Guy Peters, Geert Bouckaert, "The Study of Organisational Autonomy: A Conceptual Review", en *Public Administration and Development*, vol. 24, n.º 2 (2004), pp. 101-118; Verhoest, Roness, Verschuere, *Autonomy and Control of States Agencies*, *cit.*

Tabla 3. Indicadores de autonomía de agencias reguladoras

Componente	Variable	Valores			
Autonomía política	Periodo fijo	0	1		
		No	Sí		
	Longitud del periodo	99	1		2
		N/A	<= 3 años		> 3 años
	Periodo escalonado frente al presidente	0	1	99	
		No	Sí	N/A	
	Dirección colegiada	0	1		
		No	Sí		
	Ministerios presentes en dirección colegiada	0	1	2	
		> 50 %	< 50 %	No	
	Grupos de interés en dirección colegiada	0	1	2	
		> 50 %	< 50 %	No	
	Mínimo dos actores intervienen en nombramiento	0	1		
		No	Sí		
	Interviene el presidente en nombramiento	0	1		
		Sí	No		
Autonomía administrativa	Tiene planta de personal propia	0	1		
		No	Sí		
	Puede definir su propia estructura administrativa	0	1		
		No	Sí		
	Puede definir quién trabaja en la entidad —el personal— (contratar/despedir)	0	1		
		No	Sí		
	Puede darse su propio reglamento	0	1		
		No	Sí		
Tiene personería jurídica	0	1			
	No	Sí			
Autonomía financiera	Tiene autonomía presupuestal	0	1		
		No	Sí		
	Cuenta con capacidad para pedir préstamos	0	1		
		No	Sí		
	<i>Budget-set within agency</i>	0	1		
		No	Sí		
	¿Se pueden cambiar rubros?	0	1		
		No	Sí		
Puede cobrar contribuciones, tarifas, multas u otro tipo de cobros para su propio presupuesto	0	1			
	No	Sí			

Componente	Variable	Valores		
Autonomía de política pública	Puede emitir regulaciones propias (circulares, resoluciones u otros actos administrativo generales)	0	1	
		No	Sí	
	Puede participar en toma de decisiones de regulación (decretos u otros)	0	1	
		No	No	

Fuente: elaboración de los autores.

Con base en lo anterior, en este texto entendemos por *autonomía* la capacidad que tiene una agencia reguladora para definir sus propias preferencias, aun cuando éstas riñen con las del Gobierno y los actores regulados. Además, entendemos que la *autonomía* es la correlativa dificultad —o imposibilidad— del Gobierno y los actores regulados de ejercer control, presión o tener otra forma de incidencia relevante sobre las acciones y determinaciones de la agencia en cuestión. A partir de esta definición es preciso concluir que en un sentido estricto el esquema regulador colombiano en el sector de la salud carece de agencias autónomas en la medida en que el Gobierno o los actores regulados tienen alguna forma de incidencia en todos los entes de este tipo. Sin embargo, en un sentido menos estricto, las agencias reguladoras colombianas del sector de la salud tienen grados bajos de autonomía en la medida en que los diseños institucionales, en algunos casos, buscan dificultar la injerencia directa del Gobierno en las decisiones técnicas.

En efecto, si se consideran las siete entidades o agencias con funciones reguladoras que fueron reseñadas se encontrará que todas ellas tienen fuertes lazos de dependencia con el Ejecutivo elegido por medios democráticos e, incluso, que muchas de ellas los tienen de forma directa con el presidente de la República. En el caso específico del CNSSS se puede observar, además, que existían fuertes lazos de dependencia entre sus miembros y los actores regulados: EPS, IPS, ISS, pacientes, entre otros²⁶.

²⁶ El artículo 171 de la Ley 100 establecía que el CNSSS estaría compuesto por los ministros de Salud, Trabajo y Hacienda, por representantes de entidades departamentales y municipales de salud, por representantes de los trabajadores y empleadores, por el ISS, por representantes de las EPS e IPS, por representantes de los profesionales de la salud y por representantes de los pacientes rurales.

Tabla 4. Autonomía de las agencias reguladoras en Colombia

	Variable	Entidad					
		MinSalud	Invima	CRES	CNSSS	SuperSalud	CNPMDM
Autonomía política	Periodo fijo / Libre remoción	0	0	1	1	0	0
	Longitud del periodo	99	99	1	1	99	99
	Periodo escalonado frente al presidente	99	99	1	0	99	99
	Dirección colegiada	0	1	1	1	0	1
	Ministerios presentes en dirección colegiada	99	1	1	1	2	0
	Actores regulados en dirección	0	0	0	1	0	0
	Nombrado por dos o más autoridades	0	0	1	1	0	0
	Interviene el presidente en nombramiento	1	1	1	1	1	1
Autonomía gerencial	Planta de personal propia	1	1	1	0	1	0
	Definir composición, personal, estructura	0	0	0	0	0	0
	Definir personal individual (contratar/despedir)	1	1	1	0	1	0
	Darse su propio reglamento	1	1	1	1	0	1
	Personería jurídica	1	1	1	0	1	0
Autonomía financiera	Autonomía presupuestal	1	1	1	0	1	0
	Capacidad para pedir préstamos	0	0	0	0	0	0
	Fija su propio presupuesto	0	0	0	0	0	0
	¿Se pueden cambiar rubros?	1	1	1	0	1	0
	¿Puede cobrar contribuciones, tarifas, multas u otro tipo de cobros para su propio presupuesto?	0	1	0	0	1	0
Autonomía de agenda de política pública	Emitir regulaciones propias (circulares, resoluciones u otros actos administrativos generales).	1	0	1	1	0	1
	Participar en toma de decisión de regulación (decretos u otros).	1	1	1	1	1	1
Total		9	11	15	10	10	5

Fuente: elaboración de los autores.

En el caso de la Superintendencia Nacional de Salud y del Invima²⁷, los nombramientos de sus directores competen de manera directa al presidente de la República y, a pesar de tener personería jurídica, ambas se encuentran adscritas al Ministerio de Salud y Protección Social. Lo propio sucede con el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud, que depende del Ministerio de Salud y Protección Social. La Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos no es la excepción, ya que está compuesta por los ministros de Salud y Comercio, y un delegado personal del presidente de la República; con el agravante de que esta comisión no cuenta con personería jurídica ni planta de personal propia. El único intento de una agencia relativamente autónoma fue la CRES, con origen en la Ley 1122 del 2007. Sin embargo, esta agencia fracasó y se liquidó sólo cinco años después de su creación y apenas tres años después de que empezara a funcionar en el 2009.

B. *Experticia*

Otra carencia importante del régimen regulador del sector de la salud en Colombia está relacionada con la capacidad, preparación y experiencia de los servidores públicos que están llamados a regular la salud por medio de sus trabajos en las diferentes entidades del sector. El ordenamiento jurídico colombiano no impone requisitos altos de experiencia ni preparación académica para quienes ocupan los cargos directivos de las diferentes agencias del régimen regulador de la salud en Colombia y por esto, en la práctica, se ha visto cómo los encargados de dirigir e implementar la regulación no cuentan con la preparación adecuada.

La Constitución Política establece como requisito para ser ministro sólo ser ciudadano colombiano y tener más de 25 años. Además, una revisión normativa del sector de la salud permite apreciar cómo los requisitos para ser superintendente, director del Invima o director técnico dentro del Ministerio oscilan entre los cinco y seis años de experiencia profesional relacionada, más un título de maestría o especialización. Los requisitos para ocupar cargos directivos del segundo nivel en las entidades del sector son similares y no existen buenas razones para pensar que el resto de la planta de personal de cada entidad se encuentre mejor calificada.

²⁷ Además, según el Decreto 2078 del 8 de octubre del 2012 (en *Diario Oficial*, n.º 48577, 8 de octubre del 2012), el máximo órgano de dirección del Invima es el Consejo Directivo, que está compuesto por los ministros de Salud, Comercio y Agricultura; los directores del Instituto Nacional de Salud (adscrito al Ministerio) y de medicamentos y dispositivos médicos del Ministerio de Salud; un secretario departamental o municipal de Salud y un representante de la comunidad científica, ambos designados por el ministro de Salud. Todos los miembros de este Consejo dependen de forma directa o indirecta del presidente de la República, o los funcionarios dependientes del presidente hacen sus nombramientos.

Tabla 5. Grados de cargos directivos del régimen regulador de la salud

Entidad	Cargo	Grado	Norma
Ministerio de Salud	Ministro	-	Decreto 4111 del 2011 / C. P. artículos 177, 207
Ministerio de Salud	Viceministro	-	Decreto 4111 del 2011
Ministerio de Salud	Director técnico	23	Decreto 4111 del 2011
Invima	Director general	25	Decreto 2079 del 2012
Invima	Director técnico	21	Decreto 2079 del 2012
CRES	Comisionado	-	Decreto 4836 del 2008
CRES	Coordinador ejecutivo	22	Decreto 4836 del 2008
CNSSS	Comisionado	-	Ley 100/1993, artículo 171
CNSSS	Secretario técnico (MinSalud)	23	Ley 100/1993, artículo 171
SuperSalud	Superintendente	25	Decreto 2463 del 2013
SuperSalud	Superintendente delegado	22	Decreto 2463 del 2013
CNPMDM	Secretario técnico (MinCIT)	22	Decreto 1071 del 2012 / Decreto 0213 del 2003

Fuente: elaboración de los autores.

Tabla 6. Requisitos profesionales según grado del cargo

Decreto 2272 del 2005, artículo 17	
Grado	Requisitos
21	Título profesional. Maestría + 56 meses o especialización + 68 meses
22	Título profesional. Maestría + 60 meses o especialización + 72 meses
23	Título profesional. Maestría + 64 meses o especialización + 76 meses
24	Título profesional. Maestría + 68 meses o especialización + 80 meses
25	Título profesional. Maestría + 72 meses o especialización + 84 meses

Fuente: elaboración de los autores.

De esta forma, la debilidad del régimen regulador del sector de la salud en Colombia se desprende no sólo de la falta de autonomía de las agencias o de la corrupción y captura que exista en su interior, sino también de la calidad profesional de la planta de personal de cada agencia. En muchos casos, la falta de

autonomía de este tipo de entidades se ve agudizada por la precaria preparación de los servidores públicos, quienes por su inexperiencia son más propensos a ceder ante presiones o se ven obligados a confiar en criterios técnicos de terceros, en específico de los actores regulados, debido a su desconocimiento de la materia que regulan.

C. Dispersión de actores reguladores y traslapamiento de funciones

Como se puede observar a partir de la descripción anterior, la regulación del sector de la salud en Colombia está muy fraccionada. Sólo adscritas al Ministerio se cuentan ocho entidades con funciones reguladoras diferentes —incluyendo las funciones de inspección, vigilancia y control—. Esta situación se agudiza si se toman en cuenta aquellas agencias que sin estar adscritas al sector de la salud desempeñan algunas funciones reguladoras tangenciales, como la Superintendencia de Industria y Comercio que funge como organismo de inspección, vigilancia y control en lo relativo al mercado de los medicamentos; el Ministerio de Comercio en la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos (CNPMDM) y el Ministerio de Agricultura en el Consejo Directivo del Invima. Todo ello sin contar la labor de las secretarías de salud que desempeñan funciones en la escala territorial de los departamentos y los municipios.

Además se trata de un esquema regulador inestable en la medida en que la vida útil de una agencia reguladora es corta y es usual ver cómo se reemplazan rápido por otras. Ese fue el caso del CNSSS que nació con la esperanza de ser el órgano rector del sistema y fue reemplazado por la CRES sólo para que ésta última fuera eliminada cinco años después —trasladando sus funciones al Ministerio de Salud—. Una situación similar se presenta en la CNPMDM, que la Ley 1438 del 2011 reformó y cuyas funciones fueron luego otorgadas al Ministerio de Salud con la ley estatutaria que la Corte Constitucional aprobó en años recientes —junio del 2014.

Esta inestabilidad tiene dos efectos negativos para el régimen regulador. Por un lado impide que las entidades adquieran experiencia y profesionalización en su labor de regulación, considerando que el proceso de aprendizaje se ve truncado por su aparición y desaparición. Esto a su vez contribuye a una gestión ineficiente y subóptima²⁸. Por otro lado la inestabilidad del régimen regulador

²⁸ Es importante resaltar también que la literatura sobre regulación ha identificado en la antigüedad y profesionalización de las agencias una fuente de autonomía que les permite resistir a injerencias y presiones externas. Véase Martino Maggetti, “De Facto Independence After Delegation: A Fuzzy-Set Analysis”, en *Regulation & Governance*, vol. 1, n.º 4 (2007), pp. 271-294.

fomenta también inestabilidad en la regulación misma, generando así dificultades para diseñar e implementar proyectos o planes de regulación a largo plazo.

Esta dispersión de actores ha llevado a que sea inevitable que se dupliquen funciones en cabeza de varios actores y a que existan zonas grises en donde no está claro cuál es la entidad competente. Este es el caso de las funciones del Ministerio de Salud encaminadas a emitir directrices a las IPS que se cruzan con las guías y los protocolos de atención que debe publicar el Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud (IETS). Algo similar ocurre entre las funciones de la CNPMDM, que no se ha suprimido, y las del Ministerio de Salud, al cual le transfirieron en años recientes algunas funciones de regulación de la política farmacéutica sin que sea claro cómo han de coexistir con las labores de la CNPMDM.

Otra consecuencia de la dispersión de actores y funciones reguladoras es que se generan elevados costos de transacción y problemas de información para crear políticas públicas integrales que enfrenten situaciones complejas del sector de la salud. En efecto, es común que se necesite la intervención coordinada de varias agencias para enfrentar problemas transversales del sector de manera exitosa. Piénsese por ejemplo en la sostenibilidad financiera del sistema de salud. Este objetivo debe garantizarse con una política coordinada de control de precios de medicamentos y vigilancia del gasto que deben hacer las EPS de los recursos públicos de la salud y una gestión adecuada de los municipios al determinar los afiliados al Sisbén que después se afiliarán al régimen subsidiado. Pero la sostenibilidad financiera también se logra con otros mecanismos: la actualización adecuada del POS que permita lograr un equilibrio entre lo que cubre la UPC y lo que será recobrado al Fosyga a un mayor valor y por fuera de los presupuestos previstos o incluso la optimización del uso de los medicamentos y dispositivos médicos para garantizar que las afecciones a la salud se traten de manera satisfactoria, pero sin utilizar medios innecesarios que generen sobrecostos al sistema²⁹.

Visto de esta forma, la protección de la sostenibilidad financiera del sistema de salud requiere de la intervención del Ministerio, de la CNPMDM, de las superintendencias de Salud y de Industria y Comercio, del IETS y de los municipios. Y lo mismo ocurre al enfrentar los problemas de negación de servicios de las EPS y el gran número de tutelas por este motivo; o al generar una política que ataque los determinantes de afecciones a la salud con un enfoque preventivo.

²⁹ Esto se ha conocido también como “políticas de uso racional de los implementos médicos” (medicamentos, dispositivos, entre otros).

Como se puede ver, la creación e implementación de políticas públicas exitosas en el sector de la salud requieren de la intervención de múltiples actores y el alto grado de dispersión eleva los costos de transacción y dificulta la tarea. La respuesta del Estado a esta problemática parece ser una paulatina pero continua acumulación de funciones en cabeza del Ministerio de Salud, el cual sostiene que la dispersión ha dejado “al propio Ministerio de Salud y Protección Social con muy limitada capacidad de rectoría y débiles mecanismos reguladores para efectuar una ordenación del sistema”³⁰. No obstante, esta centralización de la política pública profundiza los problemas de autonomía y genera que la rama ejecutiva del poder público ejerza un mayor control de la regulación.

D. Captura de las agencias reguladoras y corrupción

Otro de los problemas transversales del régimen regulador del sector de la salud en Colombia ha sido la captura que los agentes regulados hacen a los agentes reguladores, así como la elevada corrupción en el interior de ciertas entidades. Estos dos fenómenos han tenido como consecuencia la malversación de fondos públicos y la adopción de medidas que no siempre están dirigidas a la satisfacción del interés general. Una evaluación transversal de los niveles de captura y corrupción en el régimen regulador de la salud requeriría un exhaustivo trabajo de campo y recolección de datos que exceden los propósitos del presente texto. Sin embargo, como se verá, una revisión de prensa relacionada con el sector de la salud es una buena fuente inicial que permite constatar los múltiples episodios de captura y corrupción en el régimen regulador.

El propio Ministerio de Salud ha reconocido la captura que hacen los actores regulados al régimen regulador y la gestión oscura e inadecuada de los recursos públicos de la salud en diferentes niveles. En la exposición de motivos de la ley ordinaria de reforma a la salud presentada en el año 2013, el Ministerio afirmó lo siguiente:

Estos problemas han determinado una situación de crisis sistémica donde los diferentes intentos de resolución han encontrado que la capacidad de agenciamiento de intereses de los agentes se ha sobrepuesto a la capacidad regulatoria del Ministerio de Salud y Protección Social [...]

Son de conocimiento público los problemas donde los recursos de salud pudieron haberse utilizado para financiar la construcción de clínicas y en otros casos infraes-

³⁰ Ministerio de Salud de Colombia, “Exposición de motivos del Proyecto de Ley...”, *cit.*

estructura no relacionada con la salud. A pesar de que se han girado los recursos que pagan las prestaciones en salud, estos dineros no parecen haber llegado a los prestadores. Alcanzar una mayor transparencia y trazabilidad de los recursos es una necesidad que debe satisfacerse con celeridad³¹.

En efecto, estos sucesos relacionados con corrupción, captura y gestión inadecuada de recursos de la salud se han expuesto en reiteradas ocasiones en los medios de comunicación. A lo largo de la vigencia de la Ley 100 de 1993 se han conocido numerosos escándalos que afectan a distintas agencias reguladoras del sector de la salud y que reflejan los problemas que entraña la debilidad del régimen regulador.

Así, por ejemplo, los nombramientos de los cuerpos directivos de importantes entidades del sector han generado suspicacias. Este fue el caso del nombramiento de Mario Andrés Urán como director de Caprecom —la EPS pública más grande del país—, quien hasta ese entonces se venía desempeñando como gerente de Asuntos Corporativos de los Laboratorios Roche³². Este nombramiento generó desconfianza puesto que Caprecom sería la encargada de negociar compras masivas de medicamentos de alto costo no incluidos en el POS cuyos valores unitarios luego servirían como referencia para el valor de recobro autorizado ante el Fosyga. Esto parecía inadecuado, ya que cerca del 80 % de los cobros de medicamentos de alto costo ante el Fosyga correspondían a medicamentos de Laboratorios Roche³³. Por si esto fuera poco, varios medios de comunicación registraron las sospechas alrededor de la negociación adelantada por el entonces ministro de la Protección Social, Diego Palacio, y los Laboratorios Roche. Esta negociación terminó con una resolución del Ministerio que protegía a ocho productos de Roche de verse afectados por la política de importaciones paralelas adoptada ese mismo año con el Decreto 1310 del 2010³⁴.

Similares sospechas generó el nombramiento de Conrado Gómez en el cargo de superintendente de Salud. El motivo: su hermano, Franciso de Paula Gómez,

³¹ *Idem*.

³² Ministerio de Salud de Colombia, Boletín de Prensa, n.º 272, MinSalud, 20 de septiembre del 2010. Consultado en [http://www.minsalud.gov.co/Paginas/MarioAndr%C3%A9sUr%C3%A1nneselnuvdirectordeCaprecom.aspx].

³³ Juanita León, “¿Podrá el Ministro Santamaría ser independiente de las farmacéuticas?”, en *La Silla Vacía*, 27 de septiembre del 2010. Disponible en [http://lasillavacia.com/historia/18282].

³⁴ Alexander Marín Correa, “El favor de Palacio a Roche”, en *El Espectador*, 7 de abril del 2012. Disponible en [http://www.elspectador.com/noticias/investigacion/el-favor-de-palacio-roche-articulo-336662]; Nación, “Piden explicaciones sobre pasada negociación entre Minprotección y laboratorio Roche”, en *Semana*, 30 de marzo del 2012. Disponible en [http://www.semana.com/nacion/articulo/piden-explicaciones-sobre-pasada-negociacion-entre-minproteccion-laboratorio-roche/255718-3].

es el presidente de Afidro, el principal gremio de laboratorios farmacéuticos extranjeros en Colombia³⁵.

Otro caso que mostró la captura que hacen los actores regulados al régimen regulador fue el nombramiento de Claudia Vacca como directora del Invima. A pesar de que el Gobierno había publicado su hoja de vida y que a ella misma le habían comunicado su futuro nombramiento, todo se congeló en poco tiempo y el nombramiento se canceló. Al parecer esto fue consecuencia de las presiones de Afidro, que consideraba que el nombramiento de Vacca era contrario a sus intereses y habían logrado que el Gobierno detuviera el proceso³⁶.

La captura del régimen regulador también ha llegado a través del clientelismo y la repartija burocrática. En ese sentido van encaminadas las denuncias del superintendente de Salud, Gustavo Morales, al afirmar que ha recibido presiones para “nombrar interventores, asignar gerentes regionales e interferir en contratos de estas EPS que están en manos del Estado transitoriamente [...]. He recibido en mi despacho visitas de congresistas interesados en temas de la salud y especialmente en Solsalud [...] entre ellos el senador Roy Barreras, Karime Mota y Antonio Correa”³⁷.

Todos estos son sólo algunos ejemplos aislados de la penetración que ha tenido la captura del régimen regulador de la salud en Colombia y que pretenden develar sus mecanismos y dinámicas sin ser una investigación exhaustiva sobre el tema. Como se dijo arriba, una investigación específica y detallada sobre la captura y la corrupción en el interior del régimen regulador de la salud en Colombia es extensa, pertinente y necesaria.

IV. Conclusiones

Como se ha podido ver a lo largo de este trabajo, Colombia le ha apostado de manera consistente desde 1993 a un sistema de salud de aseguramiento social en el que la oferta y la competencia del sector privado están llamados a desempeñar un papel central, pero en el que se reconocen también unos estándares y derechos globales para el conjunto de la población. Así, los actores privados no

³⁵ Pablo Medina Uribe, “Conrado Gómez”, en *La Silla Vacía*, 12 de mayo del 2011. Disponible en [<http://lasillavacia.com/quienesquien/perfilquien/conrado-gomez>].

³⁶ Juanita León, “Dos nombramientos tienen al sector salud con los pelos de punta”, en *La Silla Vacía*, 26 de agosto del 2010. Disponible en [<http://lasillavacia.com/historia/17613>].

³⁷ Política, “Roy Barreras pidió cambiar al interventor de Solsalud”, en *El Espectador*, mayo 3 del 2013. Disponible en [<http://www.elspectador.com/noticias/politica/roy-barreras-pidio-cambiar-al-interventor-de-solsalud-articulo-419858>].

están llamados a competir en el precio o la naturaleza de los servicios ofrecidos, sino en la calidad y la eficiencia de la prestación del servicio. Es eso lo que está previsto en la Ley 100 de 1993 con el esquema de las EPS que reciben una UPC igual por afiliado y que están obligadas a prestar los mismos servicios señalados en el plan de beneficios (POS). Esta es la columna vertebral del sistema de salud en Colombia y es un aspecto que se ha mantenido estable a pesar de las numerosas reformas al sistema. Esta tendencia se mantuvo incluso en la fallida reforma al sistema de salud que se tramitó ante el Congreso por medio de un proyecto de ley ordinaria.

No obstante, el régimen regulador de la salud en Colombia sí ha sido bastante débil e inestable. Como se mostró a lo largo del texto, las entidades del régimen regulador de la salud en Colombia han tenido vidas muy cortas y de manera constante se han reformado o eliminado. Además, los actores regulados las han capturado con distintos mecanismos y carecen de autonomía frente al presidente de la República y, en general, frente al Gobierno nacional. Por otro lado, la proliferación de agencias reguladoras ha generado zonas grises en las competencias de cada entidad, lo cual también ha producido elevados costos de transacción y dilemas de acción colectiva a la hora de crear e implementar regulaciones transversales en el sector de la salud que implican acciones coordinadas de varias entidades. Todo esto ha generado un colapso generalizado del régimen regulador del sector de la salud y ha causado diferentes reformas al sistema a lo largo de los años.

En un primer momento, el Gobierno y el Congreso interpretaron la debilidad del régimen regulador como una consecuencia de la influencia excesiva que tenían los actores regulados en las entidades reguladoras. Ello explica la eliminación del CNSSS en el año 2007 y la creación de la CRES como una agencia reguladora con mayores niveles de autonomía frente a los actores regulados y frente al Gobierno mismo. En esta misma reforma del año 2007 se modificó la Superintendencia de Salud y se le otorgaron funciones jurisdiccionales. Hacia el 2010, el Ministerio de Salud y la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos comenzaron a producir circulares y resoluciones de forma habitual para establecer topes en los precios de los medicamentos. Sin embargo, la apuesta del Gobierno por un régimen regulador más fuerte a través de múltiples agencias con mayores niveles de autonomía duró poco. Así lo expresa el Ministerio de Salud en la exposición de motivos de la ley ordinaria de salud.

En efecto, en el año 2012 se liquidó la CRES y sus funciones se trasladaron al Ministerio de Salud. De igual forma, la ley estatutaria de salud promulgada en

el 2015 transfiere la gran mayoría de las funciones de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos al Ministerio de Salud. En términos formales la CNPMDM continuará existiendo, pero sin la mayoría de sus funciones se convierte en un actor potencialmente irrelevante en el régimen regulador. Como se puede ver, las reformas tienden hacia la centralización de la mayoría de las competencias en el Ministerio. Todas estas parecen respuestas a un régimen regulador que está fragmentado en exceso y que hace del Ministerio un organismo débil con muy poco poder de rectoría y dirección del SGSSS. Por eso las apuestas recientes del Gobierno se alejan del modelo de agencias reguladoras autónomas y pretenden que el Ministerio lo haga todo. La respuesta ante la debilidad del sistema ha sido centralizarlo todo en el Ministerio, convirtiéndolo en una suerte de superagencia reguladora que depende de forma directa del presidente.

Sin embargo, esta excesiva centralización de funciones y sobre todo la ausencia total de autonomía frente al Gobierno acarrearán profundos riesgos.

Por un lado se pone en juego la estabilidad de la regulación de la salud. Como señala Gilardi, cuando una agencia depende de manera directa del Gobierno ella se ve afectada por las dinámicas políticas y electorales³⁸. Así, una victoria de la oposición en las elecciones podría suponer un cambio radical en el régimen regulador, y ello podría tornarse en un fenómeno recurrente después de cada evento electoral. En el caso colombiano esto podría ocurrir incluso cada vez que haya un cambio de gabinete dentro de un mismo gobierno, respondiendo a las lógicas políticas de la coyuntura. La inestabilidad de la regulación genera profunda incertidumbre entre los actores regulados y dificulta la construcción de políticas de largo plazo, esenciales para un desarrollo y mejoramiento continuo del sector de la salud.

Por otro lado, la centralización de funciones en el Ministerio de Salud acarrea el riesgo de disminuir el grado de profesionalización y experticia de los funcionarios del sector. Como ya se dijo, la cercanía entre la agencia reguladora y el presidente la vuelve susceptible de verse afectada por las lógicas y dinámicas políticas. Con el cambio de gobierno o con el simple cambio de ministro, la planta de personal de los ministerios en Colombia se ve modificada. Por eso es posible que las coyunturas políticas no afecten sólo a las cabezas de las entidades sino

³⁸ Fabrizio Gilardi, *Delegation in the Regulatory State: Independent Regulatory Agencies in Western Europe*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008.

también a la gran mayoría de los cuadros directivos de segundo nivel. Con ello habría elevadas tasas de rotación en el personal de la entidad que afectarían la continuidad de las políticas públicas, pero también truncarían los procesos de profesionalización y experiencia que se obtienen a lo largo del tiempo. Por último, es posible que los recambios de personal en las entidades y la cercanía a los actores políticos tengan como consecuencia el nombramiento de personas que no son las más calificadas en términos técnicos.

