

ANÍBAL RAFAEL ZÁRATE*

CAMILO PERDOMO VILLAMIL**

*Relaciones peligrosas: corrupción
y captura del regulador por grupos de intereses*

RESUMEN

La captura del regulador, antecedida de actos de corrupción, implica que se desvía del logro de equilibrios al interior de los dispositivos económicos y sociales en los cuales está llamado a intervenir. No solamente son corruptos los medios que se emplean para capturar al regulador, sino que, además, el producto regulatorio que luego adopta, al anteponer intereses específicos al interés general, constituye en sí mismo un acto de corrupción. Pero, ¿podemos aceptar la idea según la cual toda relación cercana entre el regulador y grupos de intereses es peligrosa? La participación de particulares en los procesos de decisiones públicas es un factor de legitimidad que insta al cumplimiento de la norma regulatoria. Más que aislar al regulador del sector regulado, se busca demostrar cómo, desde consideraciones orgánicas y de arquitectura de los reguladores, es posible potencializar los beneficios provenientes de la colaboración de los administrados sin aumentar el riesgo de captura.

PALABRAS CLAVE

Corrupción, captura del regulador, grupos de intereses, diseño institucional, factores de nivelación (*equalizing factors*), puerta giratoria, democracia participativa.

INTRODUCCIÓN

La captura del regulador por grupos de intereses públicos y privados es un fallo¹ en la actividad de regulación económica a cargo del Estado².

* Doctor en Derecho de la Universidad París 2, Panthéon-Assas; docente investigador del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: <anibal.zarate@uexternado.edu.co>.

** Candidato a Doctor en ciencias jurídicas por la Universidad de Bolonia; docente investigador del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: <camilo.perdomo@uexternado.edu.co>.

1 Desde la teoría económica hay un fallo en la función de regulación cuando la intervención estatal lleva a una asignación ineficiente de los recursos o incrementa las asimetrías y otras fallas de mercado; cfr. JOSEPH STIGLITZ, “Regulación y fallas”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 12, n.º 23, p. 14. A su vez, las fallas de mercado que la medida regulatoria busca corregir conllevan perjuicios, usualmente en términos de pérdida de valor; cfr. ION BUCUR, “The State and Market

Si la misión de los órganos encargados de su organización es actuar sobre los diferentes dispositivos presentes en los mercados con el fin de alcanzar equilibrios entre rentabilidad, libre competencia y otros imperativos de interés general que estos no pueden lograr por sí mismos³, el fenómeno de captura

-
- Failures”, *Manager*, Bucharest, University of Bucharest, n.º 8, 2008, p. 47; CARLOS E. RODRÍGUEZ, “Las fallas del mercado”, Universidad Católica de Argentina. Disponible en <<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/fallas-mercado-carlos-rodriguez.pdf>>; entre las causas de los fallos regulatorios están también la ausencia de datos sobre los efectos de las medidas adoptadas, usualmente derivadas de asimetrías en la información que maneja el regulador, y aquella producida en el sector regulado; cfr. JEFFREY T. MACHER, JOHN W. MAYO y JACK NICKERSON, “Regulator Heterogeneity and Endogenous Efforts to close the Information Asymmetry Gap”, *J.L. & Econ.*, 54, 2011, p. 21; o la captura del regulador por el poder político, cuyas decisiones estarían motivadas por intereses que median entre períodos electorales, esto es, por decisiones a corto plazo y basadas en una eficiencia estática que puede resultar en ciertos casos incompatible con una dinámica; cfr. NINA A. MENDELSON, “Disclosing ‘Political’ Oversight of Agency Decision Making”, *Mich. L. Rev.*, 108, 2010, 1127. *Contrario sensu*, una supervisión centralizada de la regulación se estima clave para minimizar los costos de la regulación en NICHOLAS BAGLEY y RICHARD L. REVESZ, “Centralized Oversight of the Regulatory State”, *Colum. L. Rev.*, 106, 2006, p. 1260. Esta “pandemia” (cfr. KEITH CUNNINGHAM-PARMETER, “A Poisoned Field: Farmworkers, Pesticide Exposure, and Tort Recovery in an Era of Regulatory Failure”, *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change*, 28, 2004, p. 431) se manifiesta cuando el órgano regulador se aparta del marco de actuación fijado por el legislador (cfr. ZACHARY J. F. KOLODIN, “Standing to Challenge Regulatory Failure in the age of Preemption”, *N.Y.U. Envtl. L.J.*, 22, 2015, p. 167), aunque no siempre los fallos en la regulación son impopulares, como sucede con medidas proteccionistas de mano de obra y sectores productivos nacionales (LARRY M. BARTELS, “Elections in America”, *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.*, 667, 2016, p. 36).
- 2 Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003. Como actividad, la regulación hace parte de “un conjunto de actividades particulares, disímiles entre sí, pero diversas de aquellas generales del Estado y particulares propias de la función judicial y legislativa, que dan desarrollo directo a las finalidades del Estado, consagradas de manera positiva en la Constitución Política”, y que constituyen el objeto del derecho administrativo, ALBERTO MONTAÑA, *Fundamentos de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado, 2010, p. 124. Se trata de una tarea compleja, y las autoridades a las cuales se confía ejercen diferentes tipos de poderes con una larga libertad en relación o incluso más allá de los cánones legales, lo que plantea serios problemas jurídicos si procuramos interpretar esta actividad en el ámbito del derecho administrativo tradicional, SUZANA TAVARES DA SILVA, “La regulación económica como materia del nuevo derecho administrativo”, *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho administrativo*, Madrid, Iustel, Universidad de Córdoba, 2012.
 - 3 A partir de la definición de GÉRARD MARCOU, según la cual la regulación es una función del Estado tendiente a producir equilibrios entre dispositivos económicos y no económicos; cfr. GÉRARD MARCOU, “La notion juridique de régulation”, *AJDA*, París, Dalloz, 2004, p. 347. Para la Corte constitucional la regulación está llamada a producir efectos en los dispositivos económicos y sociales sobre los cuales interviene; cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003. Desde el derecho privado, MARIE-ANNE FRISON-ROCHE la define como “l’appareillage juridique qui crée et maintient des équilibres dans des secteurs spécifiques qui ne peuvent les créer ou maintenir par leur propre force, cet équilibre s’établissant le plus souvent entre un principe de concurrence