Los retos del sector de la salud son enormes, y la ley estatutaria parece estar dando las primeras puntadas hacia un paulatino cambio de enfoque no sólo por el cambio hacia un plan de beneficios implícito, que tendría la posibilidad de reducir la judicialización de la salud, sino por la transformación de la perspectiva de la salud de un servicio público esencial en un derecho fundamental —en línea con los pronunciamientos de la Corte Constitucional—. Este cambio de perspectiva ubica al ciudadano en el centro del sistema, no ya como un usuario, sino como un sujeto de derechos constitucionales de carácter fundamental. En esa línea se mueve la reciente apuesta del Ministerio de Salud por los modelos integrales de Atención en Salud —aún por implementar— que buscan una atención integral y una realineación de los incentivos de los actores del sistema para la correcta garantía del derecho.

Sin embargo, en materia de la estructura del régimen regulador la apuesta del Ministerio de Salud parece ser todavía la de concentrar el mayor número de funciones reguladoras en esta entidad, y no se conocen proyectos para cambiar esto. Es posible que esta sea una estrategia eficaz para adoptar medidas de manera ágil y expedita que permita “poner la casa en orden”, pero queda por ver si la concentración de funciones en el Ministerio será provechosa en el largo plazo una vez sucedan cambios de ministros y de gobiernos. Por esta razón, la posibilidad de reformar el régimen regulador de la salud para blindarlo de las dinámicas políticas por medio de agencias con mayor autonomía debe ser un tema central en la agenda una vez que el orden se haya reinstaurado en un sector que viene de un par de décadas difíciles.

REFERENCIAS

- Andia Rey, Tatiana y Juan Manuel González Scobie, “Entre la legitimidad y el control: el arreglo institucional de los medicamentos y dispositivos médicos en el sistema de salud colombiano”, en *La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones*, Óscar Bernal y Catalina Gutiérrez (comps.), Uniandes, 2012.
- Black, Julia, “Critical Reflections on Regulation”, en *Australian Journal of Legal Philosophy*, n.º 27 (2002).
- Caughey, Devin; Sara Chatfield y Adam Cohon, “Defining, Mapping, and Measuring Bureaucratic Autonomy” (conferencia “Midwest Political Science Conference”), 2009.
- Christensen, Jørgen G., “Bureaucratic Autonomy as a Political Asset”, en B. Guy Peters y Jon Pierre (eds.), *Politicians, Bureaucrats and Administrative Reform*, Londres, Routledge, 2001.
- Congreso de la República, Ley 10.^a del 10 de enero de 1990, en *Diario Oficial*, n.º 39 137, 10 de enero de 1990.
- Congreso de la República, Ley 60 del 12 de agosto de 1993, en *Diario Oficial*, n.º 40 987, 12 de agosto de 1993.
- Congreso de la República, Ley 100 del 23 de diciembre de 1993, en *Diario Oficial*, n.º 41 148, 23 de diciembre de 1993.
- Congreso de la República, Ley 715 del 21 de diciembre del 2001, en *Diario Oficial*, n.º 44 654, 21 de diciembre del 2001.
- Congreso de la República, Ley 1122 del 9 de enero del 2007, en *Diario Oficial*, n.º 46 506, 9 de enero del 2007.
- Congreso de la República, Ley 1164 del 3 de octubre del 2007, en *Diario Oficial*, n.º 46 771, 4 de octubre del 2007.
- Congreso de la República, Ley 1438 del 19 de enero del 2011, en *Diario Oficial*, n.º 47 957, 19 de enero del 2011.
- Congreso de la República, Ley 1751 del 16 de febrero del 2015, en *Diario Oficial*, n.º 49 427, 16 de febrero del 2015.
- Congreso de la República, Ley 1753 del 9 de junio del 2015, en *Diario Oficial*, n.º 49 538, 9 de junio del 2015.

Decreto 851 del 27 de abril del 1994, en *Diario Oficial*, n.º 41 337, 28 de abril de 1994.

Decreto 1071 del 22 de mayo del 2012, en *Diario Oficial*, n.º 48 438, 22 de mayo del 2012.

Decreto 2078 del 8 de octubre del 2012, en *Diario Oficial*, n.º 48 577, 8 de octubre del 2012.

Decreto 2562 del 10 de diciembre del 2012, en *Diario Oficial*, n.º 48 640, 10 de diciembre del 2012.

Decreto 4107 del 2 de noviembre del 2011, en *Diario Oficial*, n.º 48 241, 2 de noviembre del 2011.

Drezner, Daniel, *All Politics Is Global: Explaining International Regulatory Regimes*, Princeton, Princeton University, 2007.

Eisner, Marc Allen, *Regulatory Politics in Transition*, Baltimore y Londres, The John Hopkins University, 2000. Consultado en [http://books.google.com.co/books?hl=en&lr=&id=HAmT6fuhwQcC&oi=fnd&pg=PR9&dq=eisner+regulatory&ots=oDxD_vlyfO&sig=YerAo73P6GAu7SPSEiSOu9V3E2c].

Enthoven, Alain C., “The History and Principles of Managed Competition”, en *Health Affairs*, vol. 12, n.º 1 (1993).

Flood, Colleen M. y Aeyal Gross (eds.), *The Right to Health at the Public/Private Divide: A Global Comparative Study*, Nueva York, Cambridge University, 2014.

Flood, Colleen M., y Amanda Haugan, “Is Canada Odd? A Comparison of European and Canadian Approaches to Choice and Regulation of the Public/Private Divide in Health Care”, en *Health Economics, Policy and Law*, vol. 5, n.º 3 (2010).

Gilardi, Fabrizio, *Delegation in the Regulatory State: Independent Regulatory Agencies in Western Europe*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008.

Jordana, Jacint, “The Institutional Development of Latin American Regulatory State”, en David Levi-Faur (ed.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011.

- Jordana, Jacint y Carles Ramió, “Delegation, Presidential Regimes, and Latin American Regulatory Agencies”, en *Journal of Politics in Latin America*, vol. 2, n.º 1 (2010).
- Laegreid, Per; Paul G. Roness y Kristin Rubecksen, “Autonomy and Control in the Norwegian Civil Service: Does Agency Form Matter”, en Per Laegreid y Tom Christensen (eds.), *Autonomy and Regulation: Coping with Agencies in the Modern State*, Cheltenham, Edward Elgar, 2006. Consultado en [<http://books.google.com.co/books?hl=en&lr=&id=0U0KX2pD5LgC&oi=fnd&pg=PA235&dq=Autonomy+and+Control+in+the+Norwegian+Civil+Service:+Does+Agency+Form+Matter%3F&ots=ZuXFF6xa5A&sig=7hfRMiJoRSbNkCbCYwzMEr0ACuU>].
- Lamprea, Everaldo, “Colombia’s Right-to-Health Litigation in a Context of Health Care Reform”, en Colleen M. Flood y Aeyal Gross (eds.), *The Right to Health at the Public/Private Divide: A Global Comparative Study*, Nueva York, Cambridge University, 2014.
- León, Juanita, “Dos nombramientos tienen al sector salud con los pelos de punta”, en *La Silla Vacía*, 26 de agosto del 2010. Disponible en [<http://lasillavacia.com/historia/17613>].
- León, Juanita, “¿Podrá el Ministro Santamaría ser independiente de las farmacéuticas?”, en *La Silla Vacía*, 27 de septiembre del 2010. Disponible en [<http://lasillavacia.com/historia/18282>].
- Levi-Faur, David, “Regulation and Regulatory Governance”, en David Levi-Faur (ed.), *Handbook of the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011.
- Maggetti, Martino, “De Facto Independence After Delegation: A Fuzzy-Set Analysis”, en *Regulation & Governance*, vol. 1, n.º 4 (2007).
- Marín Correa, Alexander, “El favor de Palacio a Roche”, en *El Espectador*, 7 de abril del 2012. Disponible en [<http://www.elspectador.com/noticias/investigacion/el-favor-de-palacio-roche-articulo-336662>].
- Medina Uribe, Pablo, “Conrado Gómez”, en *La Silla Vacía*, 12 de mayo del 2011. Disponible en [<http://lasillavacia.com/quienesquien/perfilquien/conrado-gomez>].

Ministerio de Salud de Colombia, “Abecé del proyecto de ley que redefine el Sistema de Salud”, Gobierno de Colombia, 2014. Consultado en [<http://www.urnadecristal.gov.co/gestion-gobierno/abc-reforma-a-la-salud>].

Ministerio de Salud de Colombia, Boletín de Prensa, n.º 272, MinSalud, 20 de septiembre del 2010. Consultado en [<http://www.minsalud.gov.co/Paginas/MarioAndr%C3%A9sUr%C3%A1neselnuevodirectordeCaprecom.aspx>].

Ministerio de Salud de Colombia, “Exposición de motivos del Proyecto de Ley ‘Por el cual se redefine el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones’”, MinSalud, 2013. Consultado en [<http://www.minsalud.gov.co/Documents/Ley%20Reforma%20a%20la%20Salud/Exposicion-Motivos-%20Proyecto-leyredefinicion-sistema-General-SeguridadSocial-Salud%20pdf.pdf>].

Nación, “Piden explicaciones sobre pasada negociación entre Minprotección y laboratorio Roche”, en *Semana*, 30 de marzo del 2012. Disponible en [<http://www.semana.com/nacion/articulo/piden-explicaciones-sobre-pasada-negociacion-entre-minproteccion-laboratorio-roche/255718-3>].

Painter, Martin; John Burns y Yee Wai-Hang, “Explaining Autonomy in Public Agencies: The Case of Hong Kong”, en Per Laegreid y Koen Verhoest, *Governance of Public Sector Organizations*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2010.

Paris, Valérie; Marion Devaux y Lihan Wei, “Health Systems Institutional Characteristics: A Survey of 29 OECD Countries”, en *OECD Health Working Papers*, n.º 50 (2010).

Política, “Roy Barreras pidió cambiar al interventor de Solsalud”, en *El Espectador*, 3 de mayo del 2013. Disponible en [<http://www.elespectador.com/noticias/politica/roy-barreras-pidio-cambiar-al-interventor-de-solsalud-articulo-419858>].

Proyecto de Ley 210 del 2013, en *Gaceta del Congreso*, n.º 488, 15 de agosto del 2012.

República de Colombia, Constitución Política de 1991.

Sabel, Charles F. y William H. Simon, “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, en *Harvard Law Review*, vol. 117, n.º 4 (2004).

- Scott, Colin, “Analysing Regulatory Space: Fragmented Resources and Institutional Design”, en *Public Law*, n.º verano (2001).
- Selznick, Philip, “Focusing Organizational Research on Regulation”, en Roger G. Noll (ed.), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley y Los Angeles, University of California, 1985.
- Verhoest, Koen; Guy Peters; Geert Bouckaert y Bram Verschuere, “The Study of Organisational Autonomy: A Conceptual Review”, en *Public Administration and Development*, vol. 24, n.º 2 (2004).
- Verhoest, Koen; Paul G. Roness; Bram Verschuere; Kristin Rubecksen y Muiris MacCarthaigh, *Autonomy and Control of State Agencies: Comparing States and Agencies*, Reino Unido, Palgrave Macmillan, 2010.

LAS CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES (CAR)
Y LA REGULACIÓN AMBIENTAL DEL TERRITORIO
A PROPÓSITO DE LA DISPUTA POR
EL BORDE NORTE DE BOGOTÁ*

Sebastián RUBIANO GALVIS**

Viviana ESTEBAN GARCÍA***

INTRODUCCIÓN

Desde hace algunas décadas la regulación del suelo ya no se limita a la intervención del Estado central en el mercado inmobiliario, el mercado de tierras rurales o la asignación de derechos de propiedad¹, sino que se inscribe en un proyecto más amplio en virtud del cual el Estado planifica el uso, el acceso y el aprovechamiento del territorio, entendido desde sus componentes social, cultural y biofísico, y desde distintas escalas². En Colombia, la planificación o el ordenamiento territorial se concreta en un conjunto de mecanismos que pretenden lograr una organización políticoadministrativa del Estado y una proyección espacial de sus políticas sociales, económicas, ambientales y culturales por medio del régimen de descentralización administrativa. En este sentido, el ordenamiento del territorio es un proceso técnico y político, por lo que su puesta en marcha es compleja debido a la participación de varias autoridades en distintos niveles —catastrales, ambientales, urbanísticos, entre otros— cuyas distintas visiones y aspiraciones

* Agradecemos a Julián López-Murcia, Sabina Rodríguez, Everaldo Lamprea y Helena Alviar por los valiosos comentarios que hicieron a una versión preliminar de este texto y a Catalina Mojica y Camilo Julio por permitirnos usar material fotográfico de su autoría. Agradecemos también a Manuel Rodríguez y a sus estudiantes del curso Política y Gestión Ambiental en América Latina de la Maestría en Gerencia Ambiental de la Universidad de los Andes, con quienes discutimos también un borrador previo de este artículo. Cualquier error o imprecisión que haya quedado en el texto es responsabilidad nuestra.

** Estudiante de doctorado en Ciencias Ambientales, Política y Gestión de la Universidad de California en Berkeley. Abogado y magíster en Geografía de la Universidad de los Andes e investigador del Grupo de Derecho Ambiental de la misma universidad.

*** Bióloga de la Universidad Nacional de Colombia, exasesora para temas ambientales del equipo de apoyo del despacho de la Secretaría Distrital de Planeación de Bogotá y estudiante de maestría en Ecología Tropical Acuática de la Universidad de Bremen, Alemania.

¹ María Mercedes Maldonado, “La discusión sobre la expansión al norte de Bogotá: una aproximación desde el derecho”, en Gerardo Ardila (ed.), *Territorio y sociedad: el caso del Plan de Ordenamiento Territorial de la ciudad de Bogotá*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2003, pp. 35-76; Helena Alviar y Catalina Villegas (comps.), *La función social de la propiedad en las constituciones colombianas*, Bogotá, Uniandes, 2012.

² Un hito en este proceso fue la Carta Europea de Ordenación del Territorio de la Comunidad Europea aprobada en 1983. Véase Rutherford Platt, *Land Use and Society. Geography, Law, and the Public Policy*, Washington, London Covelo, Island, 2004.

sobre el desarrollo territorial deben concertarse y materializarse en mecanismos como los planes de ordenamiento territorial (POT)³.

Una de las dimensiones del ordenamiento territorial es la ambiental. El suelo es un recurso que puede usarse para distintos fines, como la agricultura o la silvicultura, y que depende de una estructura ecológica más amplia en la que los bosques, la vegetación y el ciclo del agua están relacionados de manera directa. La Constitución y las leyes colombianas establecen que los municipios deben regular los usos del suelo en una escala local mediante distintos POT⁴ que deben incluir consideraciones económicas, culturales y ambientales⁵. En un momento en el que se avecinan la revisión y la modificación de muchos de los POT del país y en el que imperativos como la protección del agua, la adaptación al cambio climático y la gestión del riesgo son cada vez más urgentes⁶, es clave reflexionar más sobre las dimensiones ambientales de la regulación del suelo y sobre las competencias de las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) en materia de ordenamiento territorial ambiental⁷.

³ Maldonado, *op. cit.*; según la Corte Constitucional, el ordenamiento del territorio comprende una serie de “acciones, decisiones y regulaciones, que definen de manera democrática, participativa, racional y planificada, el uso y desarrollo de un determinado espacio físico territorial con arreglo a parámetros y orientaciones de orden demográfico, urbanístico, rural, ecológico, biofísico, sociológico, económico y cultural [...]”. El ordenamiento territorial debe además “promover la armoniosa concurrencia de la Nación, las entidades territoriales, las autoridades ambientales y las instancias y autoridades administrativas y de planificación”. Corte Constitucional, Sentencia C-795 del 29 de junio del 2003.

⁴ Aunque la Constitución asigna a los municipios la función de reglamentar los usos del suelo, el Código de Recursos Naturales (Decreto-Ley 2811 de 1974) ya había incluido dentro de su ámbito de regulación a “la tierra, el suelo y el subsuelo”, había establecido que sus usos deben estar de acuerdo con sus condiciones y factores constitutivos (artículo 3.º) y que su uso potencial debe considerar factores físicos, ecológicos y socioeconómicos de la región (artículo 178). La Constitución estableció también el deber de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (artículo 80), por lo que el ordenamiento se convirtió en un proyecto integral que debía incorporar dimensiones sociales, económicas, culturales y ambientales. Para armonizar estas dimensiones con distintos instrumentos, como los POT, en término normativos, se expidió: Congreso de la República, Ley 388 del 18 de julio de 1997, en *Diario Oficial*, n.º 43 091, 24 de julio.

⁵ La Ley 388 establece que en la elaboración y adopción de sus POT los municipios y distritos deberán tener en cuenta determinantes del ordenamiento, los cuales operan como normas de jerarquía superior. Uno de los determinantes es las normas sobre conservación y protección del medio ambiente y gestión del riesgo. Entre éstas se incluyen las disposiciones producidas por la Corporación Autónoma Regional o la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción en temas como reserva, alindamiento, administración o sustracción de las reservas forestales y parques naturales de carácter regional, manejo de cuencas hidrográficas y conservación de las áreas de especial importancia ecosistémica (artículo 10.º, numeral 1.b).

⁶ Los efectos sociales, económicos y ambientales de las emergencias invernales del 2010 y el 2011 asociadas al fenómeno climático extremo conocido como La Niña pusieron de presente la urgencia de tomar en serio la dimensión ambiental del ordenamiento territorial.

⁷ Esta dimensión se ha abordado desde distintos conjuntos de literatura: desde la gestión ambiental, el derecho ambiental y las ciencias ambientales. Cf. Francisco Canal Albán y Manuel Rodríguez Becerra, “Las corporaciones autónomas regionales, quince años después de la creación del Sina”, en Manuel Rodríguez Becerra (ed.), *Gobernabilidad, instituciones y medio ambiente en Colombia*, Bogotá,

Con el ánimo de aportar a esas discusiones, este artículo plantea algunas reflexiones sobre la función reguladora del Estado en materia ambiental a propósito del papel de las CAR en los procesos de ordenamiento territorial. Sostenemos que el papel de estos entes en los procesos de concertación de los POT es fundamental para incorporar a mediano y largo plazo dimensiones ambientales en el ordenamiento territorial. También argumentamos que las discusiones sobre cuáles son y cómo se implementan los determinantes ambientales del ordenamiento ilustran los dilemas conceptuales y prácticos de la regulación ambiental del territorio. Como estudio de caso analizamos la disputa entre la CAR de Cundinamarca, el Distrito Capital y otros actores institucionales y sociales en torno a la regulación del suelo del borde norte de la ciudad capital de las últimas dos décadas a raíz de la discusión del primer POT de Bogotá del año 2000 y la orden de declarar una zona de reserva forestal en dicha franja. El eje de esa disputa ha girado en torno a las implicaciones ambientales, urbanísticas y socio-económicas de la expansión de la ciudad hacia el borde norte y, en general, de su expansión tipo mancha de aceite sobre el suelo de la Sabana⁸.

Este texto se divide en cuatro secciones: en la primera discutimos desde distintos ángulos el concepto de *regulación ambiental* y argumentamos que la regulación del suelo ya no puede leerse sólo como la intervención del Estado en dicho mercado, sino que debe entenderse como una empresa reguladora que tiene que equilibrar múltiples intereses sobre el territorio presente y futuro con especial consideración por el equilibrio socioecológico; en la segunda caracterizamos, a la luz del concepto de *regulación ambiental*, la estructura del Sistema Nacional Ambiental con énfasis en las CAR; en la tercera reseñamos el estudio de caso sobre la disputa por la regulación del suelo del borde norte de Bogotá y destacamos el papel de las CAR de Cundinamarca en dicho conflicto partiendo de su rol en los procesos de concertación de los asuntos ambientales de los POT y de su función en el tema de ordenamiento ambiental; y en la cuarta sección planteamos algunas preguntas sobre el papel de las CAR y los retos conceptuales y prácticos para incorporar dimensiones ambientales en la regulación del territorio.

“Foro Nacional Ambiental”, 2008; Jorge Iván Córdoba, *Planes de ordenamiento territorial, propiedad y medio ambiente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012; Germán Andrés Quimbayo y Juana Mariño de Posada, “Biodiversidad y ordenamiento del territorio”, en Juan Carlos Bello *et al.* (eds.), *Biodiversidad 2014. Estado y tendencias de la biodiversidad continental de Colombia*, Bogotá, Instituto Alexander von Humboldt, 2014.

⁸ Para reconstruir y analizar el estudio de caso recurrimos a fuentes secundarias, normatividad, jurisprudencia y actas de sesiones de la CAR. También asistimos como observadores a varias reuniones de socialización sobre el plan de manejo de la Reserva Forestal Regional del Norte y la unidad de planificación rural del norte del POT entre diciembre del 2013 y octubre del 2014.

I. De la regulación ambiental a la resiliencia socioecológica

Desde la década de los setenta, países de todo el mundo y de América Latina han venido reformando sus constituciones y estructuras institucionales para incorporar la gestión ambiental como un deber del Estado. Este reverdecimiento de los estados⁹ se ha visto acompañado de la expansión global de agencias reguladoras medioambientales¹⁰. No obstante, en la literatura comparada sobre el Estado regulador no se ha estudiado el caso de Colombia y tampoco se ha discutido mucho sobre el significado de la regulación ambiental ni de las agencias reguladoras ambientales¹¹. Asimismo, la literatura nacional es escasa¹². En esta sección mostramos un breve estado del concepto de *regulación ambiental* desde distintos ángulos y nos preguntamos por su significado en nuestro contexto.

El concepto de *regulación* tiene varias acepciones según la aproximación que se adopte. En la ecología y la biología, hablar de *regulación* alude a algunos conceptos que intentan explicar las estrategias de adaptación de poblaciones y comunidades frente a los cambios que ocurren en la naturaleza. Uno de estos conceptos es el de *servicios ecosistémicos de regulación* que en las últimas dos décadas ha tomado fuerza como marco conceptual para definir las diversas maneras en las que los seres humanos nos beneficiamos de forma directa o indirecta del medio ambiente¹³. Los *servicios ecosistémicos de regulación* son los beneficios que se obtienen de ciertos procesos que cumplen funciones reguladoras en los ecosistemas, como el mantenimiento de la calidad del aire, la regulación climática global, el control de la erosión del suelo, el control de enfermedades humanas y la purificación del agua¹⁴.

⁹ Manuel Rodríguez Becerra, “¿Hacer más verde al Estado colombiano?”, en *Revista de Estudios Sociales*, n.º 32 (2009), p. 18.

¹⁰ Jacint Jordana y David Levi-Faur, “The Diffusion of Regulatory Capitalism in Latin America: Sectorial and National Channels in the Making of New Order”, en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 598, n.º 1 (2005), p. 104.

¹¹ Cf. Paul F. Steinberg y Stacy D. VanDeveer (eds.), “Comparative Environmental Politics: Theory, Practice, and Prospects”, Cambridge, MIT, 2012; Jacint Jordana y David Levi-Faur, *¿Hacia un Estado regulador latinoamericano? La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores*, Barcelona, CIDOB, 2005; Jacint Jordana y David Levi-Faur, “Towards a Latin American Regulatory State?: The Diffusion of Autonomous Regulatory Agencies Across Countries and Sectors”, en *International Journal of Public Administration*, vol. 29, n.º 4-6 (2006), pp. 335-366.

¹² Manuel Alberto Restrepo Medina, Lina Marcela Escobar Martínez, Javier Gustavo Rincón Salcedo, *Globalización del derecho administrativo colombiano*, Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010.

¹³ Millennium Ecosystem Assessment, *Ecosystems and Human Well-being: Synthesis Report*, Washington, D. C., Island, 2005.

¹⁴ La tipología propuesta por la Evaluación de los Ecosistemas del Milenio para clasificar los servicios ecosistémicos identifica cuatro tipos de servicios: (1) de aprovisionamiento, como los alimentos, el agua, la madera y el combustible; (2) de regulación de procesos ecológicos, como el clima, el ciclo del agua y el control de la erosión; (3) culturales, entendidos como los beneficios espirituales, estéticos, recreativos o educativos del ambiente; (4) y de soporte, que son aquellos requeridos para

Vale recordar que la capacidad del ambiente de mantener el equilibrio en estos procesos ecológicos se entiende como una forma de regulación. Otro de los conceptos es el de *resiliencia*, que es la capacidad de un ecosistema de recuperarse ante perturbaciones externas sin alterar de manera significativa sus características de estructura y funcionalidad, de manera que puede regresar a su estado original una vez que la perturbación ha terminado¹⁵.

En el campo de la política y el derecho ambiental se ha definido la *regulación* como toda prescripción que apunta a prevenir y corregir los impactos de la actividad humana en la salud pública y la biodiversidad¹⁶. James Salzman y Barton Thompson, por ejemplo, han distinguido cinco formas reguladoras en cabeza del Estado: la prescriptiva, que consiste en el uso de mecanismos de comando y control, como prohibiciones de uso y ocupación; la asignación de derechos de propiedad sobre los recursos naturales; los instrumentos económicos, como las sanciones por contaminación y los impuestos verdes; los subsidios a ciertas actividades más sostenibles que otras, como el uso de energías alternativas; y los mecanismos de persuasión a los agentes regulados para incidir en sus comportamientos y sus impactos ambientales¹⁷. Según estos autores, el uso de una u otra de estas herramientas de regulación depende de la magnitud y el tipo de cada problema ambiental particular. También reconocen que el reto de la regulación o gestión ambiental es enorme, pues se debe considerar que el dinamismo y la complejidad son rasgos esenciales de los ecosistemas, por lo que los mecanismos reguladores ambientales deben ser sofisticados y flexibles para adaptarse a los cambios¹⁸.

En las últimas tres décadas la economía ambiental también ha contribuido al avance conceptual y práctico de la regulación ambiental. De hecho, parte de sus enfoques se han convertido en dominantes debido en parte al giro que ha habido en la gestión ambiental: los instrumentos de comando y control cada vez ceden más terreno a los mecanismos reguladores descentralizados y privados que se basan en instrumentos o racionalidades económicas que generan incentivos por el comportamiento de los actores¹⁹. Ante la ineficacia de los instrumentos

la producción de todos los demás servicios ecosistémicos, como la formación del suelo, el ciclaje de nutrientes y la producción de oxígeno.

¹⁵ Crawford Stanley Holling, "Resilience and Stability of Ecological Systems", en *Annual Review of Ecology and Systematics*, vol. 4 (1973), pp. 1-23.

¹⁶ Richard Lazarus, *Environmental Law*, Chicago y Londres, University of Chicago, 2004.

¹⁷ James Salzman y Barton H. Thompson Jr., *Environmental Law and Policy*, EE. UU., Foundation, Thomson Reuters, 2010, pp. 45-52.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Maria Carmen Lemos y Arun Agrawal, "Environmental Governance", en *Annual Review of Environment and Resources*, vol. 31 (2006), pp. 297-325; Tony Prosser, *The Regulatory Enterprise: Government, Regulation, and Legitimacy*, Nueva York, Oxford University, 2010.

centralizados, la asimetría de la información entre regulador y regulado, y la constante de la crisis ambiental global, los mecanismos reguladores ambientales, basados en una racionalidad económica, se han convertido en dominantes²⁰.

Los instrumentos económicos más comunes son: los topes de contaminación permitida, los estándares técnicos de producción y las restricciones a industrias particulares²¹. En los Estados Unidos, por ejemplo, se han establecido índices cuantitativos de regulación como el sistema RegData, el cual analiza los textos de regulaciones federales y determina si ciertas industrias están “más” o “menos” reguladas²² según la frecuencia de palabras como “no se podrá”, “limitación ambiental” o “restricción”. En América Latina, la expansión de las políticas de inversión extranjera y de apuesta a las industrias extractivas ha enmarcado la discusión sobre la regulación ambiental como un asunto subordinado a la eficiencia económica y la libre empresa: es frecuente que los gobiernos y las empresas exijan que se “agilicen” las licencias ambientales y los demás mecanismos reguladores ambientales.