del regulador rompe con esta ecuación, al anteponer intereses específicos a aquel general que persigue la actividad regulatoria⁴.

Como función, la regulación expresa la idea de una mutación de las actuaciones económicas de los actores públicos⁵. Esta acepción de la regulación no solo cuestiona la representación que se tiene del Estado⁶, sino que, además, en el campo del derecho, suscita una serie de interrogantes alrededor de su naturaleza⁷. La indeterminación del criterio funcional de

et des principes a-concurrentiels ou anticoncurrentiels”; cfr. MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, “Le couple ex ante-ex post, justification d’un droit propre et spécifique de la régulation”, en *Les engagements dans les systèmes de régulation*, París, Presses de Sciences Po/Dalloz, 2006, p. 37.

- 4 La regulación es clave para mejorar incentivos a las eficiencias y promover una reasignación de recursos en una economía social de mercado como Colombia; cfr., por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencias C-228 de 2010 y C-263 de 2013. Bajo este concepto, el Estado tiene deberes en dos aspectos definidos: de un lado, está llamado a proteger y dar garantías a un mercado libre y competitivo, donde los diferentes agentes que ofrecen bienes y servicios puedan concurrir equitativamente y, de otro, debe corregir las imperfecciones de ese mercado, pero no solamente en lo que refiere a la promoción de la libre competencia, sino especialmente frente a la vigencia de los derechos fundamentales de las personas, los cuales están necesariamente atados a las situaciones de mercado; cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-837 de 2013. Cuando ocurre el fenómeno de captura, las decisiones de la autoridad de regulación dejan de ser eficientes en función de las consecuencias distributivas que tengan, con el fin de favorecer los intereses de grupos de presión influyentes en el proceso de toma de decisiones (*decision-making process*); LUIS ARROYO JIMÉNEZ, “Fallas en la intervención pública”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 130, 2005, p. 210. Fallos que también pueden consistir en graves omisiones del regulador, como lo sugieren las crisis en mercados financieros, cfr. MICHAEL C. NISSIM-SABAT, “Capturing this Watchdog? The Consumer Financial Protection Bureau Keeping the Special Interests out of its House”, *W. St. U. L. Rev.*, 40, 2012, p. 1; S. T. OMAROVA, “Bankers, Bureaucrats, and Guardians: Toward Tripartism in Financial Services Regulation”, *J. Corp. L.*, 37, 2012, p. 62.
- 5 Ciertos autores ven incluso la regulación como “una misión general del Estado en la economía”; cfr. SOPHIE NICINSKI, *Droit public des affaires*, París, Montcherstien, 2.ª ed., 2010. El Estado no es por ende ni liberal, puesto que interviene en la economía, ni intervencionista, puesto que su acción *sobre* la economía está limitada; cfr. en el mismo sentido, Corte Constitucional, Sentencia C-1041 de 2007.
- 6 Los análisis jurídicos se unen a aquellos en ciencia política y ciencia administrativa que buscan demostrar la aparición de un *Estado regulador* posterior al Estado gendarme y al Estado providencia, encargado de mantener grandes equilibrios económicos y sociales. JACQUES CHEVALLIER va más allá, ubicando la existencia de ese “Estado regulador” en el marco de las reflexiones del “Estado postmoderno”. Se trata de un nuevo modelo de Estado cuya función consiste en mantener la cohesión social y arbitrar el juego económico; cfr. JACQUES CHEVALLIER, “L’État régulateur”, *Régulation économique et démocratie*, París, Dalloz, 2006, p. 17.
- 7 Mientras que parte de la doctrina confiere una especificidad a la regulación respecto de la policía administrativa (GÉRARD MARCOU, “L’ordre public économique aujourd’hui. Un essai de redéfinition”, *Annales de la régulation*, IRJS éditions, 2, 2009, p. 96), otros autores encuentran que la primera es solo una forma de la segunda (cfr. GEORGES DUPUIS, MARIE-JOSÉ GUEDON y PIERRE CHRISTIEN, *Droit administratif*, 10.ª ed., París, Sirey, 2007, p. 505; PIERRE DEVOLVÉ, *Droit public*