En las discusiones sobre regulación ha sido igual de importante el interrogante por *quién* debe regular. Algunas visiones críticas en los estudios ambientales han planteado la inconveniencia de que la regulación esté a cargo sólo del Estado o del mercado y han criticado el hecho de que se base en racionalidades de eficiencia económica. La base de sus críticas es la evidencia empírica de distintas partes del mundo que indica, sin defender panaceas ni arquetipos de modelos exitosos, que muchas comunidades locales étnicas y campesinas han desarrollado sofisticados sistemas de gestión comunitaria de recursos naturales más eficientes y sostenibles²³. Esquemas de formas colectivas de propiedad y gestión del territorio como los que existen en Colombia en la política de terri-

²⁰ Cf. Richard Revesz y Michael A. Livermore, *Retaking Rationality. How Cost-Benefit Analysis Can Better Protect the Environment and Our Health*, Nueva York, Oxford University, 2008.

²¹ Michael Crew y Anthony Heyes, “Introduction: Environmental Regulation”, en *Journal of Regulatory Economics*, vol. 28, n.º 2 (2005), pp. 127-128.

²² Omar Al-Ubaydli y Patrick A. McLaughlin, “RegData: A Numerical Database on Industry-Specific Regulations For All United States Industries and Federal Regulations, 1997-2012”, en *Regulation & Governance* (2015). La regulación se entiende entonces como la intervención en un mercado. El papel de la Environmental Protection Agency (EPA) en Estados Unidos se concentra fundamentalmente en este tipo de regulaciones sectoriales pero también en funciones de expedición de normas, administración y policía administrativa. Pese a esto, las grandes empresas la han percibido principalmente como una agencia intervencionista en los mercados. Salzman, *op. cit.*

²³ Elinor Ostrom y Michael Cox, “Moving Beyond Panaceas: A Multi-Tiered Diagnostic Approach for Social-Ecological Analysis”, en *Environmental Conservation*, vol. 37, n.º 4 (2010), pp. 451-463; Juan Camilo Cárdenas, *Dilemas de lo colectivo: instituciones, pobreza y cooperación en el manejo local de los recursos de uso común*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2000; El reclamo creciente de los movimientos sociales por la participación en materia ambiental también ha posicionado los mecanismos comunitarios de regulación.

torios étnicos colectivos en la Amazonia y el Pacífico han mostrado ser medios eficaces para la conservación ambiental²⁴. Así, hoy en día, la gestión ambiental tiende a privilegiar sistemas policéntricos y descentralizados que cuentan con la participación de actores públicos y privados y se basan en distintos instrumentos reguladores, como es el caso del Sistema Nacional Ambiental colombiano²⁵.

El protagonismo de los instrumentos y las teorías económicas de regulación refleja una definición de la *regulación ambiental* como un asunto técnico asociado a la gestión racional de recursos *limitados* para necesidades ilimitadas o crecientes²⁶. Esta aproximación se ha criticado, pues oculta las relaciones de poder subyacentes a los problemas ambientales que se reflejan en la existencia de conflictos asociados al uso, al acceso, al control y a la representación de los recursos naturales y en el hecho de que la escasez de un recurso puede, además de ser o no material, responder a la existencia de injusticias sociales y económicas²⁷. Incluso desde la economía ambiental se ha criticado ese enfoque, ya que las decisiones de los agentes no siempre responden a cálculos egoístas de utilidad y además, bajo ciertas condiciones, es posible promover comportamientos solidarios y prosociales en aras de la maximización del beneficio colectivo a largo plazo en el uso de dichos recursos²⁸.

También se ha discutido cómo la eficiencia económica no es la única racionalidad reguladora posible²⁹. Existen otras, como la de la solidaridad social, la de la protección de los derechos humanos, la de la participación³⁰ y también la del desarrollo sostenible y la equidad intergeneracional³¹. En ese sentido las dimensiones políticas y distributivas de la regulación ambiental también son fundamentales desde el punto de vista de la relación entre regulación y conocimiento

²⁴ Manuel Rodríguez Becerra, “El Estado verde: el caso de la política de conservación de la Amazonia y del Chocó Biogeográfico colombianos”, en *La gestión de lo público: debates y dilemas*, Bogotá, 2014, pp. 135-168.

²⁵ Manuel Rodríguez Becerra; Eduardo Uribe Botero y Julio Carrizosa Umaña, *Instrumentos económicos para la gestión ambiental en Colombia*, Bogotá, Fescol, 1996, p. 5.

²⁶ Esta visión de la gestión ambiental como un asunto económico se basa en la clásica teoría de Thomas Malthus del siglo XIX sobre la sobrepoblación, según la cual los problemas ambientales son producto de la escasez de recursos para una población ilimitada, por lo cual la solución son políticas de control poblacional y una gestión “racional” de los recursos. Paul Robbins, *Political Ecology: A Critical Introduction*, Oxford, Blackwell, 2004, p. 7.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Ostrom y Cox, *op. cit.*; Cárdenas, *op. cit.*

²⁹ Douglas A. Kysar, *Regulating from Nowhere: Environmental Law and the Search for Objectivity*, Londres y New Haven, Yale University, 2010.

³⁰ Prosser, *op. cit.*

³¹ Según las Conferencias de las Naciones Unidas, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro de 1992, el desarrollo sostenible se refiere a la posibilidad de realizar el desarrollo en el presente sin afectar la posibilidad y los derechos de las generaciones futuras de tener la misma oportunidad o una equivalente.

experto: por más que el sustento de una decisión sea técnico-científico y neutral en apariencia, toda regulación ambiental distribuye costos y beneficios entre los distintos actores y grupos de la población³².

Además, el reto que enfrentan los actores reguladores al tomar decisiones en entornos caracterizados simultáneamente por la incertidumbre científica y por la urgencia de actuar ante el peligro de daños ambientales inminentes muestra que la decisión de tomar medidas ante la incertidumbre de daño grave es en parte una cuestión de voluntad política del regulador frente al riesgo³³. De ahí las polémicas recurrentes en torno a la aplicación de un estándar regulador, como el principio de precaución, en las que se suele debatir entre el “hay suficiente evidencia científica: actuemos” y el “no hay suficiente evidencia: aún no podemos/debemos actuar”.

Un concepto que intenta capturar de forma crítica el papel de los actores políticos en la regulación ambiental es el de *gobernanza*³⁴. Este concepto lo han empleado académicos, agencias gubernamentales y organismos multilaterales como un nuevo discurso de gestión y regulación, entre otros asuntos, del medio ambiente. Al ser la gobernanza una “nueva” forma de regulación que trasciende al Estado, mientras diluye su poder regulador en otros actores, y que pone en duda categorías tradicionales como la soberanía, algunos han sostenido que es un concepto apolítico o postpolítico³⁵. De ahí su popularidad y también su vaguedad, pues hay varias acepciones del concepto: como problema de escalas reguladoras, como acción colectiva de manejo de recursos, como proyecto de participación política, entre otros³⁶. Otro concepto, como el de sistemas socioecológicos, también ha intentado capturar las dimensiones sociales de la gestión de los asuntos ambientales e integrar a los humanos y sus problemas en los ahora llamados “socioecosistemas”³⁷.

³² Robbins, *op. cit.*; Kysar, *op. cit.*

³³ *Idem.*; Lazarus, *op. cit.*, p. 39.

³⁴ En términos generales, la *gobernanza* es un mecanismo de regulación de la vida social y política que se caracteriza por cuestionar la centralidad del Estado como ente decisor y destacar el papel de otros actores (ONG, agencias supranacionales, movimientos sociales) en otras escalas. Lemos, *op. cit.*; Matthew Himley, “Geographies of Environmental Governance: The Nexus of Nature and Neoliberalism”, en *Geography Compass*, vol. 2, n.º 2 (2008), pp. 433-451.

³⁵ *Idem.*

³⁶ Gavin Bridge y Tom Perreault, “Environmental Governance”, en Noel Castree, David Demeritt, Diana Liverman y Bruce Rhoads (eds.), *A Companion to Environmental Geography*, Oxford, Reino Unido, Wiley-Blackwell, 2009, pp. 475-497.

³⁷ Germán Andrade, “¿El fin de la frontera? Reflexiones desde el caso colombiano para una nueva construcción social de la naturaleza protegida”, en *Revista de Estudios Sociales*, n.º 32 (2009), pp. 48-59.

En síntesis, entender el término de *regulación ambiental* y su práctica requiere integrar distintos enfoques, conceptos y conjuntos de literatura (desde la biología, la ecología, el derecho y la política ambiental hasta la economía ambiental y la ecología política). En esa medida, un eje central para discutir sobre el papel regulador del Estado en temas ambientales es reconocer que las racionalidades y los mecanismos reguladores tienen efectos no sólo ambientales sino también económicos y políticos. Las percepciones sobre lo que es y debería ser un estado de equilibrio socioecológico a su vez dependen de los intereses del regulador y, en general, de los actores sociales y políticos involucrados³⁸. La acción humana en el medio ambiente no es ya una *perturbación al equilibrio ecosistémico*, como lo sostenía la ecología clásica, ahora influye en un sistema más complejo en términos socioecosistémicos y, por ende, en una doble vía mutuamente constituyente entre sociedad y naturaleza que abarca relaciones de poder, de raza y etnicidad, género, entre otras³⁹.

En suma, la regulación ambiental es un asunto que involucra múltiples racionalidades y que no ocurre en el vacío, por lo que su concreción y aplicación práctica supone enormes retos⁴⁰. Intentaremos ilustrar esto con un estudio de caso sobre el papel de las CAR en el ordenamiento territorial como una forma de regulación.

II. El Sistema Nacional Ambiental (Sina) y la planificación territorial como empresa reguladora: el caso de las Corporaciones Autónomas Regionales

En la doctrina nacional se suele decir que los órganos de regulación se reducen a los de origen constitucional (como el Banco de la República y la Comisión de Televisión) y a los de origen legal, como las comisiones de regulación y las superintendencias⁴¹. Así mismo, al igual que en esta base teórica, en la práctica administrativa y jurisprudencial suele entenderse la *regulación* como la intervención estatal en la economía y los mercados. De ahí que buena parte de la literatura sobre regulación en Colombia se haya concentrado en los mercados de servicios públicos domiciliarios y en las comisiones de regulación⁴². No obs-

³⁸ Kysar, *op. cit.*

³⁹ Andrade, *op. cit.*

⁴⁰ Quimbayo y Mariño, *op. cit.*

⁴¹ Ana Lucía Lenis Mejía, “Las agencias independientes o comisiones de regulación”, en *Revista de la Maestría en Derecho Económico*, n.º 2 (2004), pp. 113-173.

⁴² Carlos Andrés Sánchez García y Lorenzo Villegas Carrasquilla, “Regulación de los servicios públicos: redefinición constitucional del Estado colombiano”, en *Derecho constitucional: perspectivas críticas*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1999; René Uruña, “Global Water Gover-

tante, la estructura y las funciones del Sistema Nacional Ambiental⁴³, del cual forman parte las CAR, no parecen encajar dentro de los órganos de regulación de mercados o sectores de la economía, pues son más intrincadas y ambiciosas que un esquema en el que una autoridad reguladora interviene en un sector o una industria con mecanismos de comando y control. Por eso también se requiere ampliar el concepto de *regulación* desde un punto de vista jurídico para entender mejor el papel del Sina.

La Corte Constitucional ha dado pasos en ese sentido, específicamente con la Sentencia C-150 del 2003, en la cual se sostiene que “todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad constituyen una forma de regulación económica y social”⁴⁴ y que la función de regulación

es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades⁴⁵.

Dice también que dadas las especificidades de cada actividad socioeconómica o sector sujeto a regulación, la función reguladora se puede manifestar en facultades de regulación y en instrumentos muy diversos.

Esta visión amplia es consistente con algunos enfoques de la literatura sobre agencias reguladoras que sostienen que éstas son autoridades creadas y concebidas para fijar con distintos instrumentos las reglas de juego a las cuales debe sujetarse una actividad determinada dentro de un sector socioeconómico; que tienen altos grados de independencia; y que su función central es mantener el equilibrio entre intereses contrapuestos en contextos socioeconómicos de gran dinamismo⁴⁶.

Todas estas aproximaciones son pertinentes para el tema ambiental y territorial, pues el ordenamiento territorial es precisamente la fijación de reglas de juego

nance and the Rise of the Constitutional Regulatory State in Colombia”, en Navroz K. Dubash y Bronwen Morgan (eds.), *The Rise of the Regulatory State of the South: Infrastructure and Development in Emerging Economies*, Reino Unido, Oxford University, 2013.

⁴³ El Sistema Nacional Ambiental (Sina) creado por la Ley 99 de 1993 es un modelo de regulación descentralizado con un ente rector de nivel nacional y unas autoridades regionales que son las CAR. La regulación general y los lineamientos de la política ambiental están a cargo del Ministerio de Ambiente, pero las CAR son las que ejecutan la gestión ambiental regional. Congreso de la República, Ley 99 del 22 de diciembre de 1993, en *Diario Oficial*, n.º 41 146, 22 de diciembre de 1993.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-150 del 25 de febrero del 2003.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Prosser, *op. cit.*

en torno a intereses contrapuestos sobre los usos del suelo y sus implicaciones sociales y económicas⁴⁷, lo cual convierte al Sina, creado por la Ley 99 de 1993, en una empresa reguladora ambiental gracias a que sus políticas y lineamientos limitan el uso y acceso a los recursos naturales de distintas entidades. A continuación situamos a las CAR en ese modelo.

*A. El Sina y las Corporaciones Autónomas Regionales:
de promotoras del desarrollo económico regional a agencias medioambientales*

Las CAR anteriores a la Constitución de 1991^[48] tenían funciones asociadas a la promoción del desarrollo económico de las regiones: debían impulsar proyectos de infraestructura, manejo de los suelos, riego y generación de energía⁴⁹. Esas primeras CAR estuvieron adscritas desde 1957 al Ministerio de Desarrollo Económico y luego al de Agricultura hasta la reforma constitucional de 1968 cuando se adscribieron al Departamento Nacional de Planeación⁵⁰. La descentralización administrativa a favor de los municipios y departamentos hizo que a éstos se les asignaran algunas responsabilidades que estaban en cabeza de las CAR, como la electrificación rural, la construcción de vías y parques recreativos. Las Corporaciones Autónomas Regionales se convirtieron entonces en administradoras de los recursos naturales con funciones de vigilancia y control en las zonas en las que el Inderena no tenía jurisdicción⁵¹.

Con frecuencia, las CAR dieron prioridad a sus funciones de agencia de desarrollo en detrimento de su papel como autoridad ambiental. Este conflicto de intereses puso de presente la necesidad de reformar la institucionalidad ambiental, lo que ocurrió con la Ley 99 y la Constitución de 1991, en las que se redefinieron como autoridades ambientales y como entes autónomos e independientes destinados a administrar los recursos naturales regionales y propender a su desarrollo sostenible. Así, las CAR se estructuraron como entes corporativos dotados de un régimen especial que les permitía conjugar una serie de condiciones que garantizaran su autonomía, la participación de las autoridades territoriales y

⁴⁷ Platt, *op. cit.*

⁴⁸ La primera fue la Corporación Autónoma del Valle del Cauca creada en 1954. Entre 1954 y 1991 se crearon otras 16 corporaciones en distintas regiones del país. Canal Albán y Rodríguez Becerra, *op. cit.*

⁴⁹ Alberto Nassar, "Anotaciones sobre las Corporaciones Autónomas Regionales. Síntesis de su gestión en 36 años de existencia", en *Revista de las Corporaciones Regionales*, vol. 1 (1990), pp. 97-102.

⁵⁰ El Inderena se había creado en 1968 como una entidad adscrita al Ministerio de Agricultura. Fue liquidado en 1993 y dio lugar al Ministerio de Medio Ambiente creado por la Ley 99.

⁵¹ Canal Albán y Rodríguez Becerra, *op. cit.*

la ejecución de la política nacional⁵². Además se les dotó de fuentes de ingreso independientes de los presupuestos de las entidades territoriales⁵³.

Tabla 1. Comparación de las características de las CAR
antes y después de la Ley 99 de 1993 y la Constitución de 1991⁵⁴

	Antes	Después
Naturaleza y especialidad	Entidades descentralizadas del orden nacional; agencias de desarrollo con algunas funciones sobre los recursos naturales	Autoridades ambientales autónomas; ejercicio de la autoridad ambiental
Adscritas	Poder ejecutivo	Poder autónomo
Dependencia	Gobierno central	Órganos de dirección propios
Órganos de dirección	Asesor de Presidencia Director ejecutivo	Director ejecutivo Asamblea General Consejo Directivo
Nombramiento de director	Poder ejecutivo	Consejo Directivo
Características de los órganos de dirección	Jerárquicos	Pluralistas, democráticos y participativos

Fuente: elaboración propia.

En teoría, el Sina⁵⁵ fue concebido como un sistema descentralizado de gestión ambiental en el que un ente central rector dictaba lineamientos y tomaba decisiones sobre proyectos de gran magnitud, pero el grueso de la gestión ocurría en el ámbito regional y local, por lo que recaía sobre las CAR y los grandes centros urbanos. Así mismo, el Sina se percibía como un esquema participativo que intentaba romper la división entre los ámbitos público y privado, pues las

⁵² La naturaleza jurídica de las CAR desde 1991 es bastante particular. Hay quienes dicen que son entes nacionales descentralizados por servicios, mientras que otros sostienen que son entes con una autonomía especial pues no pueden clasificarse como entes nacionales, departamentales ni municipales. No hay unanimidad sobre este tema en la jurisprudencia. Iván López Dávila, *El régimen jurídico de las Corporaciones Autónomas Regionales*, Bogotá, Ibáñez, 2012.

⁵³ Las rentas propias de las Corporaciones Autónomas Regionales son las transferencias del impuesto predial de los municipios, las transferencias del sector eléctrico y las altas rentas de capital de algunas de ellas. Son rentas que por su origen se concentran fundamentalmente en ocho de las 34 CAR, lo que causa un grave desequilibrio financiero que no se ha solucionado hasta hoy. Francisco Canal Albán, *Elementos de análisis para la evaluación y ajuste de las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible*, Bogotá, “Foro Nacional Ambiental”, documento de política pública 14, 2008.

⁵⁴ Modificado de Canal Albán y Rodríguez Becerra, *op. cit.*

⁵⁵ Creado con la Ley 99.

organizaciones no gubernamentales (ONG), las organizaciones comunitarias, las comunidades étnicas y los sectores productivos eran también actores del sistema que podían y debían participar en la gestión ambiental⁵⁶. Sin embargo, en la práctica, la estrechez de los espacios de participación ambiental —incluidos los consejos directivos de las CAR⁵⁷— ha llevado a que sean las autoridades públicas —léase el Ministerio y las CAR— las que, por lo general, tengan la última palabra. Así mismo se ha criticado que la estructura actual de gobierno de las CAR refleje el interés por dar voz a los distintos intereses regionales y locales, pero en la práctica esto ha propiciado su captura. Como los miembros locales y regionales del Consejo son mayoría, con frecuencia los alcaldes y gobernadores dejan a los representantes del Gobierno en minoría en las decisiones, lo cual dificulta que el Ministerio ejerza control⁵⁸.

B. Las CAR y el ordenamiento territorial ambiental como empresa reguladora

Antes de la Constitución de 1991 había algunas normas sobre zonificación urbana fundamentadas en la idea del poder de policía para la defensa de intereses públicos⁵⁹, pero en la práctica el suelo se regulaba según la ley de oferta y demanda y, por ende, los agentes privados del mercado inmobiliario tenían una incidencia excesiva en el ordenamiento del territorio y la asignación de derechos de propiedad⁶⁰. Desde la Ley 9.^a de 1989 y la Ley 388 de 1997 se le apuntó a la intervención planificada del Estado para la regulación del suelo. Este proyecto enfrentó —y sigue enfrentando— muchas resistencias. La primera ley tardó casi tres décadas en aprobarse por oposición de constructores y de asociaciones de propietarios privados⁶¹ y la segunda ley, sobre ordenamiento territorial, en un

⁵⁶ La Corte Constitucional también ha dicho que las autoridades tradicionales indígenas son autoridades ambientales en sus territorios y por ende las decisiones de los actores del Sina se deben “coordinar” con las autoridades tradicionales. Véase Corte Constitucional, Sentencia C-326 del 22 de marzo del 2012.

⁵⁷ Beatriz Londoño Toro, “Participación de las organizaciones ambientales en los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales”, en Claudia Mesa; Ebert Stiftung; Humberto Rojas, *et al.* (comps.), *Herramientas para la participación en gestión ambiental*, Bogotá, Fescol, 2000.

⁵⁸ Canal Albán y Rodríguez Becerra, *op. cit.*

⁵⁹ Antonio Barreto y Juan Felipe Pinilla, “El uso de la doctrina del poder de policía en los ámbitos estatal y urbano: observaciones sobre Colorado al trasluz de los sistemas jurídicos de Colombia y Estados Unidos”, en Miguel Malagón (coord.), *El derecho público y los veinte años de la Constitución de 1991*, Bogotá, Uniandes, 2013.

⁶⁰ Catalina Villegas del Castillo, “¿Es la función social de la propiedad una cláusula de papel? De la reforma de 1936 a la Constitución de 1991”, en Helena Alviar y Catalina Villegas del Castillo (comps.), *La función social de la propiedad en las constituciones colombianas*, Bogotá, Uniandes, 2012, p. 73.

⁶¹ Liliana Ospina, *Análisis de transacciones de los predios de la RFRN*, Bogotá, Instituto de Estudios Urbanos de Universidad Nacional de Colombia, 2011.

inicio iba a aprobarse como una ley de suelos, pero la existencia de disposiciones constitucionales que integran la planificación territorial con su dimensión ambiental llevó a que en la norma se plasmara una visión más integral del suelo como territorio sujeto a la planificación integral⁶².

En Colombia, la competencia reguladora sobre el suelo, en la escala local, está en cabeza de los municipios y se hace a través de los POT, que son los principales instrumentos de planificación territorial local ante la ausencia de una Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial⁶³. Según la Ley 388, los POT deben promover el ordenamiento del territorio local, el uso equitativo y racional del suelo, la preservación y la defensa del patrimonio ecológico y cultural localizado en su ámbito; deben incluir objetivos, políticas y estrategias para tener en cuenta el entorno regional, el desarrollo social y económico del municipio y también la necesidad de conservar valores paisajísticos y ambientales⁶⁴; deben tener consideraciones ambientales siempre concertadas con las CAR, que son la máxima autoridad ambiental en una escala regional y son las ejecutoras de la política nacional dictada por el Ministerio de Ambiente⁶⁵. En cuanto a este último punto, dado que la política ambiental nacional y regional es un determinante del ordenamiento territorial local y que en virtud del principio de rigor subsidiario las entidades territoriales pueden hacer más duras pero no más flexibles las normas de policía ambiental⁶⁶, esta concertación suele ser un proceso conflictivo, pues las CAR están llamadas a ser el contrapeso ambiental de los procesos de desarrollo territorial de los municipios. En caso de que el municipio y las CAR no se pongan de acuerdo en la concertación, el Ministerio de Ambiente decide sobre la controversia, pero son las CAR y el municipio los que ejecutan la decisión final⁶⁷.

⁶² Maldonado, *op. cit.*

⁶³ En el 2011 se expidió la Ley 1454, autodenominada LOOT, que incluye una serie de esquemas de asociatividad entre entidades territoriales y unos principios del ordenamiento territorial, pero a la postre no regula el asunto de fondo de la distribución de competencias entre los niveles nacional, regional y local. Congreso de la República, Ley 1454 del 28 de junio del 2011, en *Diario Oficial*, n.º 48 115, 29 de junio del 2011.

⁶⁴ Según la Ley 388, los tres grandes principios que deben orientar el ordenamiento territorial son la función social y ecológica de la propiedad, la prevalencia del interés general sobre el particular y la distribución equitativa de cargas y beneficios. La Ley 1454 (*cit.*) agrega dos principios más: la sostenibilidad ambiental y la protección de la diversidad cultural.

⁶⁵ La Ley 99 le otorgó al Ministerio de Ambiente la función de establecer las reglas de ordenamiento ambiental del territorio, así como de expedir el estatuto de zonificación y uso adecuado del territorio para su apropiado ordenamiento, y las regulaciones nacionales sobre uso del suelo en lo concerniente a sus aspectos ambientales. Este estatuto no se ha expedido.

⁶⁶ Véase el artículo 61 de la Ley 99, y Corte Constitucional, Sentencia C-534 del 16 de octubre de 1996.

⁶⁷ Este procedimiento de regulación no suele llegar hasta esa última instancia. En la corta historia de planificación territorial del país, por lo general, las entidades territoriales han logrado concertar sus POT con las CAR correspondientes. Sin embargo, ha habido algunos casos en los que se han tenido que activar todas estas instancias.

Esta incorporación de la dimensión ambiental en la regulación de los usos del suelo es lo que la ley ambiental llama el *ordenamiento ambiental del territorio*, esto es “la función atribuida al Estado de regular y orientar el proceso de diseño y planificación de uso del territorio y de los recursos naturales renovables de la nación a fin de garantizar su adecuada explotación y su desarrollo sostenible”⁶⁸. En parte, esa regulación y orientación son posibles por medio del contrapeso de las CAR a los POT⁶⁹. Debido a la complejidad, el diseño de estos últimos es un proceso desafiante desde el punto de vista de la coordinación y concurrencia administrativa, ya que el andamiaje de instituciones que se debe poner en marcha para aprobarlo incluye a los municipios y a las CAR, actores que pueden tener visiones y proyectos divergentes sobre el uso más conveniente del suelo y el nivel de protección ambiental al que están dispuestos a llegar.

Este diseño institucional hace pensar que el Sina, junto con los procesos reguladores territoriales y ambientales en su seno, debe dejar de entenderse como un conjunto de agencias reguladoras para percibirse como una “empresa reguladora” en los términos de Prosser⁷⁰; esto es, como un arreglo institucional de múltiples actores en diferentes niveles de gobierno y cada uno con poder y racionalidades reguladoras que pueden entrecruzarse⁷¹. En otras palabras, la regulación del suelo es un buen ejemplo de empresa reguladora porque: es un asunto en el que no hay una sola agencia o actor regulador, sino varios; los reguladores tienen funciones y metas distributivas de tipo social y económico con dimensiones ambientales asociadas; hay un abanico de herramientas reguladoras a la mano; y aunque en el papel los reguladores son independientes, su independencia es relativa pues deben considerar distintos intereses e interactuar con otros actores reguladores⁷². Aunque es claro que no son los únicos, las CAR son actores decisivos en el aparato regulador del ordenamiento territorial. En la siguiente sección del artículo reseñamos un estudio de caso en el que se aprecia el papel protagónico que pueden desempeñar las CAR en dicho aparato, así como algunos de los dilemas asociados a esa participación.

⁶⁸ Ley 99, artículo 7.º.

⁶⁹ Las CAR tienen otras facultades asociadas al ordenamiento territorial ambiental, como el licenciamiento ambiental o la posibilidad de declarar áreas protegidas regionales. No obstante, las CAR tienen una jurisdicción de escala regional, mientras que los municipios sólo pueden ordenar su perímetro.

⁷⁰ Prosser, *op. cit.*

⁷¹ Levi-Faur usa una noción de *régimen regulador* similar. David Levi-Faur, *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011.

⁷² Prosser, *op. cit.*; Julián López-Murcia, “Regulatory Agencies and Courts in the South: The Overlaps in Colombian Water Regulation”, en *Journal of Politics in Latin America*, vol. 5, n.º 2 (2013), pp. 105-132.

III. Estudio de caso: el borde norte y la región capital

Sobre la cuenca alta del río Bogotá se ha expandido la ciudad capital con 7,8 millones de habitantes, la más poblada del país y una de las más grandes de Latinoamérica. Este crecimiento ha reducido el área de ecosistemas naturales⁷³ y ha aumentado la demanda de suelo para vivienda, agua, provisión de infraestructura, saneamiento y servicios públicos⁷⁴. Esto ha creado tensiones con la vocación forestal y agropecuaria de la Sabana y ha generado dilemas en torno a la relación de Bogotá con los municipios de la región⁷⁵. Aunque gran parte de los hábitats naturales de la ciudad han desaparecido, el borde norte de Bogotá sigue siendo una zona estratégica por los remanentes importantes de ambientes de montaña, como parte de los Cerros Orientales y el Cerro de la Conejera, algunos humedales, como Juan Amarillo, La Conejera y el complejo Torca-Guaymaral, y un remanente de un tipo especial de bosque alto andino en la Hacienda Las Mercedes⁷⁶.

Aunque el paisaje del borde norte de Bogotá presente un mosaico de áreas urbanizadas y dedicadas a la agricultura y la ganadería⁷⁷, en estudios de hace más de cincuenta años se ha descrito el papel estratégico ambiental de sus ecosistemas⁷⁸. Por ello, los diversos intereses con respecto al modelo de ocupación y uso de dicho borde han dado lugar a un álgido conflicto socioambiental, parte del cual empezó con la discusión del primer POT de Bogotá en el año 1999. Aunque este conflicto se ha documentado de forma amplia⁷⁹, por lo que no es nuestra intención analizar todas sus aristas, lo recapitulamos y prestamos especial atención al

⁷³ Javier Eduardo Mendoza y Andrés Etter, “Multitemporal Analysis (1940-1996) of Land Cover Changes in the Southwestern Bogotá Highplain (Colombia)”, en *Landscape and Urban Planning*, vol. 59, n.º 3 (2002), pp. 147-158. La disponibilidad de agua necesaria para consumo en la Sabana de Bogotá depende del estado de conservación y conectividad del sistema de páramos, en especial, los macizos de Chingaza y Sumapaz. Así mismo, los ecosistemas cercanos son estratégicos pues regulan las condiciones ambientales y generan herramientas para la adaptación a la variabilidad climática. Germán Andrade; Fernando Remolina y Diana Wiesner, “Assembling the Pieces: a Framework for the Integration of Multi-Functional Ecological Main Structure in the Emerging Urban Region of Bogotá, Colombia”, en *Urban Ecosystems*, vol. 16, n.º 4 (2013), pp. 723-739.

⁷⁴ Gerardo Ardila Calderón, *¿Existe una política ambiental en Bogotá? Principales problemas ambientales*, Bogotá, “Foro Nacional Ambiental”, documento de análisis 2, 2011.

⁷⁵ El Distrito Capital y los municipios de la Sabana conforman una región con una base ecológica compartida que goza de protección especial. El artículo 61 de la Ley 99 (cit.) declaró a la Sabana de Bogotá, sus páramos, aguas, valles aledaños, cerros circundantes y sistemas montañosos como zonas de “interés ecológico nacional” y cuya destinación prioritaria debe ser la agropecuaria y forestal.

⁷⁶ Andrade; Remolina y Wiesner, *op. cit.*

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ Gonzalo Andrade, “La reserva Thomas van der Hammen y su importancia”, en foro “El futuro de la Reserva Forestal Thomas van der Hammen”, Bogotá, Universidad de los Andes, 2016.

⁷⁹ Gerardo Ardila Calderón (comp.), *Territorio y sociedad: el caso del Plan de Ordenamiento Territorial de la ciudad de Bogotá*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2003; Gerardo Ardila Calderón, *Bogotá-Sabana: ¿gobernabilidad posible?*, Bogotá, “Foro Nacional Ambiental”, documento de política pública 30, 2009; Fernando Gómez, *Aproximación al conflicto territorial y las dinámicas de apropiación*

papel de la CAR como autoridad ambiental de la Sabana y del río Bogotá y su relación con el Distrito Capital, desde la perspectiva de los instrumentos reguladores territoriales en juego.

A. La CAR y la disputa por el POT de Bogotá y la Reserva Forestal Regional Productora del Norte Thomas van der Hammen

A finales de los años noventa ocurrieron dos procesos paralelos de importancia decisiva para el borde norte de la ciudad.

Por un lado, Thomas van der Hammen, el geólogo holandés que desde los años cincuenta estudió distintos aspectos de los ecosistemas andinos colombianos, realizó para la CAR la caracterización de la Sabana y la cuenca del río Bogotá; propuso a la CAR levantar unos mapas de la Sabana en los que se definieran las estructuras ecológicas que mantenían funcionando sus principales componentes, como la provisión de agua, los endemismos de biodiversidad y sus particularidades climáticas y edafológicas; y por último identificó las más importantes partes de la Sabana que debían conservarse con el fin de contrarrestar los efectos de los procesos de expansión urbana en Bogotá, Chía y Cota⁸⁰. A estos componentes los denominó la Estructura Ecológica Principal (EEP)⁸¹ y concluyó que la protección de la EEP de la Sabana era fundamental para asegurar su equilibrio socioecosistémico, por lo que recomendó transformar lo menos posible algunas zonas estratégicas. Este concepto es útil, entre otras razones, para priorizar la protección de distintos espacios de la Sabana⁸², entre ellos, el borde norte de Bogotá: alrededor de cinco mil hectáreas entre los Cerros Orientales, en la Autopista Norte a la altura de la calle 220 y el valle aluvial del río Bogotá en las inmediaciones del humedal de La Conejera⁸³.

de los actores sociales en el caso de la Reserva Forestal Regional Productora del Norte Thomas van der Hammen 2000-2011 (trabajo de grado), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

⁸⁰ Ardila Calderón, *Bogotá-Sabana...*, cit.

⁸¹ La EEP se define como “el conjunto de ecosistemas naturales y semi-naturales que tienen una localización, extensión, conexiones y estado de salud, tales [sic] que garantiza el mantenimiento de la integridad de la biodiversidad, la provisión de servicios ambientales (agua, suelos, recursos biológicos y clima), como medida para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de los habitantes y la perpetuación de la vida”. Thomas van der Hammen, *Plan Ambiental de la Cuenca Alta del Río Bogotá. Análisis y orientación para el ordenamiento territorial*, Bogotá, CAR, 1998.

⁸² El concepto complementa y desarrolla la noción de ecosistemas estratégicos, pues la EEP no se concentra en ecosistemas como un todo sino en elementos críticos de los mismos. Germán Márquez y Elizabeth Valenzuela, “Estructura ecológica y ordenamiento territorial ambiental: aproximación conceptual y metodológica a partir del proceso de ordenación de cuencas”, en *Gestión y Ambiente*, vol. 11, n.º 2 (2008).

⁸³ De acuerdo con el estudio, en ese borde las relaciones entre aguas, suelos y vegetación eran más importantes que en otros puntos de la Sabana debido a condiciones como la precipitación de la lluvia, los materiales de los cerros y de los suelos. Van der Hammen, *op. cit.*

Por otro lado, la Alcaldía de Bogotá, entonces en cabeza de Enrique Peñalosa, promovió un proyecto de desarrollo territorial opuesto como parte del primer POT de Bogotá que estaba en discusión en estos años. Si bien varios estudios señalaban que las áreas de expansión deberían buscarse hacia el suroccidente e incluso privilegiar esquemas de densificación de la ciudad ya construida, el POT de Bogotá insistía en el crecimiento hacia el norte y el sur de la ciudad⁸⁴. Los argumentos expuestos por el Distrito se basaban en una proyección poblacional que decía que en diez años Bogotá tendría 1 800 000 habitantes más (hoy sabemos que este aumento no se dio y que la tasa de crecimiento se redujo)⁸⁵, lo que implicaba que habría una demanda de 500 000 viviendas nuevas. La proyección señalaba además que el 80 % de esa población formaría parte de los estratos 1, 2 y 3, de manera que el 80 % de las viviendas necesarias deberían corresponder a esos niveles y a esa capacidad adquisitiva⁸⁶, lo que suponía urbanizar y valorizar las últimas 5 000 ha del borde norte que aún eran suelo rural y tenían bajos niveles de ocupación⁸⁷.

Cuando el POT llegó a la CAR para el proceso de concertación de los aspectos ambientales⁸⁸, la entidad ya disponía de los mapas de la EEP propuesta por Van der Hammen. Tras la discusión se concertaron puntos como la definición de la EEP, las áreas protegidas distritales y el abastecimiento de agua, pero no hubo acuerdo sobre otros puntos, como la expansión urbana, el perímetro urbano del borde norte y algunas clasificaciones de distintos suelos de protección⁸⁹. La objeción que hizo la CAR sobre estos puntos se basó en que eran “contrarios a

⁸⁴ Esta apuesta recibió críticas por carecer de una visión regional pues no apuntaba a un modelo de ciudades interconectadas, sino que impulsaba procesos de conurbación que derivarían en el surgimiento de una gran metrópolis inmanejable desde el punto de vista de la planificación. Centro de Estudios Sociales, *Misión de estudios para la definición de lineamientos de política para el desarrollo integral de la sabana de Bogotá-Secretaría Técnica-convenio interadministrativo n.º 990630: producto 4*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2000. Otra crítica era que el POT privilegiaba la visión del suelo como un factor de progreso al servicio del desarrollo territorial entendido como crecimiento, rentabilidad y competitividad. Las ideas de que el mercado prima sobre la regulación del suelo y de que aumentar el suelo urbanizable reduce los precios fueron también cuestionadas, pues se subestimó la función planificadora del Estado y se ignoró evidencia comparada que sugiere que lo que aumenta los precios del suelo no es el aumento de la oferta sino un uso ineficiente de los instrumentos reguladores del suelo. Maldonado, *op. cit.*

⁸⁵ Secretaría Distrital de Planeación, Alcaldía Mayor de Bogotá, documento técnico de soporte de la modificación excepcional del Plan de Ordenamiento Territorial, Bogotá, 2011.

⁸⁶ Rafael Colmenares, “Entrevista a Gerardo Ardila profesor e investigador del Departamento de Antropología y del Centro de Estudios Sociales de la Universidad Nacional de Colombia”, en *Maguaré*, n.º 15-16 (2002), pp. 281-306.

⁸⁷ El POT desconoció también que desde el Decreto 159 de 1974 que aprobó el PGDI del Distrito de Bogotá ya había una apuesta por evitar la expansión hacia el norte y orientarla hacia el occidente y suroccidente. Alcaldía Mayor de Bogotá, Decreto 159 de 1974, Bogotá.

⁸⁸ Establecido por: Ley 388, y Congreso de la República, Ley 507 del 28 de julio de 1999, en *Diario Oficial*, n.º 43 652, 2 de agosto de 1999.

⁸⁹ Ardila Calderón, *Territorio y sociedad...*, *cit.*

un modelo de ordenamiento y de desarrollo territorial acorde con los mandatos expresos de la Ley y el concepto de desarrollo ambientalmente sostenible”⁹⁰. En otras palabras, el proyecto de expansión hacia el borde norte no consideraba los impactos ambientales sobre el desarrollo regional y los municipios vecinos, y se estimulaba la conurbación de Bogotá con los municipios de Chía y Cota; además, se argumentó que la apuesta de ciudad expansiva era incompatible con la conservación de la Sabana y sus ecosistemas⁹¹.

Aunque la CAR y el Distrito concertaron la composición de los elementos de la EEP, el POT clasificó como suelo urbanizable algunas zonas sensibles de la EEP. Esto también lo objetó la CAR, pues al declarar zonas de humedales y rondas de río en el norte como suelo urbano, la CAR perdía la competencia para manejarlos desde una perspectiva regional⁹².

Otra crítica de la CAR fue que el proyecto del POT parecía resignarse a la expansión urbana en el norte con el argumento de “la escasa gobernabilidad del territorio”⁹³. La CAR dijo que justamente el Distrito debía fortalecer la gobernabilidad por medio de un proyecto de ordenamiento territorial más articulado con lo ambiental. Como alternativa y con base en el estudio *Plan Ambiental de la Cuenca Alta del Río Bogotá*⁹⁴, la CAR estableció la necesidad de mantener y restaurar corredores ecológicos y ecosistemas relictuales entre bosques de Torca, el cerro y el humedal de La Conejera hasta el río Bogotá; también sugirió disponer de programas de renovación urbana y redensificación, y conservar la diversidad ecosistémica y paisajística de la Sabana central mediante la combinación de zonas agropecuarias de protección con áreas urbanas.

Es un hecho sin precedentes que consideraciones ambientales hayan tenido ese peso en lo que fue el primer ejercicio de planificación riguroso tras décadas de expansión urbana descontrolada y no planificada⁹⁵. Como al final del proceso no se logró un acuerdo, la CAR impuso su poder de veto sobre el POT. Al seguir el trámite dispuesto en las leyes 388 y 507, el Ministerio debía resolver la controversia sobre los puntos no concertados (en esos casos, el Ministerio fija los determinantes del POT, pero su ejecución es responsabilidad de las entidades

⁹⁰ Corporación Autónoma Regional, Resolución CAR 1869 del 2 de noviembre de 1999.

⁹¹ Corporación Autónoma Regional, Resolución CAR 305 del 8 de marzo de 1999.

⁹² Según la Ley 99, la CAR es la autoridad ambiental en el suelo urbano y la Secretaría Distrital de Ambiente lo es en el suelo rural por ser un centro urbano de más de 1 millón de habitantes.

⁹³ Resolución 1869.

⁹⁴ Van der Hammen, *op. cit.*

⁹⁵ Ospina, *op. cit.*

competentes en cada caso, bien sea la CAR o el Distrito)⁹⁶. En esa ocasión, el Ministerio ratificó las objeciones de la CAR y ordenó al Distrito ajustar su POT a las consideraciones generales sobre la creación de una franja de protección en el borde norte para frenar la conurbación, la clasificación de ciertos suelos como rurales y la especificación de ciertos humedales y rondas del río en la misma zona⁹⁷.

No obstante, en el mismo acto administrativo, el Ministerio argumentó no tener suficientes elementos para adoptar una decisión definitiva con respecto a todos los puntos no concertados. Por ello aplazó su pronunciamiento seis meses y convocó un panel de expertos⁹⁸ al que le encargó dar apoyo técnico y científico a la discusión sobre la expansión de la ciudad hacia el norte y otros temas, como la aprobación del proyecto Avenida Longitudinal de Occidente, además de aportar una visión prospectiva del desarrollo de las relaciones entre la ciudad y su región⁹⁹. El panel destacó la importancia de proteger la riqueza ecológica y paisajística del borde norte y señaló como objetivo prioritario su recuperación y conservación, para lo cual recomendó conformar un modelo de ordenamiento territorial tanto para el borde norte como para el noroccidental de Bogotá en el que se delimitaran siete zonas estratégicas. Así mismo propuso que una de esas siete zonas se declarara franja de protección de un kilómetro de ancho y un área de 15 000 ha para asegurar la conectividad entre los Cerros y el río Bogotá y evitar la conurbación de Bogotá con Chía y Cota. Al retomar los estudios de Van der Hammen, así como las objeciones de la CAR al POT de Peñalosa, el panel recomendó declarar esa franja reserva forestal protectora¹⁰⁰.

Con las recomendaciones del panel y mediante la Resolución 475 de 1999, el Ministerio le ordenó al Distrito modificar el proyecto del POT en el sentido de

⁹⁶ Según el artículo 10.º de la Ley 388, los municipios pueden ordenar su suelo, pero al hacerlo están condicionados por decisiones y asuntos de interés nacional como áreas de patrimonio cultural, infraestructura básica de vías y la protección del ambiente.

⁹⁷ Corporación Autónoma Regional, Resolución CAR 1153 del 15 de diciembre de 1999.

⁹⁸ El grupo de expertos que conformó la misión estaba compuesto por Jorge Acevedo, Eduardo Aldana, Julio Carrizosa, Mauricio Correal, Luis Mauricio Cuervo, Raúl Jaramillo, Manuel Rodríguez, Rogelio Salmona, Germán Samper y Thomas van der Hammen, entre otros. La Secretaría Técnica estuvo a cargo del Centro de Estudios Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR), Acuerdo 011 del 19 de julio del 2011, Bogotá; El entonces ministro Juan Mayr era muy dado a convocar espacios de asesoría técnica y científica para la toma de decisiones difíciles. Manuel Rodríguez, miembro del panel de expertos. Comunicación personal de enero del 2015.

⁹⁹ Colmenares, *op. cit.*

¹⁰⁰ Jorge Acevedo *et al.*, “Misión de estudios para la definición de lineamientos de política para el desarrollo integral de la sabana de Bogotá”, en *Territorio y sociedad: el caso del POT de la ciudad de Bogotá*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2000.

limitar la expansión urbana dejando el suelo del borde norte bajo la categoría de rural; reorganizar y limitar las áreas de expansión suburbana; asignar el tratamiento de áreas protegidas a algunas zonas del sector norte y noroccidental del suelo urbano de la ciudad, entre otras medidas. Así mismo ordenó a la CAR declarar una reserva forestal regional en la franja rural del borde norte con un ancho mínimo de 800 km que cumpliera la función de evitar la expansión al norte y asegurara la conectividad entre los Cerros y el río Bogotá¹⁰¹.

En un inicio el Distrito intentó reponer las decisiones del Ministerio, pero éstas fueron confirmadas¹⁰². También demandó el acto ante el Consejo de Estado, pero este ente no le dio la razón. Por esto, no tuvo más remedio que ajustar el POT y dejar el suelo rural del norte de Bogotá bajo la categoría de suelo de protección ambiental, área que en el futuro la CAR debía declarar zona de reserva forestal¹⁰³.

Un efecto importante de la posición de la CAR frente al POT fue la forma en la que tanto el Ministerio como el panel de expertos y luego el mismo Distrito se apropiaron del concepto de Estructura Ecológica Principal. Gracias a la actuación del panel, el POT expedido incluyó la EEP como el eje central del componente ambiental. Este concepto planteaba una visión sistémica del territorio para su planificación, lo cual implicaba el reconocimiento de que cualquier afectación puede tener impacto sobre el sistema en su conjunto¹⁰⁴ y que intervenir o conservar los espacios de la Sabana no es un ejercicio que permita la sustituibilidad de sus componentes. A pesar de la incorporación del concepto, la urbanización e intervención desmedida de algunas zonas sensibles muestran que la idea no permeó del todo las decisiones.

La disputa por el futuro del suelo del borde norte no terminó con el ajuste del POT. Por el contrario, fue el comienzo de una álgida tensión interinstitucional que persiste hasta hoy, en la cual la CAR ha seguido siendo protagonista. La orden de declarar la reserva se vio matizada por el interés y la presión de algunos de los propietarios privados, de las administraciones distritales de la década del 2000 y de algunos constructores, quienes ante la expectativa de urbanización que había

¹⁰¹ Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Resolución 475 del 17 de mayo del 2000; Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Resolución 621 del 28 de junio del 2000.

¹⁰² Resolución 621.

¹⁰³ Ministerio de Medio Ambiente, Decreto 1110 del 13 de junio del 2000, en *Diario Oficial*, n.º 44 045, 16 de junio del 2000.

¹⁰⁴ En el aspecto normativo el POT declaró que los componentes de la EEP eran el Sistema de Áreas Protegidas del Distrito Capital, los parques urbanos y el área de manejo especial de la ronda del río Bogotá, cuya conexión consolida una red en todo el territorio tratando de integrar la zona urbana y rural.

creado la alcaldía de Peñalosa, se opusieron a la declaratoria. Así, en los años posteriores a la expedición del POT el Consejo Directivo de la CAR se negó a cumplir con la orden de declarar la Reserva Forestal Regional Protectora del Norte de Bogotá aduciendo falta de información¹⁰⁵.

Mientras tanto, varias decisiones judiciales ordenaron que se cumpliera la orden de declarar la reserva. En noviembre del 2004, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá le ordenó a la CAR cumplir las órdenes de las resoluciones 475 y 621 del 2000. A raíz del fallo, la CAR diseñó un plan de trabajo que consistió en emprender un proceso de participación y discusión sobre los efectos que tendría una futura declaratoria de la reserva forestal del norte en distintos intereses, como los del Ministerio de Minas, el Ministerio de Ambiente, los propietarios privados, los floricultores y los agricultores. Así mismo, en el 2006 la sentencia del Consejo de Estado negó la demanda del Distrito a las resoluciones que ordenaban declarar la reserva. Y en el 2009, el Juzgado Segundo Administrativo del circuito judicial de Bogotá, D. C. advirtió al Distrito Capital que para adoptar el Plan de Ordenamiento Zonal del Norte¹⁰⁶ debía sujetarse a la declaratoria de la Reserva Forestal Regional del Norte.

A pesar de las órdenes de los jueces, la CAR insistía en que requería más estudios para efectuar la declaratoria y mientras la entidad se demoraba en cumplir, los usos e intervenciones en el borde norte se intensificaron¹⁰⁷. Por eso en el 2009 cuando la CAR decidió iniciar el proceso de declaratoria de la reserva ya había varias construcciones y asentamientos —algunos informales, como en la vereda Chorrillos en Suba— que no estaban conformados en 1999 cuando se discutió el POT de Bogotá y la protección del borde norte. Ese argumento del “espacio urbanizado y ya no apto para la conservación” fue el que usó la Procuraduría General de la Nación en el 2009 cuando, mediante un oficio al Consejo Directi-

¹⁰⁵ En el 2002 la CAR contrató al arquitecto Guillermo Perry Rubio para que diseñara una hipótesis de declaratoria de la reserva forestal. Luego la CAR contrató a la firma Planeación Estratégica en el 2005, empresa que propuso otras alternativas de polígonos de conectividad.

¹⁰⁶ Plan de Ordenamiento Zonal: instrumento de planificación del suelo urbano a escala más detallada considerado en la Ley 388.

¹⁰⁷ Otras entidades también hicieron estudios intentando impulsar a la CAR a hacer la declaratoria. El Instituto Humboldt y la Secretaría de Ambiente hicieron en el 2006 otro estudio sobre el borde en el que descubrieron 21,53 ha de cuerpos de agua de humedal en la localidad de Suba y sugirieron incluirlas en la EEP de la ciudad. Secretaría Distrital de Ambiente e Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt, Alcaldía Local de Suba Fondo de Desarrollo Local y Universidad Nacional Abierta y a Distancia, convenio interadministrativo 04-06/2006 Construcción Colectiva de la Biodiversidad Urbano Rural en el Territorio de la Localidad de Suba Informe Final, Bogotá, 2008.

vo de la CAR, solicitó que se postergara la declaratoria por considerar que había dudas sobre la viabilidad de declarar una reserva forestal en una zona profundamente intervenida¹⁰⁸. Lo mismo han venido sosteniendo los floricultores y algunos propietarios de predios dedicados a la agricultura¹⁰⁹.

En el 2010, la CAR presentó la propuesta de declaratoria de la Reserva Forestal Regional del Norte¹¹⁰ y tras varias audiencias públicas el 19 de julio del 2011 el Consejo Directivo de la CAR declaró la Reserva Forestal Regional Productora del Norte de Bogotá Thomas van der Hammen. El polígono de la reserva tiene 1395 ha y se encuentra ubicado entre las localidades de Usaquén y Suba, “limitando por el norte con suelo rural de Bogotá; por el oriente con los Cerros Orientales; por el occidente con el municipio de Cota; y por el sur con el área urbana de Bogotá”¹¹¹.

El Consejo Directivo de la CAR se distanció de las recomendaciones del panel de expertos del Ministerio en un aspecto importante: la categoría usada para la franja de protección. El Consejo Directivo de la CAR declaró la reserva forestal como *productora* y no *protectora*. Esta decisión no es menor, pues determina el uso que se le puede dar al suelo. De ser protectora sería un área protegida cuyo fin prioritario sería la conservación en los términos del Decreto 2372 del 2010 y el único uso admisible en ella sería la recolección de frutos secundarios del bosque; en cambio, al ser productora, se permiten ciertos usos, actividades productivas y derechos de propiedad preexistentes¹¹².

¹⁰⁸ Procuraduría General de la Nación, oficio para el Dr. Andrés González Díaz-Solicitud de aplazamiento de la decisión del consejo directivo de la CAR, 7 de diciembre del 2009, Bogotá.

¹⁰⁹ Gómez, *op. cit.*

¹¹⁰ El Consejo Directivo de la CAR tomó la decisión de empezar el proceso de declaratoria basándose en este estudio: Gerardo Ardila Calderón (director), Proyecto Corredor Norte de Bogotá-Fase 1: Convenio Interadministrativo n.º 748 del 2009, Bogotá, Universidad de Ciencias Aplicadas y Ambientales (UDCA); Universidad Nacional de Colombia —Instituto de Estudios Urbanos (IEU)—; Academia Colombiana de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales; Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC); Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR), 2010.

¹¹¹ Acuerdo 011.

¹¹² Algunos han sostenido que eso vicia la legalidad del acuerdo que declaró la reserva y que el procedimiento de declaratoria de la reserva fue ilegal pues vulneró los derechos de los propietarios privados de la zona. Véase Gustavo Adolfo Guerrero Ruiz, “La fallida Reserva Forestal del Norte de Bogotá y la ilicitud de su declaración: el desconocimiento del derecho de propiedad como abuso de la razón de estado”, en Alejandra Sáenz Quintana, Andrés Gómez Rey y Gloria Amparo Rodríguez (eds.), *Conflictos entre propiedad, comercio y ambiente*, Bogotá, Ibáñez, 2014. Más allá de la cuestión sobre la legalidad del acto administrativo que la creó (discusión que no vamos a abordar acá), no hay razón para que en el futuro no se pueda cambiar la categoría de la reserva por la de protectora si fuese necesario. Paradójicamente, eso restringiría aún más los derechos de los propietarios. En cualquier caso, las dudas sobre la figura jurídica más adecuada no controvierten los argumentos de los estudios ambientales para proteger el suelo del borde norte.

El corredor declarado reserva tiene aún algunos relictos de bosque nativo de la Sabana de Bogotá, como el de la Hacienda Las Mercedes, en los que hay 485 especies de plantas, de las cuales el 80 % son nativas. Si bien la superficie de bosque nativo no llegar a ser el 10 % del corredor, es una zona con los mejores suelos de la Sabana clasificados con vocación agrícola que cuentan con la capacidad de regular mediante infiltración el flujo de agua entre los Cerros Orientales y el río Bogotá¹¹³. No obstante, tras casi una década sin que la CAR cumpliera con la orden de declarar la reserva, el proyecto de reforestación se ha visto truncado, pues en el entretanto han proliferado las actividades de comercio y se han creado múltiples puntos de disposición de residuos y rellenos de construcción y floricultivos que han ido deterioraron y siguen deteriorando las características del suelo¹¹⁴. Además, en las últimas dos décadas la propiedad privada se venía ya fragmentando por distintos procesos como compraventas, hipotecas, embargos, englobes y desenglobes¹¹⁵, lo que hizo más complejo el proceso de reforestación (véase la tabla 2). El debilitamiento de los parches de bosque y la aparición de más edificaciones en los últimos años han hecho que el argumento del “principio de realidad” siga tomando fuerza en quienes se oponen a la reserva. A su vez, los floricultores y algunos propietarios privados insisten en que no tiene sentido que la zona sea reserva forestal pues “allí ya no hay bosque”¹¹⁶. No obstante, esto desconoce la posibilidad de hacer restauración ecológica e ignora que para declarar una reserva forestal no es indispensable que el bosque en efecto exista sino que basta con que éste se pueda plantar o restaurar¹¹⁷, como es precisamente el propósito de la Reserva Van der Hammen. Con este fin, desde el 2012 el Jardín Botánico de Bogotá está reforestando especies nativas de la Sabana para fortalecer el corredor ecológico Cerros-río Bogotá.

Tras un proceso de discusión y participación, la CAR adoptó en el 2014 el Plan de Manejo Ambiental (PMA)¹¹⁸ de la reserva en el que se definieron cuatro zonas de manejo: las áreas de conservación, las de conectividad ecológica, las de

¹¹³ Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR), “Formulación del Plan de Manejo Ambiental de la Reserva Forestal Regional Productora del Norte de Bogotá, D. C. Thomas van der Hammen” (presentación en Power Point), Bogotá, 2014.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ Ospina, *op. cit.*

¹¹⁶ Asocolflores, “Reserva Van der Hammen reflexiones desde la floricultura” (presentación en Power Point), Bogotá, Asocolflores, 2014.

¹¹⁷ Ministerio de Ambiente, Decreto 2811 del 18 de diciembre de 1974, “Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente”, artículo 207, en *Diario Oficial*, n.º 34 243, 18 de diciembre de 1974.

¹¹⁸ El PMA es el instrumento de ordenamiento que establece las zonificaciones internas y los usos permitidos y no permitidos dentro de la zona de reserva. Corporación Autónoma Regional, *op. cit.*

Fotografía 1. Relictos de bosque nativo en el Bosque de las Mercedes



Fuente: Camilo Julio (2016)

Fotografía 2. Zona suroccidental de la reserva



Fuente: Catalina Mojica (2016)

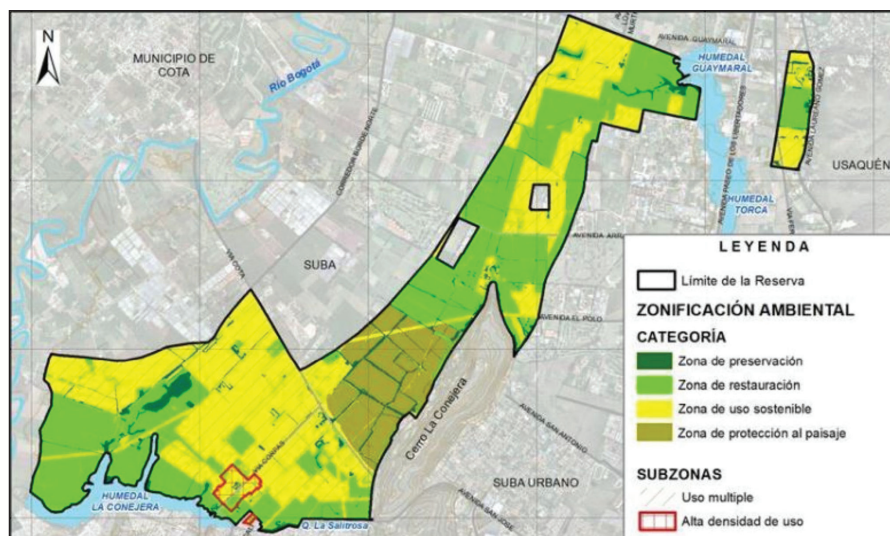
restauración y otros usos. Se reconocieron como preexistencias los equipamientos y las viviendas que se encontraban en el área antes de la declaratoria de la reserva pero se prohibieron nuevos desarrollos, a excepción de los colegios que aún no tuvieran un índice de ocupación igual al máximo permitido en el PMA¹¹⁹. Así mismo, el PMA dio plazos para relocalizar de forma progresiva actividades incompatibles con el área de protección ambiental: siete años para la floricultura y actividades agropecuarias, y tres años para las actividades industriales.

Tabla 2. Usos del suelo de la Reserva Forestal Regional del Norte

Uso actual	Extensión (ha)	Extensión (%)	Pedios
Agropecuario	985,60	70,64	252
Dotacional	166,39	11,93	91
Conservación	108,54	7,78	287
Rellenos y zonas duras	51,81	3,71	72
Sistema vial	36,74	2,63	N/A
Residencial	21,82	1,56	115
Infraestructura de servicios y transporte	11,22	0,80	N/A
Comercio y servicios	7,43	0,53	32
Industrial	5,61	0,40	35
Total	1.395,15	100	884

Fuente: Adaptación de CAR 2014.

¹¹⁹ El índice de ocupación es la proporción del área del suelo que puede ocupar una edificación en primer piso bajo cubierta y se expresa por el cociente que resulta de dividir el área que puede ocuparse por edificación en primer piso bajo cubierta por el área total del predio. Ministerio de Medio Ambiente, Decreto 1788 del 3 de junio del 2004, en *Diario Oficial*, n.º 45 569, 4 de junio del 2004.

Mapa 1. Localización general de la reserva

Fuente: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR), “Formulación del Plan de Manejo Ambiental de la Reserva Forestal Regional Productora del Norte de Bogotá, D. C. Thomas van der Hammen” (presentación en Power Point), Bogotá, 2014.

Tras la expedición del PMA en el 2014, la CAR y el Distrito lograron acuerdos en varios frentes. La administración distrital del momento y la dirección de la CAR crearon la mesa de seguimiento al PMA, una instancia fundamental para coordinar las acciones de cada entidad en el área y la implementación del PMA en su totalidad. La CAR contrató el diseño del plan de uso público de la reserva que debería entregarse en el mes de mayo del 2016, de acuerdo con el contrato, junto con el amojonamiento y las vallas para señalar el área. Respecto al manejo del área contigua al polígono de la reserva, se hicieron dos acciones: la Secretaría de Ambiente adoptó medidas cautelares para proteger el área de inundación del humedal Torca-Guaymaral que estaba sin protección y fragmentaba la conectividad de la reserva a ambos costados de la Autopista Norte¹²⁰, y luego de un proceso de concertación entre la CAR y el Distrito, la Alcaldía expidió el Decreto 435 del 2015 por medio del cual se reglamentó la Unidad de Planifi-

¹²⁰ Secretaría Distrital de Ambiente, Resolución 00819 del 23 de junio del 2015: “Por la cual se adoptan medidas para la protección para los sectores inundables conformados por ocho (8) polígonos aledaños al PEDH Torca y Guaymaral, y se toman otras determinaciones”.

cación Rural UPR Zona Norte, se reconoció el papel conector de la reserva y se armonizó la normativa del sector colindante¹²¹.

A pesar de los acuerdos entre la CAR y la administración distrital pasada, en la actualidad la implementación del PMA de la reserva está en vilo debido a que con el regreso de Enrique Peñalosa a la Alcaldía Mayor de Bogotá en el 2016, la discusión del borde norte retrocedió al año 2000. Con base en proyecciones poblacionales en un horizonte de cuarenta años y con los objetivos de atender el supuesto déficit de suelo en Bogotá para construir vivienda actual y reconducir los procesos de ocupación desordenada de la Sabana de Bogotá, el alcalde Peñalosa de nuevo se opone a la protección del borde norte. Su propuesta actual es modificar el ordenamiento territorial vigente para construir en el norte de la ciudad, esta vez bajo el plan urbanístico Ciudad Paz¹²². Para ello ha anunciado que le pedirá a la CAR sustraer el 93 % del área de la Reserva Van der Hammen. El alcalde se reunió con el presidente de la República, el ministro de Medio Ambiente, el director de la CAR y el procurador general para explicar su propuesta y su proyecto relacionado que consiste en expandir la ciudad y hacer intervenciones como canalizar el río Bogotá y construir nuevos núcleos de vivienda masiva en los actuales bordes de la ciudad.

El proyecto Ciudad Norte cuenta con el respaldo del sector de la construcción que desde hace años ha presionado el cambio de uso de suelo de la reserva para que se permita su urbanización¹²³. Además, la propuesta coincide con la que algunos de los propietarios de la zona, quienes tenían expectativas en cuanto al aumento del precio de sus terrenos, presentaron al Distrito con el fin de que la reserva no afectara su valor comercial. En esencia, esta propuesta es la misma

¹²¹ Durante la administración distrital de Gustavo Petro, la Alcaldía desempeñó un rol activo en la consolidación de la reserva y en general de la protección del suelo rural del borde norte. Aparte de la reforestación iniciada por el Jardín Botánico, la Alcaldía declaró como zona de utilidad pública los predios de la reserva y destinó un presupuesto para comprarlos. A la fecha, hay 13 predios en proceso de expropiación entre la quebrada La Salitrosa y el humedal La Conejera. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Resolución 0187 del 1.º de abril del 2015; Secretaría Distrital de Ambiente, Resolución 0835 del 24 de junio del 2015. Ante la intensidad del conflicto con algunos de los propietarios por el valor de sus propiedades, valdría la pena revisar si la compra de predios debería ser la única vía para adelantar la reforestación del borde norte, pues hay otros mecanismos que podrían considerarse (por ejemplo, pagos por servicios ambientales o descuentos en los impuestos prediales) para que los propietarios no necesariamente tengan que ser expropiados.

¹²² Megaproyecto para construcción de viviendas sobre 15 000 ha distribuidas en el norte, occidente y suroccidente de Bogotá.

¹²³ Así mismo, algunos propietarios de predios iniciaron acciones para reclamar compensaciones por los efectos de la declaratoria y manejo de la reserva sobre sus derechos de propiedad. Guerrero Ruiz, *op. cit.*

que el alcalde Peñalosa presentará a la CAR¹²⁴. Así, la presión que la actual administración y otros sectores ejercen sobre la CAR es cada vez más fuerte. El Consejo Directivo de la CAR tendrá que discutir la propuesta del alcalde de efectuar una sustracción o realindereación de la reserva forestal, lo cual implicaría no sólo reformular el PMA sino desmontar el proyecto de la reserva casi por completo. Así mismo, en la discusión del nuevo POT que la actual administración deberá expedir durante su periodo de gobierno, de nuevo la CAR será un actor fundamental en el proceso de concertación de los aspectos ambientales en el marco del cual el borde norte y, en general, el modelo de ciudad expansiva volverán a discutirse.

Para los defensores de la reserva, la propuesta de la alcaldía de Peñalosa desconoce la discusión que se ha tenido desde hace más de quince años y no demuestra por qué todos los estudios que justifican la protección del borde norte como parte de la EEP de la Sabana no son suficientes para reconocer el valor ecológico de la reserva. Sostienen que la administración deberá presentar y justificar los argumentos científicos, ecológicos y sociales que desvirtuen aquéllos ya expuestos en la discusión del año 2000, así como los que el Consejo Directivo de la CAR consideró un soporte para realizar la declaratoria de la reserva en el 2011 y expedir su plan de manejo en el 2014.

Ante esta propuesta del proyecto Ciudad Paz, diferentes sectores de la ciudadanía han manifestado su descontento y han emprendido una movilización que reclama en principio el respeto por los estudios científicos que sustentan las determinantes ambientales, el compromiso de las entidades involucradas en la protección de los recursos naturales en el área de reserva y la defensa de la reserva como parte de la Estructura Ecológica Principal de la Sabana¹²⁵.

Por su parte, el soporte de las cifras y proyecciones demográficas de la administración distrital para proponer la urbanización de la reserva también se ha puesto en duda¹²⁶. A diferencia de lo que ocurrió en el 2000, esta vez el debate no sólo se está dando entre expertos, la CAR, el Gobierno y el Distrito, sino que se ha involucrado a sectores más amplios de la ciudadanía. Como señaló Julio

¹²⁴ Natalia Arenas, "La Van der Hammen de Peñalosa cumple los sueños de los dueños de los predios", en *La Silla Vacía*, 16 de febrero del 2016. Disponible en [<http://lasillavacia.com/historia/van-der-hammen-53048>].

¹²⁵ Numerosos artículos de prensa, eventos, manifestaciones en redes sociales y hasta un grupo de personas que acampó varios días en la reserva en señal de protesta son muestra de ello.

¹²⁶ Miguel Olaya, "Peñalosa, las cifras y el complejo de superhéroe", en *La Silla Vacía*, 29 de febrero del 2016. Disponible en [<http://lasillavacia.com/node/55117>].

Carrizosa en un foro realizado por la Universidad de los Andes sobre el caso, si bien el déficit de vivienda debería ser atendido por la ciudad

sería muy grave que se empiece a urbanizar en la zona más protegida, la más especial y la que tiene más estudios y, el mensaje que estaría enviando la alcaldía Distrital a los alcaldes de la sabana y a los consejos municipales es que se puede urbanizar en cualquier parte y que hay que hacerlo lo antes posible¹²⁷.

En efecto, si a las determinantes ambientales se les da un tratamiento secundario en el ordenamiento del territorio al punto de revertir decisiones para su protección progresiva y gradual, la Estructura Ecológica Principal de la Sabana de Bogotá se desmontaría. Pero sobre todo causaría que se debilitara aún más el papel de las CAR como reguladoras ambientales, pues sustraer el 93% del área de una reserva en construcción cuyo plan de manejo fue expedido hace menos de dos años supondría que la CAR tendría que ir en contra de sus propios argumentos para proteger el borde norte. El papel del director de la CAR en la concertación del nuevo POT y el balance de fuerzas en el Consejo Directivo de la CAR para evaluar la solicitud de sustracción o realinderación de la reserva serán claves para determinar si la dimensión ambiental que esa misma entidad intentó incorporar en el ordenamiento será desmontada o consolidada.

De la anterior reseña del conflicto se destaca el papel de la CAR de varias formas. Tras décadas de actuar como agencia impulsora del desarrollo, en el marco de las leyes 99 y 388, la CAR asumió el papel de incorporar criterios técnicos y ecológicos en la gestión territorial de la Sabana. En el proceso del POT del 2000 participó como una autoridad ambiental con fuerte sustento técnico y audacia para oponerse de frente a uno de los proyectos de desarrollo de la ciudad más importantes del país. Tras el apoyo del Ministerio de Ambiente, la CAR y su visión del territorio del norte salieron reafirmadas, pero luego vino un proceso de debilitamiento técnico y político de la agencia, y de sometimiento a múltiples presiones¹²⁸. Ante ese escenario, el Consejo Directivo de la CAR, posterior al 2000, insistió en dilatar el cumplimiento de la declaratoria de la reserva bajo el argumento de falta de información y no sólo desempeñó un rol mucho menos protagónico sino que incluso fue en contra de las actuaciones que la caracterizaron a finales de la década de los noventa. La indecisión del Consejo Directivo de la CAR frente a la reserva mantuvo viva la expectativa de urbanizar el norte

¹²⁷ Julio Carrizosa, intervención en el foro “El futuro de la Reserva Forestal Thomas van der Hammen”, Bogotá, Universidad de los Andes, 17 de febrero del 2016.

¹²⁸ Gómez, *op. cit.*

y propició distintos procesos de ocupación y transformación de su suelo, así como de especulación inmobiliaria.

Luego, la intervención de la justicia administrativa fue importante para que la CAR cumpliera al final la orden de declarar la reserva forestal en el borde norte¹²⁹. Cuando esto ocurrió, el Distrito intentó todas las vías legales posibles para cuestionar la decisión, desde la solicitud de revocatoria directa hasta la acción de nulidad simple. También demandó —sin éxito— las resoluciones del Ministerio esperando volver a dar vía libre a la urbanización del norte. Las administraciones distritales tanto de Antanas Mockus como de Luis Eduardo Garzón y Samuel Moreno no cuestionaron la expansión hacia el norte. Pero además de los jueces, la llegada en el 2011 de la administración Petro con un proyecto de desarrollo territorial orientado hacia un modelo de ciudad compacta y de ordenamiento territorial en torno al agua también significó una presión para la CAR, pues apoyó de manera activa la reserva. En el proceso de concertación de la modificación excepcional al POT adelantado por la Alcaldía en el 2012 y el 2013, la CAR no emitió ninguna objeción frente al tema de la expansión hacia el norte ni frente a ningún otro tema; de hecho, apoyó el modelo de ciudad compacta y ordenada en torno al agua propuesto por la modificación al POT, en el cual se incluyó un área de parque para proteger la zona entre el humedal Torca-Guaymaral y el costado oriental de la Autopista Norte con el fin de garantizar la conectividad¹³⁰. En la actualidad es incierto si la CAR dará viabilidad a la propuesta de la administración distrital del actual alcalde Peñalosa (la cual supone urbanizar el 93 % del área de la reserva) que cuenta con el respaldo del Gobierno nacional a través del Ministerio de Vivienda. Esto plantea preguntas sobre cuál será el papel del Ministerio de Ambiente en un nuevo episodio de esta disputa. La discusión del nuevo POT de Bogotá será un indicador del viraje o mantenimiento del papel de la CAR en la regulación de la Sabana de Bogotá y en particular del borde norte.

IV. Conclusiones

El estudio de caso muestra los alcances y límites de los procedimientos e instrumentos de regulación del suelo y ordenamiento territorial, y algunos de los dilemas para ponerlos en marcha en horizontes temporales de mediano plazo.

¹²⁹ Sigue pendiente de decisión una demanda de nulidad contra el acuerdo de la CAR que creó la reserva. Guerrero Ruiz, *op. cit.*

¹³⁰ El Decreto 364 del 2013 tiene una suspensión provisional del Consejo de Estado, pues fue demandado por haberse expedido por decreto y no como acuerdo. Alcalde Mayor de Bogotá, D. C., Decreto 364 del 26 de agosto del 2013, en *Registro Distrital*, n.º 5 185, 26 de agosto del 2013, Bogotá.

Del análisis del caso surgen algunas preguntas para pensar el papel del Sina, en especial de la CAR, en la regulación ambiental del territorio.

La primera reflexión es teórica y consiste en preguntarse si la planificación territorial puede entenderse como una forma de regulación ambiental. Nuestra respuesta es que sí, pero desde un concepto amplio de regulación. En la primera sección mostramos que hay distintas discusiones sobre el significado del concepto de *regulación ambiental* y sostuvimos que aspectos como sus dimensiones políticas y distributivas son ejes importantes de su conceptualización y puesta en marcha. La regulación del territorio es un buen ejemplo de regulación ambiental en sentido amplio, pues aunque dicho proceso pareciera consistir en la toma de decisiones sobre un recurso que se considera de forma individual o sobre un mercado particular, la relación estrecha del suelo con los bosques, el agua, los humedales y los ríos hace que cualquier intervención tenga un efecto sobre el ambiente como un todo.

Además, el ordenamiento territorial debe buscar el equilibrio entre distintos imperativos jurídicos e intereses de actores sobre el territorio con un fuerte componente técnico para no oscurecer, por ejemplo, las distribuciones asimétricas de poder entre los actores. Al tener que conciliar distintas visiones, la regulación del territorio incorpora diferentes racionalidades, como el desarrollo económico, el fomento, la provisión de servicios públicos y la protección ambiental —que ahora debe incluir también variables como la gestión del riesgo de desastres y la adaptación al cambio climático.

El estudio de caso del borde norte de Bogotá ilustra varios de los dilemas y retos para integrar distintos enfoques en el análisis de la regulación ambiental territorial y permite resaltar las diferentes visiones de ciudad que se traducen en una confrontación entre lo económico, lo técnico y lo político, y entre considerar la ciudad suelo (priorizando las implicaciones económicas de su transacción) o territorio (reconociendo las diferentes relaciones de la sociedad con la naturaleza). El problema estructural del conflicto por el borde norte ha sido el uso y el carácter de la propiedad sobre el suelo¹³¹; pero en última instancia ha sido también una disputa sobre dos visiones del territorio, una más inmediatista y centrada en el desarrollo del mercado inmobiliario y el respeto de la propiedad privada, y otra de largo plazo centrada en la preservación de la EEP como la base de todo proceso de desarrollo territorial¹³².

¹³¹ Gómez, *op. cit.*

¹³² Ardila Calderón, *¿Existe una política ambiental en Bogotá?... cit.*

Este caso también permite preguntarse qué papel desempeñan las concertaciones ambientales de los POT y cuál es el procedimiento establecido para asegurar que los municipios y distritos incorporen “lo ambiental” en el ordenamiento de su territorio con independencia de los proyectos a corto plazo de sus gobernantes. El esquema de la Ley 387 de la CAR, como contrapeso ambiental a modelos de desarrollo de las entidades territoriales, está pensado para impedir que cada gobernante desconozca las decisiones fundamentales que en materia de ordenamiento territorial han hecho anteriores gobiernos en conjunto con otros actores del Sistema Nacional Ambiental como las CAR y el Ministerio, que también participan en el ordenamiento del territorio en lo que, siguiendo a Prosser, hemos denominado la *empresa reguladora del territorio*. El del borde norte se ha destacado como uno de los conflictos más álgidos en materia de disputas por ordenamiento territorial del país y es uno de los pocos en el que una CAR fue notablemente activa en el uso de su poder de veto de un POT¹³³. De hecho, ha sido el único en el que el desacuerdo agotó todas las instancias establecidas por la ley e incluso otras adicionales. Salvo algunas excepciones, en estos procesos de concertación es frecuente que las CAR no tengan mucha capacidad técnica para hacer contrapeso a los POT o que estén capturadas por redes de clientelismo e intereses particulares y alineadas con los proyectos de desarrollo de los alcaldes. Sin importar la razón, lo cierto es que las concertaciones ambientales de los POT rara vez alcanzan el nivel de conflictividad que ha habido en este caso.

Otra cosa que se aprecia es la tensión que hay desde el diseño institucional por el desfase en las escalas nacional, regional y local de planificación territorial. Las CAR son entidades con jurisdicción más regional y deben pensar sus decisiones en esas escalas, algunas con criterio de cuenca y otras con criterio departamental. Por su parte, los municipios ordenan su territorio dentro de su perímetro y en una escala local con implicaciones regionales, con necesidades de desarrollo más concretas y más inmediatas. En específico, la oposición de la CAR del 2000 al proyecto del POT de ese momento respondió a una visión de ciudad-región pensada desde su dimensión ambiental. Este desfase de escalas no es problemático en sí mismo si los actores se coordinan y hay reglas claras¹³⁴, pero puede tornarse conflictivo si no hay una instancia administrativa de cierre, cuestión que apunta directo a la discusión sobre la autonomía de la CAR en el contexto del ordenamiento territorial.

¹³³ Córdoba, *op. cit.*; Canal Albán y Rodríguez Becerra, *op. cit.*, p. 450.

¹³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-554 del 25 de julio del 2007. La Corte Constitucional recoge la jurisprudencia que fija pautas generales para la coordinación y concurrencia de los actores del Sina.

En ese sentido el caso muestra que el procedimiento de concertación entre los municipios y las CAR tiene un grave cuello de botella, pues existe el riesgo de que la toma de decisión reguladora final se diluya en el nebuloso ámbito de la autonomía de las CAR. Al ser autónomas, las CAR no son subordinadas del Ministerio ni éste es su superior jerárquico, por eso, aunque el Ministerio puede decidir sobre un desacuerdo entre una CAR y un municipio en el marco de la discusión de un POT, el actor competente debe ejecutar la medida que se implemente. En este caso, las CAR tardó once años en cumplir con la determinante ambiental establecida por el Ministerio incluso a pesar de la intervención de la justicia administrativa. Las presiones del sector inmobiliario y los desacuerdos con algunos de los propietarios de la zona también formaron parte de la indecisión de las CAR. Por esto parece urgente repensar el alcance de la autonomía de las CAR en el marco de empresa reguladora del ordenamiento territorial.

En el mismo sentido cabe preguntarse hasta qué punto la tarea de concertar cada POT de manera individual es consecuente con el objetivo de incorporar una dimensión ambiental en la planificación territorial a una escala regional o de cuenca hidrográfica¹³⁵. Si se tiene en cuenta que el balance de las fuerzas políticas en los municipios y en los consejos directivos de la CAR cambia con el tiempo, parece difícil que las CAR tengan proyectos de gestión territorial a largo plazo y que puedan servir como contrapeso y guía para las entidades territoriales en una escala regional. En el caso del borde norte, la CAR abandonó de manera parcial la convicción inicial de traducir la EEP en medidas reales y eficaces y, en la práctica, su autonomía funcionó como una ineficiencia administrativa.

Además, hoy en día no es claro que la CAR tenga la misma independencia técnica que hace quince años. El hecho de que una misma entidad reguladora ambiental pueda cambiar sus preferencias a lo largo del tiempo de forma tan radical y ser objeto de tantas presiones debería ser motivo de reflexión. Esto tiene que ver, entre otras cosas, con la debilidad estructural de las CAR, tanto técnica como financiera, que en la última década se ha profundizado y las ha hecho más vulnerables a la captura y más proclives a visiones fragmentadas del ordenamiento territorial¹³⁶.

En efecto, el tiempo es fundamental en el ordenamiento territorial. Podría decirse que hay un margen para renegociar las distintas visiones del territorio cada cierto tiempo puesto que la ley permite que los POT duren 12 años y que algunos

¹³⁵ Quimbayo y Mariño, *op. cit.*

¹³⁶ Canal Albán y Rodríguez Becerra, *op. cit.*

determinantes que deben preservarse para mantener la integridad ecológica son de largo plazo. Este margen también garantizaría que las decisiones fueran más democráticas y se incorporaran a la dimensión política de la regulación del territorio. Sin embargo, la ley establece que los procesos de ordenamiento territorial deben ser progresivos, acumulativos y trascender los periodos de gobierno. Por su importancia a mediano y largo plazo, las dimensiones ambientales del ordenamiento territorial forman precisamente parte de esos aspectos cuya modificación requiere un estándar más alto que debería guiarse por el principio de que no haya regresividad en materia ambiental; por ende, deberían mantenerse más allá de los periodos de los alcaldes¹³⁷. Esto salvo que sobrevenga alguna situación excepcional e irresistible que justifique disminuir los niveles de protección alcanzados. Pero, como argumentamos en la primera sección, el alcance de los estados de equilibrio socioecológico es también un elemento sujeto a discusión política¹³⁸, por lo que es posible que hoy exista la posibilidad de que un plan de manejo de una reserva forestal construido durante catorce años pueda revertirse en dos, y con mucha menos discusión y sustento.

A pesar de los posibles usos y abusos de la evidencia científica que sustentó la decisión de declarar reserva forestal el borde norte y, en general, del conocimiento experto en la gestión ambiental, un resultado positivo de este conflicto es el concepto de Estructura Ecológica Principal¹³⁹. Éste permite ver las concertaciones ambientales de los POT no como un choque entre agendas opuestas, sino como la oportunidad de integrar dimensiones fundamentales para que cualquier agenda de ordenamiento territorial sea posible y sostenible en el mediano y largo plazo. Además permite reconceptualizar el papel de las CAR: se pasa de entenderlas como contrapesos u “obstáculos” de los proyectos de desarrollo territorial de los municipios a verlas como garantes de los elementos ecológicos estructurales importantes para la sostenibilidad a largo plazo de dichos proyectos. Por su parte, la Procuraduría General de la Nación expidió en el 2010 la Circular 023 a través de la cual exhorta a las autoridades locales a incluir “la variable ambiental en los esquemas de ordenamiento, teniendo en

¹³⁷ Ángela Amaya, *La urbanización de la Reserva Van der Hammen y la aplicación del principio de no regresión en Colombia*, Blog Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia, 2016. Consultado en [http://medioambiente.uxternado.edu.co/la-urbanizacion-de-la-reserva-van-der-hammen-y-la-aplicacion-del-principio-de-no-regresion-en-colombia/#more-2648].

¹³⁸ Kysar, *op. cit.*

¹³⁹ La popularización del concepto de EEP se aprecia no sólo en su inclusión en el POT de Bogotá, sino también en el de otras ciudades como Cali y Medellín. Ya se han hecho algunos esfuerzos por delinear los principales rasgos de la EEP de todo el país, aunque dicho proyecto es bastante complejo. Thomas van der Hammen y Germán Andrade, *Estructura ecológica principal de Colombia: primera aproximación*, Bogotá, Ideam, 2003.

cuenta parámetros que tienen directa relación con las consecuencias que el cambio climático provoca en el territorio”. Por esto es indispensable para cualquier modelo de ciudad, por ejemplo, pensar en que la conectividad entre los Cerros Orientales y el valle aluvial del río Bogotá es fundamental para el mantenimiento de la provisión de agua para la ciudad y la región en el próximo siglo. Infortunadamente, a la fecha muy pocos municipios han incorporado dimensiones ambientales en sus POT y aún hoy no parece haber claridad sobre cómo hacerlo.

A pesar de las puertas que abre el concepto de EEP, un problema de la planificación territorial en Colombia es que está fragmentada en términos ecológicos, ya que los municipios y las CAR regulan el suelo pero encuentran más restricciones para hacer lo propio con el subsuelo. El problema de raíz está en la Constitución, que es donde se hace esta división, lo cual es limitante y problemático para la gestión ambiental, pues el suelo y subsuelo dependen uno del otro. Esta fragmentación es frecuente en temas de minería, pero tiene efectos también en el ámbito de la planificación territorial en grandes contextos urbanos, pues como los municipios sólo pueden ordenar el suelo tienen poca información sobre inventarios de aguas subterráneas y rara vez tienen estudios de riesgo por inundación y remoción en masa. En el debate reciente sobre el borde norte ha habido un énfasis en el suelo (“potreros” contra “bosques”), pero no en su uso potencial ni su integración con otros elementos de la EEP. Más que dividir el territorio en suelo y subsuelo valdría la pena repensar la enunciación jurídica del territorio en términos binarios y avanzar hacia conceptualizaciones más complejas a partir del concepto de EEP. El *ordenamiento* como un encuentro entre “lo ambiental” y “lo demás” o “lo sectorial” es otra división problemática, pues proyecta a las CAR como contrapesos y no como actores integrales del ordenamiento.

REFERENCIAS

Academia Colombiana de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, soporte de la declaración sobre la Reserva Forestal Regional del Norte “RFRN” de Bogotá, Bogotá, ACCEFYN, 2010.

Acevedo, Jorge *et al.*, “Misión de estudios para la definición de lineamientos de política para el desarrollo integral de la sabana de Bogotá”, en *Territorio y sociedad: el caso del POT de la ciudad de Bogotá*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2000.

- Al-Ubaydli, Omar y Patrick A. McLaughlin, “RegData: A Numerical Database on Industry-Specific Regulations For All United States Industries and Federal Regulations, 1997-2012”, en *Regulation & Governance* (2015).
- Alcaldía Mayor de Bogotá, D. C., Decreto 159 del 18 de febrero de 1974, Bogotá.
- Alcalde Mayor de Bogotá, D. C., Decreto 364 del 26 de agosto del 2013, en *Registro Distrital*, n.º 5185, 26 de agosto del 2013, Bogotá.
- Alviar, Helena y Catalina Villegas (comps.), *La función social de la propiedad en las constituciones colombianas*, Bogotá, Uniandes, 2012.
- Amaya, Ángela, *La urbanización de la Reserva Van der Hammen y la aplicación del principio de no regresión en Colombia*, Blog Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia, 2016. Consultado en [http://medioambiente.uexternado.edu.co/la-urbanizacion-de-la-reserva-van-der-hammen-y-la-aplicacion-del-principio-de-no-regresion-en-colombia/#more-2648].
- Amaya, Fernando y Raúl Moreno, “Modelo de desarrollo sostenible conectividad ecológica borde noroccidental” (presentación en Power Point), Bogotá, Asodesco, 2014.
- Andrade, Germán, “¿El fin de la frontera? Reflexiones desde el caso colombiano para una nueva construcción social de la naturaleza protegida”, en *Revista de Estudios Sociales*, n.º 32 (2009).
- Andrade, Germán, Claudia Mesa, Andrés Ramírez y Fernando Remolina, *Estructura ecológica principal y áreas protegidas de Bogotá*, Bogotá, “Foro Nacional Ambiental”, documento de política pública 25, 2008.
- Andrade, Germán, Fernando Remolina y Diana Wiesner, “Assembling the Pieces: a Framework for the Integration of Multi-Functional Ecological Main Structure in the Emerging Urban Region of Bogotá, Colombia”, en *Urban Ecosystems*, vol. 16, n.º 4 (2013).
- Andrade, Gonzalo, “La Reserva Thomas van der Hammen y su importancia”, en foro “El futuro de la Reserva Forestal Thomas van der Hammen”, Bogotá, Universidad de los Andes, 2016.

- Arenas, Natalia, “La Van der Hammen de Peñalosa cumple los sueños de los dueños de los predios”, en *La Silla Vacía*, 16 de febrero del 2016. Disponible en [<http://lasillavacia.com/historia/van-der-hammen-53048>].
- Ardila Calderón, Gerardo, *Bogotá-Sabana: ¿gobernabilidad posible?*, Bogotá, “Foro Nacional Ambiental”, documento de política pública 30, 2009.
- Ardila Calderón, Gerardo, *¿Existe una política ambiental en Bogotá? Principales problemas ambientales*, Bogotá, “Foro Nacional Ambiental”, documento de análisis 2, 2011.
- Ardila Calderón, Gerardo (director), Proyecto Borde Norte de Bogotá-Fase 2: Convenio Interadministrativo n.º 719 del 2010, Bogotá, Corporación Autónoma Regional (CAR) de Cundinamarca; Universidad Nacional de Colombia —Instituto de Estudios Urbanos (IEU)—; Academia Colombiana de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC); Universidad de Ciencias Aplicadas y Ambientales (UDCA); Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital, Fundación Avina, 2011.
- Ardila Calderón, Gerardo (director), Proyecto Corredor Norte de Bogotá—Fase 1: Convenio Interadministrativo n.º 748 del 2009, Bogotá, Universidad de Ciencias Aplicadas y Ambientales (UDCA); Universidad Nacional de Colombia —Instituto de Estudios Urbanos (IEU)—; Academia Colombiana de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales; Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC); Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR), 2010.
- Ardila Calderón, Gerardo (comp.), *Territorio y sociedad: el caso del Plan de Ordenamiento Territorial de la ciudad de Bogotá*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- Asocolflores, “Reserva Van der Hammen reflexiones desde la floricultura” (presentación en Power Point), Bogotá, Asocolflores, 2014.
- Barreto, Antonio y Juan Felipe Pinilla, “El uso de la doctrina del poder de policía en los ámbitos estatal y urbano: observaciones sobre Colorado al trasluz de los sistemas jurídicos de Colombia y Estados Unidos”, en Miguel Malagón (coord.), *El derecho público y los veinte años de la Constitución de 1991*, Bogotá, Uniandes, 2013.

- Bridge, Gavin y Tom Perreault, “Environmental Governance”, en Noel Castree, David Demeritt, Diana Liverman y Bruce Rhoads (eds.), *A Companion to Environmental Geography*, Oxford, Reino Unido, Wiley-Blackwell, 2009.
- Canal Albán, Francisco, *Elementos de análisis para la evaluación y ajuste de las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible*, Bogotá, “Foro Nacional Ambiental”, documento de política pública 14, 2008.
- Canal Albán, Francisco y Manuel Rodríguez Becerra, “Las corporaciones autónomas regionales, quince años después de la creación del Sina”, en Manuel Rodríguez Becerra (ed.), *Gobernabilidad, instituciones y medio ambiente en Colombia*, Bogotá, “Foro Nacional Ambiental”, 2008.
- Cárdenas, Juan Camilo, *Dilemas de lo colectivo: instituciones, pobreza y cooperación en el manejo local de los recursos de uso común*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2009.
- Carrizosa, Julio, intervención en el foro “El futuro de la Reserva Forestal Thomas van der Hammen”, Bogotá, Universidad de los Andes, 17 de febrero del 2016.
- Colmenares, Rafael, “Entrevista a Gerardo Ardila profesor e investigador del Departamento de Antropología y del Centro de Estudios Sociales de la Universidad Nacional de Colombia”, en *Maguaré*, n.º 15-16 (2002).
- Conferencias de las Naciones Unidas, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro de 1992.
- Congreso de la República, Ley 99 del 22 de diciembre de 1993, en *Diario Oficial*, n.º 41 146, 22 de diciembre de 1993.
- Congreso de la República, Ley 388 del 18 de julio de 1997, en *Diario Oficial*, n.º 43 091, 24 de julio 1997.
- Congreso de la República, Ley 507 del 28 de julio de 1999, en *Diario Oficial*, n.º 43 652, 2 de agosto de 1999.
- Congreso de la República, Ley 1454 del 28 de junio del 2011, en *Diario Oficial*, n.º 48 115, 29 de junio del 2011.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, expediente 11001-03-24-000-2000-6656-01, Bogotá, autoridades municipales, 2006.

Consejo Directivo de la CAR, Acuerdo 021 del 23 de septiembre del 2014.

Córdoba, Jorge Iván, *Planes de ordenamiento territorial, propiedad y medio ambiente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

Corporación Autónoma Regional, Resolución CAR 305 del 8 de marzo de 1999.

Corporación Autónoma Regional, Resolución CAR 1153 del 15 de diciembre de 1999.

Corporación Autónoma Regional, Resolución CAR 1869 del 2 de noviembre de 1999.

Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR), acta de concertación final de los asuntos ambientales de la modificación excepcional de normas urbanísticas del Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá, D. C. suscrita por la Corporación Autónoma Regional (CAR) de Cundinamarca y el Distrito Capital de Bogotá, Bogotá, 2013.

Corporación Autónoma Regional (CAR) de Cundinamarca, Acuerdo 011 del 19 de julio del 2011.

Corporación Autónoma Regional (CAR) de Cundinamarca, Consejo Directivo, concepto jurídico relacionado con el cumplimiento de las resoluciones 475 y 621 del 2000 expedidas por el Ministerio de Medio Ambiente y análisis de responsabilidad por Germán Rodríguez Villamizar, Bogotá, 2008.

Corporación Autónoma Regional (CAR) de Cundinamarca, “Declaratoria Reserva Forestal Regional del Norte” (presentación en Power Point), Bogotá, 2011.

Corporación Autónoma Regional (CAR) de Cundinamarca, “Formulación del Plan de Manejo Ambiental de la Reserva Forestal Regional Productora del Norte de Bogotá, D. C. Thomas van der Hammen” (presentación en Power Point), Bogotá, 2014.

- Corporación Autónoma Regional (CAR) de Cundinamarca, “Plan de manejo ambiental de la Reserva Forestal Regional Productora del Norte de Bogotá, D. C. Thomas van der Hammen” (presentación en Power Point), Bogotá, 2014.
- Corte Constitucional, Sentencia C-150 del 25 de febrero del 2003.
- Corte Constitucional, Sentencia C-326 del 22 de marzo del 2012.
- Corte Constitucional, Sentencia C-534 del 16 de octubre de 1996.
- Corte Constitucional, Sentencia C-554 del 25 de julio del 2007.
- Corte Constitucional, Sentencia C-795 del 29 de junio del 2003.
- Crew, Michael y Anthony Heyes, “Introduction: Environmental Regulation”, en *Journal of Regulatory Economics*, vol. 28, n.º 2 (2005).
- Gómez, Fernando, *Aproximación al conflicto territorial y las dinámicas de apropiación de los actores sociales en el caso de la Reserva Forestal Regional Productora del Norte “Thomas van der Hammen” 2000-2011* (trabajo de grado), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Guerrero Ruiz, Gustavo Adolfo, “La fallida Reserva Forestal del Norte de Bogotá y la ilicitud de su declaración: el desconocimiento del derecho de propiedad como abuso de la razón de estado”, en Alejandra Sáenz Quintana, Andrés Gómez Rey y Gloria Amparo Rodríguez (eds.), *Conflictos entre propiedad, comercio y ambiente*, Bogotá, Ibáñez, 2014.
- Hernández Betancur, Luis Fernando, “Planificación territorial para el desarrollo sostenible”, en *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente* (tomo XII), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Himley, Matthew, “Geographies of Environmental Governance: The Nexus of Nature and Neoliberalism”, en *Geography Compass*, vol. 2, n.º 2 (2008).
- Holling, Crawford Stanley, “Resilience and Stability of Ecological Systems”, en *Annual Review of Ecology and Systematics*, vol. 4 (1973).
- Jordana, Jacint y David Levi-Faur, *¿Hacia un Estado regulador latinoamericano? La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores*, Barcelona, CIDOB, 2005.

- Jordana, Jacint y David Levi-Faur, "The Diffusion of Regulatory Capitalism in Latin America: Sectorial and National Channels in the Making of New Order", en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 598, n.º 1 (2005).
- Jordana, Jacint y David Levi-Faur, "Towards a Latin American Regulatory State?: The Diffusion of Autonomous Regulatory Agencies Across Countries and Sectors", en *International Journal of Public Administration*, vol. 29, n.º 4-6 (2006).
- Juzgado Segundo Administrativo del circuito judicial de Bogotá, D. C. Sección Primera, asunto comunicación sentencia expediente n.º 1100133310022 00800271, Bogotá, 2009.
- Kysar, Douglas A., *Regulating from Nowhere: Environmental Law and the Search for Objectivity*, Londres y New Haven, Yale University, 2010.
- Lazarus, Richard, *Environmental Law*, Chicago y Londres, University of Chicago, 2004.
- Lemos, Maria Carmen y Arun Agrawal, "Environmental Governance", en *Annual Review of Environment and Resources*, vol. 31 (2006).
- Lenis Mejía, Ana Lucía, "Las agencias independientes o comisiones de regulación", en *Revista de la Maestría en Derecho Económico*, n.º 2 (2004).
- Levi-Faur, David, *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011.
- Levi-Faur, David, "The Politics of Liberalisation: Privatisation and Regulation-for-Competition in Europe's and Latin America's Telecoms and Electricity Industries", en *European Journal of Political Research*, vol. 42, n.º 5 (2003).
- Levi-Faur, David y Jacint Jordana, "The Rise of Regulatory Capitalism: The Global Diffusion of a New Order", en *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, libro 598, 2005.
- Londoño Toro, Beatriz, "Participación de las organizaciones ambientales en los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales", en Claudia Mesa; Ebert Stiftung; Humberto Rojas y Manuel Rojas Rubio (comps.), *Herramientas para la participación en gestión ambiental*, Bogotá, Fescol, 2000.

- López Dávila, Iván, *El régimen jurídico de las Corporaciones Autónomas Regionales*, Bogotá, Ibáñez, 2012.
- López-Murcia, Julián, “Regulatory Agencies and Courts in the South: The Overlaps in Colombian Water Regulation”, en *Journal of Politics in Latin America*, vol. 5, n.º 2 (2013).
- Maldonado, María Mercedes, “La discusión sobre la expansión al norte de Bogotá: una aproximación desde el derecho”, en Gerardo Ardila (ed.), *Territorio y sociedad: el caso del Plan de Ordenamiento Territorial de la ciudad de Bogotá*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- Márquez, Germán y Elizabeth Valenzuela, “Estructura ecológica y ordenamiento territorial ambiental: aproximación conceptual y metodológica a partir del proceso de ordenación de cuencas”, en *Gestión y Ambiente*, vol. 11, n.º 2 (2008).
- Mendoza, Javier Eduardo y Andrés Etter, “Multitemporal Analysis (1940-1996) of Land Cover Changes in the Southwestern Bogotá Highplain (Colombia)”, en *Landscape and Urban Planning*, vol. 59, n.º 3 (2002).
- Millennium Ecosystem Assessment, *Ecosystems and Human Well-being: Synthesis Report*, Washington, D. C., Island, 2005.
- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Decreto 2811 del 18 de diciembre de 1974, “Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente”, en *Diario Oficial*, n.º 34 243, 18 de diciembre de 1974.
- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Resolución 0187 del 1.º de abril del 2015.
- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Resolución 475 del 17 de mayo del 2000.
- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Resolución 621 del 28 de junio del 2000.
- Ministerio de Medio Ambiente, Decreto 1110 del 13 de junio del 2000, en *Diario Oficial*, n.º 44 045, 16 de junio del 2000.
- Ministerio de Medio Ambiente, Decreto 1788 del 3 de junio del 2004, en *Diario Oficial*, n.º 45 569, 4 de junio del 2004.

- Ministerio de Medio Ambiente, Resolución n.º 475 del 17 de mayo del 2000.
- Ministerio de Medio Ambiente, Resolución n.º 0583 del 23 de julio de 1999.
- Ministerio de Medio Ambiente, Resolución n.º 0621 del 28 de junio del 2000.
- Ministerio de Medio Ambiente, Resolución n.º 1153 del 15 de diciembre de 1999.
- Ministerio de Medio Ambiente, asunto radicación 4120-E1-50746 consulta vigencia actos administrativos dirigido a dirección de Taller del Espacio Público Secretaría Distrital de Planeación, radicado Ministerio 1200-E2-67089, Bogotá, 2011.
- Ministerio de Medio Ambiente, respuesta a la Procuraduría General de la Nación oficio radicado CAR 2010111618, Bogotá, 2010.
- Montañéz Díaz, Luis E., *La zona de Reserva Forestal Productora del Norte de Bogotá*, Bogotá, 2012. Consultado en [https://issuu.com/lmont10/docs/reserva_forestal_norte_de_bogota].
- Nassar, Alberto, “Anotaciones sobre las Corporaciones Autónomas Regionales. Síntesis de su gestión en 36 años de existencia”, en *Revista de las Corporaciones Regionales*, vol. 1 (1990).
- Olaya, Miguel, “Peñalosa, las cifras y el complejo de superhéroe”, en *La Silla Vacía*, 29 de febrero del 2016. Disponible en [<http://lasillavacia.com/node/55117>].
- Osorio Ardila, Giselle Andrea, Andrés Hernández, Viviana Esteban García, Y. Triana y D. Samper, *Identificación, análisis y sugerencias para el fortalecimiento de los movimientos, organizaciones y procesos sociales relacionados con el medio ambiente en las áreas de borde de la ciudad de Bogotá* (proyecto), Bogotá, Instituto de Estudios Urbanos Universidad Nacional de Colombia-Centro de Investigaciones Sobre Desarrollo Universidad de los Andes, 2012.
- Ospina, Liliana, *Análisis de transacciones de los predios de la RFRN*, Bogotá, Instituto de Estudios Urbanos de Universidad Nacional de Colombia, 2011.
- Ostrom, Elinor y Michael Cox, “Moving Beyond Panaceas: A Multi-Tiered Diagnostic Approach for Social-Ecological Analysis”, en *Environmental Conservation*, vol. 37, n.º 4 (2010).

Platt, Rutherford, *Land Use and Society. Geography, Law, and the Public Policy*, Washington, London Covelo, Island, 2004.

Procuraduría General de la Nación, oficio para el Dr. Andrés González Díaz: solicitud de aplazamiento de la decisión del Consejo Directivo de la CAR, 7 de diciembre del 2009, Bogotá.

Procuraduría General de la Nación, Circular 023 del 13 de abril del 2010.

Prosser, Tony, *The Regulatory Enterprise: Government, Regulation, and Legitimacy*, Nueva York, Oxford University, 2010.

Quimbayo, Germán Andrés y Juana Mariño de Posada, “Biodiversidad y ordenamiento del territorio”, en Juan Carlos Bello *et al.* (eds.), *Biodiversidad 2014. Estado y tendencias de la biodiversidad continental de Colombia*, Bogotá, Instituto Alexander von Humboldt, 2014.

Restrepo Medina, Manuel Alberto, Lina Marcela Escobar Martínez, Javier Gustavo Rincón Salcedo y José Eduardo Rodríguez Martínez, *Globalización del derecho administrativo colombiano*, Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010.

Revesz, Richard y Michael A. Livermore, *Retaking Rationality. How Cost-Benefit Analysis Can Better Protect the Environment and Our Health*, Nueva York, Oxford University, 2008.

Robbins, Paul, *Political Ecology: A Critical Introduction*, Oxford, Blackwell, 2004.

Rodríguez Becerra, Manuel, “El Estado verde: el caso de la política de conservación de la Amazonia y del Chocó Biogeográfico colombianos”, en *La gestión de lo público: debates y dilemas*, Bogotá, 2014.

Rodríguez Becerra, Manuel, “¿Hacer más verde al Estado colombiano?”, en *Revista de Estudios Sociales*, n.º 32 (2009).

Rodríguez Becerra, Manuel; Eduardo Uribe Botero y Julio Carrizosa Umaña, *Instrumentos económicos para la gestión ambiental en Colombia*, Bogotá, Fescol, 1996.

Salzman, James y Barton H. Thompson Jr., *Environmental Law and Policy*, EE. UU., Foundation, Thomson Reuters, 2010.

Sánchez García, Carlos Andrés y Lorenzo Villegas Carrasquilla, “Regulación de los servicios públicos: redefinición constitucional del Estado colombiano”, en *Derecho constitucional: perspectivas críticas*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1999.

Secretaría Distrital de Ambiente, Resolución 00819 del 23 de junio del 2015.

Secretaría Distrital de Ambiente, Resolución 0835 del 24 de junio del 2015.

Secretaría Distrital de Ambiente e Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt, Alcaldía Local de Suba Fondo de Desarrollo Local y Universidad Nacional Abierta y a Distancia, convenio interadministrativo 04-06/2006 construcción colectiva de la biodiversidad urbano-rural en el territorio de la localidad de Suba informe final, Bogotá, 2008.

Secretaría Distrital de Ambiente y Alcaldía Mayor de Bogotá, propuesta técnica y jurídica del Distrito Capital para la conectividad en la zona norte, 2011.

Secretaría Distrital de Planeación, Alcaldía Mayor de Bogotá, borrador del documento técnico de soporte del Plan de Ordenamiento Zonal del borde norte de Bogotá, D. C., 2010.

Secretaría Distrital de Planeación, Alcaldía Mayor de Bogotá, documento técnico de soporte de la modificación excepcional del Plan de Ordenamiento Territorial, Bogotá, 2011.

Steinberg, Paul F. y Stacy D. VanDeveer (eds.), *Comparative Environmental Politics: Theory, Practice, and Prospects*, Cambridge, MIT, 2012.

Subdirección de Administración de Recursos Naturales y Áreas Protegidas de la CAR, acta de reunión 004. Validación de los lineamientos metodológicos para la formulación del plan de manejo de la Reserva Forestal Regional Productora del Norte de Bogotá, D. C. Thomas van der Hammen, Bogotá, 2012.

Subdirección Jurídica de la CAR, memorando SJUR 1477, futura Reserva Forestal Regional del Norte del Distrito Capital, Bogotá, 2008.

Subdirección Jurídica de la CAR, memorando SJUR, radicado CAR 20103112315, asuntos jurídicos concernientes a la declaratoria de la futura Reserva Forestal Regional del Norte de Bogotá, Bogotá, 2014.

Subdirección Jurídica de la CAR, memorando SJUR, asunto: concepto técnico-jurídico sobre el PMA de la Reserva Forestal Regional Productora del Norte de Bogotá Thomas van der Hammen, radicado CAR 20143118034, Bogotá, 2014.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, aviso de notificación, referencia acción de grupo, expediente 2013-01947, radicado CAR 20141118542, 2014, Bogotá.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, expediente n.º 25000-23-41-000-2013-01947-00, 2013, Bogotá.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., acción de cumplimiento de Alexei Julio Estrada contra Corporación Autónoma Regional (CAR) de Cundinamarca. Proyecto discutido y aprobado en sesión de 27-X-2004, 2004, Bogotá.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., providencia del 5 de julio del 2011, Bogotá.

Urueña, René, “Global Water Governance and the Rise of the Constitutional Regulatory State in Colombia”, en Navroz K. Dubash y Bronwen Morgan (eds.), *The Rise of the Regulatory State of the South: Infrastructure and Development in Emerging Economies*, Reino Unido, Oxford University, 2013.

Van der Hammen, Thomas, *Plan Ambiental de la Cuenca Alta del Río Bogotá. Análisis y Orientaciones para el Ordenamiento Territorial*, Bogotá, CAR, 1998.

Van der Hammen, Thomas y Germán Andrade, *Estructura ecológica principal de Colombia: primera aproximación*, Bogotá, Ideam, 2003.

Villegas del Castillo, Catalina, “¿Es la función social de la propiedad una cláusula de papel? De la reforma de 1936 a la Constitución de 1991”, en Helena Alviar y Catalina Villegas del Castillo (comps.), *La función social de la propiedad en las constituciones colombianas*, Bogotá, Uniandes, 2012.

Comunicaciones personales

Rodríguez, Manuel, miembro del panel de expertos. Comunicación personal de enero del 2015.

EL ESTADO REGULADOR Y LA MISIÓN CURRIE EN COLOMBIA

Miguel MALAGÓN PINZÓN*

INTRODUCCIÓN HISTÓRICA AL ESTADO REGULADOR

Para hablar del *Estado regulador* en Colombia es necesario comenzar por los antecedentes y los primeros intentos de su implementación. Nuestro país, como buen heredero de la tradición hispánica, tiene una importante historia de la regulación dentro de la cual encontramos la figura colonial de los intendentes y superintendentes. El origen de los intendentes es francés¹, aunque sus labores tienen antecedentes en la misma península² que se remontan a la instauración de los superintendentes³, en concreto, a los de la Real Hacienda a fines del siglo XVII⁴. Para ser más específicos, en nuestro país hubo superintendentes de Hacienda desde el siglo XVIII. Para la muestra la inscripción en la Casa de la Moneda de la antigua Bogotá, donde dice:

Reinando Don Fernando VI⁵ el Justo se incorporó en su real dominio, redificó, amplió y acabó esta casa en el año de 1756, siendo virrey el excelentísimo señor Don Joseph Solís Folch de Cardona⁶ y primer superintendente el señor Don Miguel de Santistevan⁷.

* Abogado y doctor en Ciencia Política y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

¹ Pilar García Trobat y Jorge Correa Ballester, “Centralismo y administración: los intendentes borbónicos en España”, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 26, n.º 1 (1997), p. 21. En el mismo sentido véase Henry Kamen, “El establecimiento de los intendentes en la administración española”, en *Hispania: Revista Española de Historia*, n.º 95 (1964), pp. 368-395.

² Horst Pietschmann, “Antecedentes españoles e hispanoamericanos de las intendencias”, en *Anuario de Estudios Americanos*, tomo XI (1983), pp. 359-372.

³ En Portugal los funcionarios delegados llegan en el siglo XIV con los denominados veedores de Fazenda, éstos se constituyen en agentes del poder real, que producían actos de gracia, hoy mejor conocidos como *actos políticos*, *actos de gobierno*. Antonio Manuel Hespanha, *História das Instituições: épocas medieval e moderna*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982, p. 339.

⁴ José Luis Bermejo Cabrero, “Superintendencias en la hacienda del antiguo régimen”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.º 54 (1984), pp. 409-448.

⁵ Fernando VI fue el tercer monarca de la dinastía de los Borbones, se casó con la portuguesa Bárbara de Braganza y falleció en 1759 sin haber tenido descendencia. José Antonio Vidal Sales, *Crónica íntima de las reinas de España: lo que nunca se ha dicho de las soberanas de la Casa de Borbón*, Madrid, Planeta, 1993, pp. 63-74.

⁶ Este famoso virrey fue el cuarto en desempeñarse como *alter ego* del rey en estas tierras y dejó su cargo para entrar a la vida religiosa después de presenciar su propio entierro. Véase Alberto Miramón, *El secreto del virrey fraile*, Bogotá, Librería Siglo XX, 1944.

⁷ Esta se puede apreciar en Banco de la República, “Casa de Moneda-Colección numismática del Banco de la República”. Disponible en [http://www.banrepcultural.org/museos-y-colecciones/casa-de-moneda].

Durante el reinado de Felipe V, el primero de los Borbones, se instaura por completo la figura de los intendentes con el establecimiento, en 1711, de la Superintendencia de Ejército y Provincia y, en 1717, de la Intendencia de Ejército y Marina⁸. En 1749 se promulgó otra ordenanza en la que se indicaron las cuatro competencias asignadas a los intendentes: la policía o el gobierno (entendida como gobierno o administración), la hacienda, la justicia y la guerra. El propósito de este nuevo tipo de funcionarios era recuperar la economía del Estado que se encontraba en bancarrota por la Guerra de Sucesión y buscar la felicidad de los súbditos impulsando la industria, la ganadería, la agricultura, la minería, así como mejorar el comercio, para lo que se tenía que promover la navegación, los caminos, los puentes y los puertos⁹.

En el siglo XVIII, con las reformas borbónicas, llegaron los intendentes a América hispana para constituirse como los principales funcionarios comisionados del monarca y convertirse en los encargados de fomentar la política del centralismo real. La primera intendencia en establecerse fue la de Cuba, de acuerdo con la Real Instrucción del 31 de octubre de 1764. A su intendente se le confirieron sólo competencias de hacienda y guerra. Sin importar la buena intención de la Corona, su implementación fue rechazada, por lo que en 1769 el capitán general de la isla, Bucarelli, solicitó su revocación argumentando que era la única intendencia existente en América¹⁰.

Más adelante, cuando José de Gálvez y Gallardo¹¹ llegó en 1776 al Ministerio de Indias estableció las reformas intendenciales en la Nueva España, el Río de la Plata y el Perú. En nuestro virreinato esta reforma no se aplicó debido a la Revolución de los Comuneros¹². Más tarde quedó de nuevo frustrada su implementación por la independencia, pues a pesar de que en 1807 se ordenó la crea-

⁸ Jorge Comadrán Ruiz, "La Real Ordenanza de Intendentes de 1782 y las declaraciones de 1783. Antecedentes franceses y españoles", en *Estudios sobre la Real Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1995, p. 12.

⁹ Alfonso García Gallo, "Sobre las intendencias en Indias", en *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho Indiano*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1987, p. 1002.

¹⁰ Gisela Morazzani de Pérez Enciso, *La intendencia en España y en América*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1960, pp. 37-38.

¹¹ Ismael Sánchez Bella, "Las reformas en Indias del secretario de Estado José de Gálvez (1776-1787)", en *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas*, vol. II, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2002, pp. 1523-1524.

¹² John Leddy Phelan, *El pueblo y el rey: la revolución comunera en Colombia, 1781*, Bogotá, Carlos Valencia, 1980, pp. 19-50; Margarita Garrido, *Reclamos y representaciones: variaciones sobre la política en el Nuevo Reino de Granada, 1770-1815*, Bogotá, Banco de la República, 1993, p. 34; y Hans-Joachim König, *En el camino hacia la nación: nacionalismo en el proceso de formación del estado y de la nación de la Nueva Granada, 1750 a 1856*, Bogotá, Banco de la República, 1994, p. 148.

ción de las intendencias en la Nueva Granada¹³, la orden no tuvo efecto debido a la invasión napoleónica a España y a los posteriores movimientos en pro de la autonomía que se dieron en nuestro país.

Estas autoridades eran los baluartes del poder real y se constituyeron en importantísimas instituciones de control, pues a través de la policía tenían competencias de inspección y vigilancia.

En el siglo XIX colombiano se dio un fenómeno de continuidad de estas autoridades coloniales. La Constitución de 1821 tenía dentro de sus principales funcionarios a los intendentes, quienes ejercían el poder ejecutivo en los departamentos por delegación presidencial y contaban con las mismas cuatro competencias que tenían los intendentes coloniales. Es decir, eran funcionarios absolutistas en pleno régimen liberal. Debemos anotar que en otras investigaciones hallamos, además de ejemplos de funciones de policía, actos judiciales, como sentencias¹⁴, emitidos por estos agentes, lo que muestra una similitud muy fuerte con las principales superintendencias que encontramos en la actualidad en nuestro derecho administrativo.

A finales del siglo XIX y comienzos del XX, durante la vigencia de la Constitución de 1886, volvieron a aparecer los intendentes. El ordenamiento territorial de esa carta dividía al país en departamentos, intendencias y comisarías. Las segundas las manejaban los agentes del presidente que tenían facultades gubernamentales sobre el territorio, por las cuales realizaban funciones de inspección, vigilancia y control. En cumplimiento de éstas, visitaban municipios y llevaban informes del estado de los mismos a la capital.

Después, en el primer cuarto del siglo XX, se trasplanta el pensamiento administrativo estadounidense gracias a la Misión Kemmerer¹⁵. Ésta llegó al país en 1923 a pedido de nuestro Gobierno para que le ayudara a manejar cuantiosos recursos que estaban entrando en la economía provenientes de una indemnización del Gobierno de Estados Unidos por haberse apoderado de Panamá. El monto era de 25 millones de dólares, cifra exorbitante para ese momento. Con el fin de auxiliar al Gobierno con la administración de ese dinero, el profesor Kemmerer

¹³ Luis Navarro García, *Las reformas borbónicas en América: el plan de intendencias y su aplicación*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1995, p. 103.

¹⁴ Miguel A. Malagón Pinzón, *Los modelos de control administrativo en Colombia (1811-2011)*, Bogotá, Uniandes, 2012, pp. 60-66.

¹⁵ Miguel A. Malagón Pinzón, "El derecho administrativo norteamericano y su huella en Colombia", en *Revista Letras Jurídicas*, vol. 11 (2006), pp. 135-148.

buscó implementar el modelo regulador estadounidense en Colombia. Para ello propuso la creación de agencias reguladoras, como el Banco Central, una comisión que controlara los bancos privados y otra agencia que controlara el gasto público. Esta propuesta fue acogida pero tergiversada, pues se crearon las instituciones con una limitante fundamental: carecían de autonomía frente a la rama ejecutiva, es decir, formaban parte de la administración central.

El Banco Central, que todavía subsiste y conocemos como Banco de la República, se creó como un ente del Ejecutivo. El control de los bancos privados se le asignó a una Superintendencia Bancaria y el manejo del gasto público lo asumió una Contraloría. Esta Misión constituye, en palabras del profesor Jordana, la primera oleada de la regulación¹⁶.

Vale mencionar que esta situación es por completo diferente al caso chileno, donde a fines de los años veinte llegó el profesor Kemmerer a proponer la creación de los mismos entes reguladores que había sugerido para Colombia. En Chile se instauraron el Banco Central, la Superintendencia Bancaria y la Contraloría General, pero en la década de los cincuenta se vio como principal necesidad la organización y regulación de la competencia por medio de la Comisión de lucha contra los monopolios. Más adelante, con la introducción de otras superintendencias, como la de Seguridad Social, la de Electricidad y Gas y la de Educación Pública, se pretendieron satisfacer las prestaciones propias de un Estado interventor¹⁷. El contraste con nuestro país es muy interesante porque Chile ha sido pionero en la regulación y nosotros nos hemos casado, a mi modo de ver en exceso, con el modelo francés de derecho administrativo, por lo que implementamos establecimientos públicos para cumplir tareas de prestación en lugar de entidades reguladoras, como en el cono sur, lo que ha generado una centralización y un presidencialismo incontrolado.

El objeto de este artículo es abordar la segunda oleada que, como veremos, se inició con el arribo de las corrientes desarrollistas a mediados del siglo XX por intermedio del profesor Lauchlin Currie y se manifestó en la implementación del concepto de *planeación*. A raíz de lo cual se intentó fortalecer el aparato estatal con la creación de agencias de planeamiento y de estadística.

¹⁶ Jacint Jordana, “El desarrollo del Estado regulador en Chile”, en *Gobernanza, Instituciones y Desarrollo. Homenaje a Joan Prats*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 216-218. En este interesante artículo, el profesor Jordana nos da luces sobre el comienzo del Estado regulador en Colombia. Su investigación es sobre Chile, pero se puede aplicar por completo a nuestro país, ya que en el país austral la regulación en muchos casos se dio dentro del modelo weberiano sin crear organismos autónomos.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 218-223.

Por su parte, la tercera ola que abordamos se desenvuelve a partir de la Constitución de 1991 —texto introductorio de la figura de los organismos autónomos e independientes, que no son otra cosa que las agencias reguladoras estadounidenses a la colombiana—. Dentro de esta etapa mencionamos el Plan Colombia, una estrategia del Gobierno de los Estados Unidos para ayudar en términos militares a nuestro país y generar desarrollo económico¹⁸. Llama la atención que se repitan las mismas ideas de principios del siglo XX y que éstas se escuchen de boca de los mismos interlocutores de hace sesenta años, los estadounidenses. Resaltamos de esta estrategia el Tratado de Libre Comercio (TLC), que es un instrumento que se enmarca dentro del derecho administrativo global y se nutre de las instituciones del derecho estadounidense. Además es un ejemplo de cómo la regulación internacional se ampara en los tribunales de arbitramento, que son instrumentos clave para la resolución de conflictos derivados de los contratos con los inversionistas estadounidenses¹⁹.

Antes de entrar en materia creemos pertinente hablar un poco del modelo de agencias en Estados Unidos para comprender mejor su intento de implementación en Colombia.

I. El derecho administrativo estadounidense y las agencias reguladoras

Esta importante rama del derecho surgió en el país del norte como consecuencia de la intervención del Estado en la economía y en la sociedad a finales del siglo XVIII, en concreto en 1789, cuando el

Congreso de los Estados Unidos, aprobó [*sic*] una legislación que autorizaba a los funcionarios administrativos a estimar los derechos pagaderos por las importacio-

¹⁸ Diana Marcela Rojas, *El Plan Colombia: la intervención de Estados Unidos en el conflicto armado colombiano (1998-2012)*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2015, pp. 257-262.

¹⁹ “El arbitraje de inversión constituye no sólo un mecanismo para resolver las disputas que surjan en el marco de una inversión entre un Estado receptor y un inversor; representa también una forma de gobernanza global que implica el ejercicio de poder por parte de un tribunal de arbitraje en el espacio administrativo global. [...] Al resolver las controversias entre los inversores y los Estados, los tribunales arbitrales también operan como agencias, sobre la base de un acuerdo previo, para enjuiciar una específica actuación del Estado. [...] Así mismo, la actividad de carácter regulatorio que estos tribunales desempeñan suscita no pocas críticas, no ya sólo respecto de resoluciones singulares que puedan dictar, sino en particular en lo que respecta a la legitimidad del poder que ejercen como tal.” Benedict Kingsbury, “El arbitraje de inversión como sistema de gobernanza: el trato justo y equitativo, el test de proporcionalidad y el emergente derecho administrativo global”, en *Hacia el derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global Law, 2016, pp. 565-639.

nes y hasta a adjudicar las pensiones militares a inválidos que fueron heridos e incapacitados durante la última guerra²⁰.

Luego nacieron la precursora de la Oficina de Patentes en 1790, la Oficina de Asuntos Indios en 1796 y la Oficina General de Tierras en 1812^[21].

Más adelante, en el siglo XIX, Estados Unidos comenzó a aplicar la noción de servicio público y, como consecuencia, surgieron los problemas derivados de los ferrocarriles, mejor conocidos como *caminos de hierro*: competencia desleal e inequidad en el cobro de las tarifas. Para solventar esta situación, de nuevo el Congreso decidió crear un ente independiente de las tres ramas tradicionales del poder público en el año 1887^[22], al que se dotó de una potestad cuasilegislativa, llamado Comisión Interestatal de Comercio.

Esta institución fue la base para la creación de otros órganos similares que tenían el fin de paliar ciertos sectores económicos que estaban presentando problemas muy técnicos que la rama ejecutiva no podía solucionar. Es así como nació en 1914 la Comisión Federal de Comercio con la función de reglamentar las prácticas de comercio desleal. Más tarde se crearon la Comisión Federal de Comunicaciones y la Comisión de Seguridad y Cambios encargadas de reglamentar el comercio y las transacciones de valores, respectivamente²³.

Durante el gobierno de Franklin Delano Roosevelt, en Estados Unidos se comenzaron a implementar los postulados de lo que hoy conocemos como Estado social de derecho o Estado de bienestar por medio de la política pública conocida como el New Deal. En desarrollo de ésta, y para poder hacerle frente a la crisis producida por la caída de la Bolsa de Nueva York, se estableció un gran número de entes o agencias independientes, entre ellos:

la Comisión de Valores Mobiliarios, la Comisión Federal de Comunicaciones, la Junta Nacional de Relaciones Laborales, la Administración de la Recuperación Industrial de la Nación. Instituciones que controlaban respectivamente los títulos y las acciones; las comunicaciones radiotelegráficas; las relaciones laborales y la industria²⁴.

²⁰ James Freedman, *Crisis y legitimidad: el proceso administrativo y el gobierno de los Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 16.

²¹ *Idem*.

²² Bernard Schwartz, *Le droit administratif américain: notions générales*, París, Sirey, 1952, p. 32.

²³ *Ibid.*, p. 33.

²⁴ John Clarke Adams, *El derecho administrativo norteamericano*, Buenos Aires, Eudeba, 1964, p. 42.

En 1946 se desarrolló por vez primera una ley para regular todo lo concerniente al procedimiento administrativo de las agencias independientes denominada *Administrative Procedure Act*²⁵.

Entre 1964 y 1977 surgieron agencias como la

Equal Employment Opportunity Commission, para garantizar la aplicación de las normas antidiscriminación establecidas en la *Civil Rights Act* en el ámbito laboral; la Environmental Protection Agency, para proteger y conservar el medio ambiente; la Consumer Product Safety Commission, para la protección de los consumidores; la Nuclear Regulatory Commission, para regular el uso de la energía nuclear; y la Federal Energy Regulatory Commission, para regular los aspectos interestatales del suministro de electricidad y gas²⁶.

Con los ochenta llegó el modelo neoliberal propugnado por el presidente Ronald Reagan, quien en primer término decidió suprimir importantes agencias como la Civil Aeronautics Board y la Interstate Commerce Commission. Después, en los gobiernos de los presidentes George H. W. Bush (padre), Bill Clinton y George W. Bush (hijo), el Tribunal Supremo reformó el régimen de las agencias al disponer que

sólo existen tres poderes y que por ello, las *independent agencies* deben estar vinculadas a alguno de ellos: las agencias que desarrollen funciones ejecutivas deberán compartir el régimen jurídico de la [*sic*] agencias ejecutivas (dependientes del gobierno) y sólo las que cumplan funciones legislativas o cuasi judiciales podrán seguir siendo independientes del presidente²⁷.

A. Clases de agencias y sus competencias

En el derecho administrativo estadounidense *agencia* significa “cualquier autoridad del Gobierno de los Estados Unidos, esté o no sujeta al control de otra agencia, con exclusión del Congreso y de los Tribunales”²⁸.

²⁵ María Salvador Martínez, *Autoridades independientes: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Barcelona, Ariel, 2002, p. 97.

²⁶ *Ibid.*, p. 98.

²⁷ *Ibid.*, p. 99.

²⁸ Eloísa Carbonell, *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Barcelona, Marcial Pons, 1996, p. 47. Para el caso de Puerto Rico, Estado que también sigue los lineamientos de Washington en materia de derecho administrativo, define *agencia* como “cualquier junta, cuerpo, tribunal examinador, corporación pública. Comisión, oficina independiente, división, administración negociado, departamento, autoridad, funcionario, persona, entidad o cualquier instrumentalizado del Estado Libre asociado [*sic*] de Puerto Rico u organismo administrativo autorizado por

Por otro lado, las agencias se clasifican según dos aspectos: en primer término “cuáles son los poderes para relacionarse con los ciudadanos, y en segundo término, se mira la existencia o no de límites a la libre destitución presidencial del personal directivo de la agencia”²⁹.

En referencia a la primera temática, las agencias se dividen en reguladoras y no reguladoras. Por delegación del Congreso las primeras tienen competencia para ejercer poderes normativos o cuasilegislativos, es decir, para dictar reglamentos, y también facultades cuasijudiciales para proferir actos administrativos subjetivos, para conceder permisos, licencias o para sancionar a los particulares. A su vez, las no reguladoras surgen del Estado de bienestar con competencias de servicios sociales, esto es, por medio de ellas el Gobierno puede “reconocer beneficios y ayudas a los más desfavorecidos. La particularidad de estas surgía al concebir sus acciones como privilegios, y por ello, quedaban a la discrecionalidad de la agencia, que no estaba sometida a requisitos que limitaran su actuación”³⁰. Al respecto, los tribunales se opusieron al aducir que cuando

un ciudadano obtiene, puede obtener, o se le priva de un beneficio, ese beneficio se convierte para el Derecho en una forma de propiedad, y por tanto cualquier actuación administrativa al respecto está sujeta a las garantías derivadas de la cláusula constitucional del procedimiento debido³¹.

Con respecto a la segunda temática, las agencias pueden ser ejecutivas (*executive agency*) o independientes (*independent regulatory agency or commissions*). En las primeras, el presidente nombra y destituye a sus funcionarios a discreción, mientras que en las segundas, el nombramiento o la destitución de cualquier empleado

la ley a llevar a cabo funciones de reglamentar, investigar, o que pueda emitir una decisión, o con facultades para expedir licencias, certificados, permisos, concesiones, acreditaciones, privilegios, franquicias, acusar o adjudicar, excepto:

1. El Senado y la Cámara de Representantes de la Asamblea Legislativa.

2. La Rama Judicial.

3. La Oficina Propia del Gobernador

4. La Guardia Nacional de Puerto Rico

5. Los gobiernos municipales o sus entidades o corporaciones

6. La Comisión Estatal de Elecciones

7. El Negociador de Conciliación y Arbitraje del Departamento del Trabajo y Recursos Humanos

8. La Junta Asesora del Departamento de Asuntos del Consumidor sobre el Sistema de Clasificación de programas de Televisión y Juguetes Peligrosos”: Demetrio Fernández Quiñones, *Derecho administrativo y Ley de procedimiento administrativo uniforme*, Bogotá, Forum, 2001, pp. 9-10.

²⁹ Carbonell, *op. cit.*, p. 48.

³⁰ *Idem*.

³¹ *Ibid.*, p. 49.

está condicionado por el Congreso y “sólo puede producirse si concurren las causas tasadas que fija su norma de creación”³².

Como se puede observar, en las agencias independientes se expresa muy bien el sistema de pesos y contrapesos; pero esto no siempre fue así, pues antes había sido una fuente de disputas muy importante entre el Congreso y el presidente.

En el primer Congreso al discutirse la organización del departamento de negocios extranjeros. Aunque hubo diferencia de opiniones sobre a quien correspondía constitucionalmente esta facultad, se decidió al fin por una mayoría muy escasa que era una parte del poder ejecutivo, y pertenecía, por lo tanto, al Presidente. Tal fue la interpretación admitida durante un gran número de años [...]. Después de más de tres cuartos de siglo, el Congreso volvió deliberadamente sobre su acuerdo, y por las leyes sobre funcionarios públicos de 1867-69, decidió que la constitución no había resuelto ese punto ni expresa ni implícitamente y, por tanto, que el Congreso era el cuerpo a quien tocaba resolverla [...] pero al fin en 1887 el Congreso derogó esas leyes. El resultado es que ahora debe mirarse la interpretación primitiva de la Constitución como la interpretación correcta; es decir solo el Presidente puede separar aún a los funcionarios nombrados por el Senado. [...] De esta facultad de separación deriva la que ha adquirido el Presidente de dirigir e inspeccionar la Administración nacional entera. A ella se debe el reconocimiento de su poder administrativo³³. [*sic*]

Esta es la historia que nos refiere el administrativista estadounidense más reconocido del siglo XIX, el profesor Frank Goodnow. Pero el verdadero problema había sido el poder omnímodo del Congreso durante todo aquel siglo hasta la presidencia de Franklin Delano Roosevelt. Los cargos eran el fortín de los miembros del poder legislativo, literalmente su botín, pues el Servicio Civil era muy rudimentario, a pesar del valioso esfuerzo hecho por la Ley Pendleton de 1883, que fue la primera normatividad basada en el mérito. Esta ley “implicaba que los nombramientos a los cargos y empleos del servicio público se deberían efectuar bajo criterios de capacidad, idoneidad, suficiencia profesional y conocimiento experto y no como se venía realizando bajo intereses partidistas y de lealtades personales”³⁴.

Decíamos que fue finalmente con Roosevelt cuando la situación cambió de manera drástica, pues recordemos que el sistema de agencias tuvo su mayor de-

³² *Idem*.

³³ Francisco Johnson Goodnow, *Derecho administrativo comparado: análisis de los sistemas administrativos de los Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Alemania*, Madrid, La España Moderna, 1900, pp. 70-71.

³⁴ Rolando Barrera Zapata, *La política y la administración pública*, México D. F., Porrúa, 2012, p. 83.

sarrollo en aquella administración. Esto ocasionó que el número de empleados aumentara de 572 mil a 920 mil, con lo cual se generó un aparato gigantesco. Por esta razón se convocó al Comité Brownlow para que propusiera soluciones al respecto. Entre otras cosas, este comité aconsejó “fortalecer el servicio civil; compactar el amplio número de dependencias para lograr mayor coordinación; revisar las formas de registro fiscal, financiero, de auditoría y de responsabilidad del ejecutivo frente al Congreso, etc.”³⁵.

En 1939, el Congreso acogió unas cuantas de estas recomendaciones en lo que se llamó la Reorganization Act. Con ella, el Legislativo por fin comprendió que “el presidente debía ser el conductor responsable de la administración pública”³⁶.

Vemos, pues, cómo las agencias más importantes son las reguladoras que cuentan con facultades cuasilegislativas y cuasijudiciales. Éstas ejercen sus competencias por delegación del poder legislativo, razón que sustenta que sus miembros tengan autonomía respecto del Gobierno y que sólo puedan ser removidos de su cargo cuando el Congreso autorice al presidente a hacerlo.

II. Situación económica a mediados del siglo xx

En Colombia, durante el gobierno de Laureano Gómez se adoptaron los lineamientos propuestos por la Misión del Banco de Reconstrucción y Desarrollo —mejor conocido como Banco Mundial—, cuyo director era Lauchlin Currie, un prestigioso economista canadiense, graduado del London School of Economics y con posgrado de la universidad de Harvard, en donde llegó a desempeñarse como catedrático. Currie también fue uno de los principales asesores de Franklin Delano Roosevelt y ofició como artífice del New Deal.

A Currie debe atribuírsele la consolidación del concepto de *planeación* y la autoría de la unidad de poder adquisitivo constante (UPAC), principal motor de la compra de vivienda en la década de los setenta³⁷. Además planteó unas importantes propuestas de desarrollo en las décadas de 1950 y 1980 que estudiaremos en este artículo sin entrar en detalles.

Como antecedentes económicos de esta Misión encontramos que una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial las circunstancias económicas de muchos

³⁵ *Ibid.*, p. 101.

³⁶ *Ibid.*, p. 102.

³⁷ Nullvalue, “Uno de los estrategias de la economía colombiana acusan a Lauchlin Currie de haber sido espía ruso”, en *El Tiempo*, 25 de octubre de 1990. Disponible en [http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1663].

países en vías de desarrollo eran bastante precarias. En su discurso de posesión como presidente de Estados Unidos en 1949, Harry Truman proclamó un trato justo hacia las regiones más atrasadas del mundo. A partir de ese punto comenzó a regirse el país por un pensamiento basado en el desarrollo como patrón principal del bienestar de los pueblos³⁸. Todo esto iba dirigido a los países considerados pobres bajo la definición que presenta Arturo Escobar del Banco Mundial (en 1948):

pobres a aquellos países con ingreso per cápita inferior a 100 dólares, casi por decreto, dos tercios de la población mundial fueron transformados en sujetos pobres. Y si el problema era de ingreso insuficiente, la solución era, evidentemente, el crecimiento económico³⁹.

Estos denominados *países pobres* eran considerados parte del Tercer Mundo, en oposición al Primer Mundo constituido por los países desarrollados de Occidente; mientras que el Segundo Mundo hacía referencia a los países comunistas⁴⁰.

Estados Unidos, por lo tanto, asume como prioridad promover el desarrollo en el llamado Tercer Mundo para evitar que cayera en manos de la Unión Soviética o de alguno de sus satélites. Con este propósito acude a la Misión encabezada por Currie que contaba con “catorce asesores internacionales en los siguientes campos: comercio exterior, transporte, industria, hidrocarburos y energía, carreteras y ríos, servicios comunitarios, agricultura, salud y bienestar, banca y finanzas, economía, cuentas nacionales, vías férreas y refinerías petroleras”⁴¹. Su tarea consistía en lo siguiente:

Hemos interpretado nuestros términos de referencia como la necesidad de un programa integral e interior consistente [...]. Las relaciones entre los diversos sectores de la economía colombiana son muy complejas, y ha sido necesario un análisis exhaustivo de las mismas para desarrollar un marco consistente [...]. Esta, entonces, es la razón y justificación para un programa global de desarrollo. Los esfuerzos pequeños y esporádicos sólo pueden causar un pequeño efecto en el marco general. Sólo mediante un ataque generalizado a través de toda la economía sobre la

³⁸ Arturo Escobar, *La invención del Tercer Mundo: construcción y deconstrucción del desarrollo*, Bogotá, Norma, 1996, p. 19.

³⁹ *Ibid.*, p. 55.

⁴⁰ La expresión *Tercer Mundo* surge a comienzos de los años cincuenta y se le atribuye al demógrafo francés Alfred Sauvy para referirse, haciendo una analogía con el Tercer Estado, a las regiones pobres y populosas del orbe. *Ibid.*, p. 70.

⁴¹ *Ibid.*, p. 57.

educación, la salud, la vivienda, la alimentación y la productividad puede romperse decisivamente el círculo vicioso de la pobreza, la ignorancia, la enfermedad y la baja productividad. Pero una vez que se haga el rompimiento, el proceso del desarrollo económico puede volverse autosostenido⁴².

Este plan de trabajo era sin duda mesiánico; en él estaba resumida la búsqueda de desarrollo de Estados Unidos. Sin embargo, esto nunca pasó de ser un discurso de buenas intenciones si miramos que la inversión que se hizo en Europa, producto del Plan Marshall, fue de 19 mil millones de dólares, mientras que en Latinoamérica fue de apenas 150 millones⁴³. Así se observa cómo el Gobierno estadounidense buscó salvar a su principal socio económico y militar antes que acabar con el “subdesarrollo”, como había prometido Truman.

III. La misión económica de 1949 en Colombia

Durante la administración del presidente Mariano Ospina Pérez, en el año 1948, el Estado colombiano quería ser partícipe de los créditos internacionales que estaba otorgando el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento para promover el desarrollo de la región. En julio de ese año el país solicitó un crédito por 78 millones de dólares “para financiar proyectos no especificados dentro de una lista de amplias categorías de inversión tales como ferrocarriles, carreteras, plantas de energía eléctrica, equipo agrícola y puertos”⁴⁴. El Banco Mundial envió en julio de 1949 una misión planificadora que terminó sus labores en el mes de noviembre del mismo año, lo que significa que sus trabajos se desarrollaron en el corto periodo de cuatro meses. Esta Misión elaboró un informe contenido en *Bases de un programa de fomento para Colombia* que se entregó formalmente al presidente Ospina Pérez el 27 de julio de 1950 y cuya conclusión fue la siguiente:

Los problemas que siempre se presentaron y se presentarán en nuestro medio: pobreza, baja productividad, analfabetismo, insalubridad y como todos los documentos de planeación que se han propuesto, presentaba una estrategia o, mejor, un estilo de implementación de instrumentos económicos y políticos prioritarios para combatir los problemas estructurales persistentes en nuestro medio. Los expertos internacionales expresaron en el documento su impresión por la explotación antie-

⁴² *Idem.*

⁴³ *Ibid.*, p. 74.

⁴⁴ Roger Sandilands, *Vida y política económica de Lauchlin Currie*, Bogotá, Legis, 1990, p. 161.

conómica de la tierra cultivable que en Colombia se dedicaba a la ganadería extensiva, mientras en la cordillera, tierra de ladera de menores aptitudes, se efectuaba la siembra de productos esenciales. Asimismo la Misión no estuvo de acuerdo en que el país se embarcara en el establecimiento de una gran empresa siderúrgica como la propuesta por el gobierno para explotar el material ferroso del departamento de Boyacá en la zona de Paz del Río [...]. La huella que dejó el documento de esta Misión en la vida nacional fue la certeza que [sic] el país requería con urgencia crear la estructura administrativa estatal que permitiera cuantificar su actividad económica y el desenvolvimiento de factores diversos que requerían de organizaciones especializadas en encuestas y muestreos estadísticos. Asimismo se vio la necesidad de poseer especialistas nacionales en las técnicas de planificación y política económica⁴⁵.

De este estudio económico surgió una recomendación para mejorar la situación de la administración pública y del Gobierno colombiano plasmada en un informe que en marzo de 1951 Currie entregó al presidente Laureano Gómez, con los pormenores y las reformas que debían atenderse en la rama ejecutiva.

IV. El informe Currie⁴⁶

En marzo de 1950, Currie le pidió al Gobierno nacional que creara una junta o un comité, conformado por miembros de ambos partidos, con el propósito de que hiciera recomendaciones de política pública relacionadas con el contenido de su informe.

Este órgano consultivo recibió el nombre de Comité de Desarrollo Económico y estuvo integrado por un coordinador general, que era Mauricio Obregón, y seis miembros más. Tres de ellos liberales: Martín del Corral, Emilio Toro y Juan Pablo Ortega; y otros tres conservadores: Rafael Obregón, Alfredo García Cadena y Pedro Nel Ospina⁴⁷.

Vale la pena considerar el capítulo XVI del informe, cuyo aspecto central era el planeamiento económico. Allí se estableció que para disponer de información que fuera confiable se debía permitir que al tomar decisiones los órganos decisorios contaran con los elementos de juicio suficientes para hacerlo. Así mismo, se consideró que la organización política para la planeación económica

⁴⁵ Luis Fernando López Garavito, *Intervencionismo de Estado y economía en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 106-107.

⁴⁶ Para la explicación de este numeral seguimos lo planteado en Lauchlin Currie, *Bases de un programa de fomento para Colombia* (2.^a ed.), Bogotá, Fonade, 1988.

⁴⁷ Sandilands, *op. cit.*, pp. 171-172.

no era buena, por lo que se requería de una concentración de autoridad y de responsabilidad.

A partir de esta recomendación se crearon el Servicio Nacional de Estadística y la Oficina de Planeación en 1951 como entes dependientes de la Presidencia de la República que después se convirtieron en el Departamento Administrativo Nacional de Estadística y el Departamento Nacional de Planeación, respectivamente. Ambas instituciones siguen existiendo hasta el día de hoy con competencias que no han variado y que son, en pocas palabras, las de implementar programas y proyectos para lograr el desarrollo económico y social⁴⁸.

Para la Misión, la separación entre las ramas del poder público creaba dificultades en materia de administración, en especial por encontrar que la autoridad y la responsabilidad estaban distribuidas en las tres ramas y por la falta de continuidad que existía en la administración, dado que el presidente no podía ser reelegido para el periodo inmediato⁴⁹.

A lo anterior se sumó el problema relacionado con los empleados públicos, los cuales estaban mal remunerados, no tenían formación técnica y les faltaba la estabilidad de una carrera administrativa. Al respecto, la Misión concluyó que la carencia de empleados bien preparados y la debilidad general en la organización del Gobierno eran factores que imposibilitaban un verdadero desarrollo, partiendo del supuesto de que existía una relación directamente proporcional entre burocracia, entendida como servicio civil o carrera administrativa, y desarrollo. Así, cuanto mejor funcionara el sistema del mérito en la administración, mejor sería el desarrollo económico de un país⁵⁰.

La Misión también determinó que el número de funcionarios que tenían acceso al presidente era excesivo, por lo que ocupaba demasiado tiempo en temas triviales y no dedicaba todas sus energías a las cuestiones trascendentales del Estado. Agregó además la Misión que había una proliferación de dependencias oficiales y semioficiales, lo que daba paso a duplicidad de funciones y a conflictos de jurisdicción, y a la consiguiente deficiencia administrativa.

⁴⁸ López Garavito, *op. cit.*, pp. 107-108.

⁴⁹ Esta limitante está en concordancia con lo estipulado en el Acto Legislativo 3 de 1910, que en su artículo 28 establecía “que el Presidente de la República no es reelegible en ningún caso para el periodo inmediato”. Carlos Restrepo Piedrahita, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 462.

⁵⁰ Peter Evans, *Instituciones y desarrollo en la era de la globalización neoliberal*, Bogotá, ILSA, 2007, pp. 67-96.

Vale la pena recordar que hoy en nuestro país nos regimos por un modelo neoliberal, el cual tiene un prototipo de administración denominado la “nueva gerencia pública”. Éste plantea una reducción del tamaño del Estado hasta convertirlo en un Estado mínimo, de manera que se acaben o privaticen los entes públicos y se reduzcan de forma drástica los empleos públicos con base en la ineficacia e ineficiencia⁵¹. Como vimos, las propuestas de Currie iban por este mismo camino.

Ya en el capítulo XXIX del informe se planteó la necesidad de reformar el Gobierno reagrupando y reorganizando las numerosas dependencias que existían para asegurar una administración más coordinada y consistente, al igual que la urgencia de mejorar las relaciones entre el Gobierno nacional y los gobiernos departamentales y municipales, desde los puntos de vista funcional y financiero. Se sugirió, a partir de la experiencia estadounidense⁵², que se reorganizara la oficina del presidente, unificándola y centralizándola. Para esto se nombró un número adicional de secretarios y asistentes, se creó la Oficina Ejecutiva —a la cual se confió la Oficina de Presupuesto—, la Junta Nacional de Planeación, la Junta de Recursos y el Consejo de Asesores Económicos, con el propósito de darle mayor autoridad y control sobre las operaciones del Gobierno.

Se propuso también la creación de una dependencia de proyección económica a cargo de un director que debía escogerse por méritos personales. Se hizo énfasis en la escasez de cierto tipo de profesionales, como economistas y expertos en estadística, necesarios para la puesta en marcha de algunas de esas dependencias.

Es muy interesante mencionar que al seguir estas recomendaciones de Currie, los gobiernos colombianos crearon una élite de fuerte formación económica a partir de 1966, la cual logró convertirse en una verdadera vanguardia técnica, así se llegó a constituir “el ascenso de los economistas al poder”⁵³.

⁵¹ Joan Prats i Català, “De la burocracia a la gerencia: contribuciones y límites de la Nueva Gestión Pública”, en *De la burocracia al management, del management a la gobernanza: las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo*, Madrid, INAP, 2005, pp. 112-123.

⁵² “En los Estados Unidos, el principio de unidad del ejecutivo choca con el mérito que se busca implementar mediante la profesionalización burocrática. El principio de unidad del ejecutivo ha recibido un gran impulso desde los acontecimientos del septiembre 11 de 2001 como forma de dotar al presidente de todas las competencias necesarias para enfrentar el terrorismo. Sin embargo, en los Estados Unidos [...] el profesor Bruce Ackerman de la Universidad de Yale, por ejemplo, critica, al día de hoy el principio de unidad y añora el establecimiento de una burocracia independiente [...]” Diego López Medina, “El sueño weberiano: claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del estado colombiano”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 31 (2007), pp. 2-42.

⁵³ Jairo Estrada Álvarez, “Élites intelectuales y producción de política económica en Colombia”, en *Intelectuales, tecnócratas y reformas neoliberales en América Latina*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2005, p. 268.

Se sostuvo también en el informe de la Misión que había importantes actividades de la administración de las cuales nadie era responsable, literalmente, por lo que se aconsejaba que se delegaran ciertas actividades a entidades semiindependientes después de un estudio. Como se ve aquí, el propósito de Currie era implementar un modelo de administración pública muy influenciado por el estadounidense en donde los entes semiautónomos surgieron a fines del siglo XVIII, tuvieron su momento de mayor crecimiento en la época del New Deal de Franklin Delano Roosevelt⁵⁴, lograron subsistir a los gobiernos neoliberales y hoy siguen siendo punto de referencia para la creación del derecho administrativo global⁵⁵.

En el informe se estimaba que la administración de ciertas actividades, como la de los ferrocarriles, se pudiera realizar de manera eficiente por medio de una corporación separada al concentrar la responsabilidad y la autoridad administrativa en manos del gerente, quien debía ser responsable ante la Junta Directiva nombrada por el Gobierno⁵⁶.

A partir de esta recomendación, durante la dictadura militar del general Gustavo Rojas Pinilla, se creó en 1954 la empresa denominada Ferrocarriles Nacionales, cuyo propósito era sólo comercial, mientras buscaba unificar el precario sistema ferroviario nacional y crear nueva vías férreas para mejorar el comercio y por ende el desarrollo del país.

Debemos mencionar que la Misión Currie no llegó a tener la trascendencia que hubiera debido, pues la mayoría de sus planteamientos quedó sin ejecutarse.

V. Implementación de las ideas de Currie

Los proyectos de Currie fueron recibidos en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente convocada por Laureano Gómez en 1951, desde donde se pretendió crear un cuarto poder —administrativo— para superar la tradicional tridivisión del poder de Montesquieu. Esto porque la Constituyente entendió que la administración pública desempeñaba un papel por completo diferente al

⁵⁴ Adams, *op. cit.*, pp. 42-44.

⁵⁵ Richard B. Stewart, “El Derecho Administrativo de los Estados Unidos: ¿un modelo para el Derecho Administrativo Global?”, en *Hacia el Derecho Administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global Law, 2016, pp. 203-266.

⁵⁶ Arriba mencionamos que en Estados Unidos en 1887 se dictó la Interstate Commerce Act, norma destinada a regular el sistema de los ferrocarriles y controlar los abusos que se presentaban en el manejo de las tarifas. De esta ley surgirá un ente autónomo conocido como Interstate Commission, a la que se le darán facultades legislativas y judiciales con el fin de regular este importante sector de la economía. André Tunc, *El derecho en Estados Unidos*, Barcelona, Oikos-Tau, 1971, p. 29.

que había desempeñado en el siglo XIX —en el que sólo se dedicó al cuidado de la seguridad personal bajo la más pura expresión del liberalismo económico político— y comprendió que el Estado debía intervenir en la economía, para lo cual era primordial tener un poder administrativo fuerte y semiautónomo de las otras tres ramas del poder⁵⁷.

Otro de los principales aportes laureanistas en materia de derecho administrativo fue la creación de un Consejo Económico Nacional⁵⁸ en la reforma de la Carta Política, “encargado de asesorar al Presidente en asuntos económicos, proyectando planes para la reforma económica, asesorando otras agencias gubernamentales y coordinando las actividades de las comisiones de asesoría extranjera”⁵⁹. La institución de este consejo fue toda una novedad en el proyecto. Con él se quiso afirmar con mucha fuerza el tema de la planeación económica, que también había propuesto Currie.

Como justificación del proyecto del Consejo Nacional Económico se partió del concepto *orden público económico* que, de acuerdo con Abel Naranjo Villegas, correspondía a la situación de acrecentamiento del protagonismo de lo económico en las labores de gobierno, como ocurrió en la época debido al desarrollo que Colombia estaba viviendo⁶⁰. Este consejo se halla, en primer lugar, arraigado a la concepción de poderes indirectos del Estado ejercidos por distintos órganos administrativos. Por ello, en el caso de la reforma, su creación coadyuvó a que el Gobierno actuara y asumiera su responsabilidad para mantener “niveles éticos en las relaciones económicas de los miembros de la sociedad” y para “proveer al eficiente funcionamiento de los poderes económicos del Estado”. En segundo lugar, su creación respondió a la necesidad de un ente que lograra la simplificación de los recursos y la tecnificación de la administración pública⁶¹.

En ese marco también se elaboraron normas para el Consejo Nacional Económico: el número de miembros lo determinaba la ley; su elección le correspondía al Congreso, de acuerdo a las ternas presentadas por el presidente de la República; su periodo era de cuatro años, con renovación parcial cada dos; se

⁵⁷ Abel Naranjo Villegas, *Tradición y reforma constitucional*, Medellín, Imprenta Departamental, 1964, pp. 69-73.

⁵⁸ Seguimos aquí este artículo: Miguel A. Malagón Pinzón y Diego Nicolás Pardo Motta, “Laureano Gómez, la Misión Currie y el proyecto de reforma constitucional de 1952”, en *Criterio Jurídico*, vol. 9, n.º 2 (2009), pp. 7-34.

⁵⁹ James D. Henderson, “El proyecto de reforma constitucional conservadora de 1953 en Colombia”, en *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, n.º 13-14 (1986), p. 266.

⁶⁰ Tal como lo hemos visto en el contexto de la Misión Currie.

⁶¹ Diego Nicolás Pardo Motta, *Laureano Gómez Castro y su proyecto de reforma constitucional (1951-1953)*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, p. 161.

estableció un suplente por cada principal, en caso de falta absoluta o temporal⁶²; los consejeros requerían las mismas calidades que se necesitaban para ser senador por los departamentos⁶³ y no podían seguir ejerciendo su profesión, ni ningún cargo público o privado⁶⁴, y los consejeros desempeñarían las funciones definidas por los reformadores⁶⁵.

También se tuvo en cuenta la sugerencia esbozada de centralizar el poder presidencial, por lo que se procedió a ampliar el periodo del presidente a seis años y a extender las competencias del Ejecutivo frente a los estados de excepción, suprimiendo el visto bueno del Consejo de Estado⁶⁶. Por desgracia, este proyecto de reforma constitucional fue abortado por el golpe de Estado y tuvimos que esperar a las reformas de 1958 y de 1968 para ver plasmado el ideal jurídico del Estado interventor.

En 1953 Laureano Gómez fue derrocado por el General Gustavo Rojas Pinilla, quien estuvo en el poder hasta 1957. De este último gobierno tenemos que resaltar que la planeación de Currie también tuvo manifestaciones importantes. En efecto, en 1954 se crearon las Corporaciones Autónomas Regionales que tomaron como modelo la Corporación Federal del Valle de Tennessee⁶⁷, que se creó en 1933, en pleno desarrollo de la política de intervencionismo estatal

⁶² *Ibid.*, p. 164. “Artículo. Habrá un Consejo Económico Nacional que será integrado por el número de miembros que determine la ley.

”La elección de Consejeros Económicos Nacionales corresponde hacerla a las Cámaras Legislativas, de ternas formadas por el Presidente de la República.

”Los Consejeros Económicos durarán cuatro años y se renovarán parcialmente cada dos. Cada miembro del Consejo Económico tendrá un suplente elegido por las Cámaras en la misma forma que los principales. Los suplentes reemplazarán a los principales en los casos de faltas absolutas o temporales.

”Corresponde al gobierno la designación de Consejeros interinos”.

⁶³ *Idem.* “Artículo. Para ser elegido Consejero Económico y desempeñar el cargo se requieren las mismas calidades exigidas para ser Senador de la República”.

⁶⁴ *Idem.* “Artículo. El cargo de Consejero Económico es incompatible con el desempeño de cualquier otro cargo público o privado con el ejercicio de una profesión”.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 165. “Artículo. Son atribuciones del Consejo Económico:

”1. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos económicos, debiendo ser necesariamente oído en todo aquello que la Constitución o las leyes determinen. Los dictámenes del Consejo Económico no son obligatorios para el Gobierno, salvo el caso del artículo 212.

”2. Preparar los proyectos de ley que tengan finalidades expresamente económicas y proponer las reformas convenientes en los ramos de la economía.

”3. Colaborar con los organismos oficiales de carácter económico en la elaboración de sus proyectos y coordinar las funciones de todos esos organismos.

”4. Coordinar la asistencia técnica extranjera con los diversos organismos nacionales, públicos o privados.

”5. Estudiar y coordinar los proyectos de inversiones de acuerdo con las necesidades del país.

”6. Asesorar al Ejecutivo en la formación del presupuesto de rentas y gastos.

”7. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que la ley determine”.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 90-111.

⁶⁷ Jaime Vidal Perdomo, *Derecho Administrativo*, Bogotá, Legis, 2004, p. 44.

del New Deal de Franklin Delano Roosevelt, como una empresa propiedad del Estado que suministraba un servicio público y buscaba mejorar la situación socioeconómica de la cuenca del río Tennessee.

En 1958 se produjo una muy importante reforma a la administración pública. En ella se plasmó la herencia de Currie en cuanto a la planeación, que se manifestó en la creación de los Departamentos Administrativos de Estadística y Nacional de Planeación, ambos manejados por expertos en la materia⁶⁸. Además se pretendió fortalecer la carrera administrativa con la creación del Departamento Administrativo del Servicio Civil y se expedieron unas normativas sobre el mérito en la Administración⁶⁹. Todo esto también iba por la senda de Currie.

Luego, en 1968 se realizó una reforma constitucional que le dio un desmedido papel a la rama ejecutiva dentro del Estado colombiano y copió de Francia todo el esquema de descentralización por servicios, bajo el cual se definieron en término legales los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta⁷⁰. Se planteó que los primeros prestaran servicios públicos, mientras que los otros competirían con los particulares en la provisión de bienes y servicios; pero los tres quedaron bajo la tutela del sector central. Esta reforma prosiguió con la idea de las superintendencias como entes reguladores⁷¹, importados al país por Kemmerer en 1923^[72], pero sin ningún tipo de personalidad jurídica y formando parte del sector central de la administración⁷³.

Al parecer, con este modelo se crearon unos entes semiautónomos con competencias de prestación o de inspección, vigilancia y control, que no son verdaderos entes reguladores, al menos desde el punto de visto jurídico ni de acuerdo con el modelo de los Estados Unidos.

Será con la entrada en vigor de la Constitución de 1991 que nos acercaremos al referente estadounidense. Con esta nueva carta, por primera vez, adoptamos en el artículo 113 el modelo anglosajón de agencias reguladores independientes, mejor conocido como el de las autoridades administrativas independientes, con

⁶⁸ Eustorgio Sarria, *Esquema de la reforma administrativa en Colombia*, Bogotá, ESAP, 1962, pp. 21-23 y 183-187.

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 25 y 37.

⁷⁰ Diego Younes Moreno, *Las reformas del Estado y de la administración pública*, Bogotá, IEMP, 2012, pp. 124-126.

⁷¹ Jordana, *op. cit.*, p. 212.

⁷² Malagón Pinzón, "El derecho administrativo norteamericano..", *cit.*, pp. 135-148.

⁷³ Decreto-Ley 1050 del 5 de julio 1968, artículo 4.º, en *Diario Oficial*, n.º 32 552, 17 de julio de 1968.

el objetivo de controlar sectores muy técnicos de nuestro sistema político-económico. Entre estos entes encontramos el Banco de la República, la Autoridad Nacional de Televisión, la Comisión Nacional del Servicio Civil, las Corporaciones Autónomas Regionales, los Entes Universitarios Autónomos, la Contraloría, el Ministerio Público y la Organización Electoral. Estos órganos tienen potestad reglamentaria, en algunos casos de carácter sancionador, y se encuentran por fuera del influjo del poder ejecutivo.

Desde 1996 se atribuyeron competencias judiciales primero a la Superintendencia de Sociedades y luego a las más importantes, como la de Industria y Comercio, Financiera, entre otras, permitiéndoles dictar sentencias para solucionar conflictos entre particulares. Estas sentencias se asemejan a las de los jueces civiles del circuito en cuanto pueden apelarse ante los tribunales superiores, es decir, ante la jurisdicción ordinaria y no ante la contenciosa administrativa.

Mención aparte merecen las comisiones de regulación de los servicios públicos, instituciones que nuestra doctrina considera de plena influencia estadounidense y sobre las cuales queremos hacer una precisión. Como hemos visto, las agencias reguladoras en Estados Unidos tienen competencias reglamentarias, no pertenecen al poder ejecutivo y el presidente no tiene discrecionalidad para cambiar a sus miembros, mientras que en Colombia estos entes no tienen competencia reguladora sino reglamentaria, es decir, administrativa, pues la Corte Constitucional les cercenó esta potestad⁷⁴; además, tienen la naturaleza jurídica de las unidades administrativas especiales en cuanto son entidades descentralizadas por servicios y, por último, sus miembros son de libre nombramiento y remoción del poder central. En otras palabras, lo único que se hizo con estas comisiones de regulación fue copiar su nombre de los anglosajones, ya que estos entes operan en el más pleno esquema francés con muy poca autonomía de la Administración Central.

Asimismo hay que resaltar a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, pues por atribuciones de la Ley 1341 del 2009 asumió competencias cuasijudiciales para

[r]esolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Ningún acuerdo

⁷⁴ Ricardo Hoyos Duque, “Las comisiones de regulación en Colombia”, en *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, vol. 2, Madrid, Civitas, 2003, pp. 1403-1419.

entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención reguladora, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así como el principio de la libre competencia⁷⁵.

Esto significa que al igual que las superintendencias mencionadas, este ente asumió funciones de juez. Lo más paradójico es que ni siquiera tiene personalidad jurídica, es decir, su grado de autonomía respecto del poder central es prácticamente nulo.

En el gobierno de Juan Manuel Santos hemos tenido la última reforma a la administración pública. En ella se ha seguido teniendo un modelo francés de descentralización, pero con nuevos entes de nombres angloamericanos, o agencias, aunque su naturaleza, en la mayoría de los casos, de nuevo, es la de unidades administrativas especiales. Estos organismos pertenecen al Ejecutivo y tanto el presidente como los ministros tienen plena injerencia en ellos. Como ejemplos de estos encontramos la Agencia Nacional de Minería, la Agencia Nacional para la Superación de la Pobreza Extrema, la Agencia Nacional de Contratación Pública, la Agencia Nacional de Infraestructura⁷⁶.

REFERENCIAS

Adams, John Clarke, *El derecho administrativo norteamericano*, Buenos Aires, Eudeba, 1964.

Banco de la República, “Casa de Moneda-Colección numismática del Banco de la República”. Disponible en [<http://www.banrepcultural.org/museos-y-colecciones/casa-de-moneda>].

Barrera Zapata, Rolando, *La política y la administración pública*, México D. F., Porrúa, 2012.

Bermejo Cabrero, José Luis, “Superintendencias en la hacienda del antiguo régimen”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.º 54 (1984).

Carbonell, Eloísa y José Luis Muga, *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Barcelona, Marcial Pons, 1996.

⁷⁵ Congreso de la República, Decreto 1341 del 30 de julio del 2009, artículo 22, numeral 9, en *Diario Oficial*, n.º 47 426, 30 de julio del 2009.

⁷⁶ Younes Moreno, *op. cit.*, pp. 667-673.

- Comadrán Ruiz, Jorge, “La Real Ordenanza de Intendentes de 1782 y las declaraciones de 1783. Antecedentes franceses y españoles”, en *Estudios sobre la Real Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1995.
- Congreso de la República, Decreto 1341 del 30 de julio del 2009, en *Diario Oficial*, n.º 47 426, 30 de julio del 2009.
- Currie, Lauchlin, *Bases de un programa de fomento para Colombia* (2.^a ed.), Bogotá, Fonade, 1988.
- Decreto-Ley 1050 del 5 de julio de 1968, en *Diario Oficial*, n.º 32 552, 17 de julio de 1968.
- Escobar, Arturo, *La invención del Tercer Mundo: construcción y deconstrucción del desarrollo*, Bogotá, Norma, 1996.
- Estrada Álvarez, Jairo, “Élites intelectuales y producción de política económica en Colombia”, en *Intelectuales, tecnócratas y reformas neoliberales en América Latina*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- Evans, Peter, *Instituciones y desarrollo en la era de la globalización neoliberal*, Bogotá, ILSA, 2007.
- Fernández Quiñones, Demetrio, *Derecho administrativo y Ley de procedimiento administrativo uniforme*, Bogotá, Forum, 2001.
- Freedman, James, *Crisis y legitimidad: el proceso administrativo y el gobierno de los Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.
- García Gallo, Alfonso, “Sobre las intendencias en Indias”, en *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho Indiano*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1987.
- García Trobat, Pilar y Jorge Correa Ballester, “Centralismo y administración: los intendentes borbónicos en España”, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 26, n.º 1 (1997).
- Garrido, Margarita, *Reclamos y representaciones: variaciones sobre la política en el Nuevo Reino de Granada, 1770-1815*, Bogotá, Banco de la República, 1993.
- Gómez, Laureano, *Interrogantes sobre el progreso de Colombia: conferencias dictadas en el Teatro Municipal de Bogotá*, Bogotá, Populibro, 1970.

- Goodnow, Francisco Johnson, *Derecho administrativo comparado: análisis de los sistemas administrativos de los Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Alemania*, Madrid, La España Moderna, 1900.
- Henderson, James D., “El proyecto de reforma constitucional conservadora de 1953 en Colombia”, en *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, n.º 13-14 (1986).
- Hernández García, José Ángel, *La Guerra Civil española y Colombia: influencia del principal conflicto de entreguerras en Colombia*, Bogotá, Universidad de La Sabana, 2006.
- Hespanha, Antonio Manuel, *História das Instituições: épocas medieval e moderna*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982.
- Hoyos Duque, Ricardo, “Las comisiones de regulación en Colombia”, en *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, vol. 2, Madrid, Civitas, 2003.
- Iriarte, Alfredo, *Historias en contravía*, Bogotá, Planeta, 1995.
- Jordana, Jacint, “El desarrollo del Estado regulador en Chile”, en *Gobernanza, Instituciones y Desarrollo. Homenaje a Joan Prats*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- Kamen, Henry, “El establecimiento de los intendentes en la administración española”, en *Hispania: Revista Española de Historia*, n.º 95 (1964).
- Kingsbury, Benedict y Stephan Schill, “El arbitraje de inversión como sistema de gobernanza: el trato justo y equitativo, el test de proporcionalidad y el emergente derecho administrativo global”, en *Hacia el derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global Law, 2016.
- König, Hans-Joachim, *En el camino hacia la nación: nacionalismo en el proceso de formación del estado y de la nación de la Nueva Granada, 1750 a 1856*, Bogotá, Banco de la República, 1994.
- López Garavito, Luis Fernando, *Intervencionismo de Estado y economía en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.
- López Medina, Diego, “El sueño weberiano: claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del estado colombiano”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 31 (2007).

- Malagón Pinzón, Miguel A., “El derecho administrativo norteamericano y su huella en Colombia”, en *Revista Letras Jurídicas*, vol. 11 (2006).
- Malagón Pinzón, Miguel A., *Los modelos de control administrativo en Colombia (1811-2011)*, Bogotá, Uniandes, 2012.
- Malagón Pinzón, Miguel A. y Fernando Brito Ruiz, “Influencia del derecho administrativo norteamericano en nuestra administración pública, las misiones Kemmerer y Currie”, en *Teoría de la organización administrativa colombiana: una visión jurídico-administrativa*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005.
- Malagón Pinzón, Miguel A. y Diego Nicolás Pardo Motta, “Laureano Gómez, la Misión Currie y el proyecto de reforma constitucional de 1952”, en *Criterio Jurídico*, vol. 9, n.º 2 (2009).
- Martínez, María Salvador, *Autoridades independientes: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Barcelona, Ariel, 2002.
- McSherry, Patrice, *Los estados depredadores: la Operación Cóndor y la guerra encubierta en América Latina*, Montevideo, Banda Oriental, 2009.
- Miramón, Alberto, *El secreto del virrey fraile*, Bogotá, Librería Siglo xx, 1944.
- Molano Bravo, Alfredo, “Limpios y Comunes”, en *El Espectador*, 1.º de junio del 2014.
- Molano Bravo, Alfredo, *Los años del tropel: crónicas de la violencia*, Bogotá, Punto de Lectura, 2006.
- Morazzani de Pérez Enciso, Gisela, *La intendencia en España y en América*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1960.
- Naranjo Villegas, Abel, *Tradición y reforma constitucional*, Medellín, Imprenta Departamental, 1964.
- Navarro García, Luis, *Las reformas borbónicas en América: el plan de intendencias y su aplicación*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1995.
- Nullvalue, “Uno de los estrategas de la economía colombiana acusan a Lauchlin Currie de haber sido espía ruso”, en *El Tiempo*, 25 de octubre de 1990. Disponible en [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1663>].

- Pardo Motta, Diego Nicolás, *Laureano Gómez Castro y su proyecto de reforma constitucional (1951-1953)*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008.
- Phelan, John Leddy, *El pueblo y el rey: la revolución comunera en Colombia, 1781*, Bogotá, Carlos Valencia, 1980.
- Piccoli, Guido, *El sistema del pájaro: Colombia, paramilitarismo y conflicto social*, Bogotá, ILSA, 2008.
- Pietschmann, Horst, “Antecedentes españoles e hispanoamericanos de las intenciones”, en *Anuario de Estudios Americanos*, tomo XL (1983).
- Prats i Català, Joan, “De la burocracia a la gerencia: contribuciones y límites de la Nueva Gestión Pública”, en *De la burocracia al management, del management a la gobernanza: las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo*, Madrid, INAP, 2005.
- Restrepo Piedrahita, Carlos, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Rojas, Diana Marcela, *El Plan Colombia: la intervención de Estados Unidos en el conflicto armado colombiano (1998-2012)*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2015.
- Sánchez Bella, Ismael, “Las reformas en Indias del secretario de Estado José de Gálvez (1776-1787)”, en *Derecho y administración pública en las Indias hispanicas*, vol. II, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2002.
- Sandilands, Roger, *Vida y política económica de Lauchlin Currie*, Bogotá, Legis, 1990.
- Sarria, Eustorgio, *Esquema de la reforma administrativa en Colombia*, Bogotá, ESAP, 1962.
- Schwartz, Bernard, *Le droit administratif américain: notions générales*, París, Sirey, 1952.
- Skladowska, Bárbara, *Los nombres de la patria en la guerra de Correa, 1951-1953: ocaso de un mito*, Bogotá, Uniandes, 2007.
- Stewart, Richard B., “El Derecho Administrativo de los Estados Unidos: ¿un modelo para el Derecho Administrativo Global?”, en *Hacia el Derecho Administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global Law, 2016.

Tirado Mejía, Álvaro, *Aspectos políticos del primer gobierno de Alfonso López Pumarejo, 1934-1938*, Bogotá, Planeta, 1995.

Tunc, André, *El derecho en Estados Unidos*, Barcelona, Oikos-Tau, 1971.

Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho Administrativo*, Bogotá, Legis, 2004.

Vidal Sales, José Antonio, *Crónica íntima de las reinas de España: lo que nunca se ha dicho de las soberanas de la Casa de Borbón*, Madrid, Planeta, 1993.

Younes Moreno, Diego, *Las reformas del Estado y de la administración pública*, Bogotá, IEMP, 2012.

El Estado regulador en Colombia
se terminó de imprimir
y encuadernar en octubre del 2016
en Bogotá, D. C., Colombia.

Se compuso en la fuente Garamond
de cuerpo 11 puntos.