la regulación, y los escasos desarrollos de las autoridades encargadas de su arreglo⁸, no permiten que el término *regulador* disponga aún, en el derecho nacional, de un alcance teórico del que se pueda deducir un criterio orgánico de la regulación. Comparativamente, en el derecho francés la aparición de la noción de *autoridad de regulación*, a partir de la incapacidad de categorías tradicionales de organismos administrativos para adelantar dicha función⁹, sigue un proceso de evolución de la mano del derecho y de la teoría económica, para reforzar su independencia del ejecutivo y sus poderes de intervención *ex ante* y *ex post*¹⁰; haciendo posible su identificación como

de l'économie, París, Dalloz, 1998, p. 42; YVES GAUDEMET, *Droit administratif*, París, LGDJ, 2005, pp. 389-391). También divide a la doctrina saber si la regulación es una función transitoria o permanente. Quienes ven la regulación como una función exclusivamente económica tienden a considerar que su fin es crear condiciones de competencia en sectores que, como las industrias en redes, se encontraban en situación de monopolio, por lo que con el tiempo las normas regulatorias deben reemplazarse por las de competencia (LAURENT RICHIER, "Droit d'accès et service public", *AJDA*, 2006, p. 74; YVES GAUDEMET, "La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction", en *Régulation. Nouveaux modes? Nouveaux territoires?*, RFAP, n.º 109, 2004, pp. 13-16; LUCIEN RAPP, "Le droit des communications entre réglementation et régulation", *AJDA*, pp. 2047-2058). A su vez, quienes ven la regulación como una función más allá de lo económico, concluyen que esta es permanente en ciertos sectores, pero transitoria en otros (MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, "Le couple ex ante-ex post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation", cit., pp. 33-48); o que es un elemento de cohesión social que no puede sustituirse (JACQUES CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 17; GÉRARD MARCOU, "La notion juridique de régulation", cit., p. 347). La indeterminación del campo de aplicación de la regulación lleva a calificar impropriamente el derecho de la competencia como regulación *transversal* o *general*, por oposición a la regulación *sectorial* o *especial* (entre muchos ejemplos, cfr. S. NICINSKI, "L'autorité de la concurrence", *RFDA*, 2009, p. 1239; LAURENCE BOY, "Le droit de la concurrence: régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence", *JCP G*, pp. 1733-1738; MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, "Définition du droit de la régulation économique", en *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, París, Presses de Science Po/Dalloz, 2004, p. 7-14).

8 Los trabajos por lo general se interesan en la actividad (C. PERDOMO, *Regulación económica: caracterización y control*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014), o en los instrumentos de la regulación (HUGO MARÍN, "'Norma regulatoria': ¿mito o realidad?", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 3, 2010, p. 31). Sin embargo, aquellas obras que tratan del regulador se detienen en una descripción de sus órganos de dirección (LORENZO VILLEGAS, "La Ley de TIC y la regulación de las telecomunicaciones: la Comisión de Regulación de Comunicaciones", en *Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-TIC*, 2010, pp. 505-539), o constituyen un examen de las funciones que realiza (JULIÁN PIMIENTO, "Regulación. Análisis desde las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, *Revista digital de Derecho administrativo*, 9, 2013, pp. 15-44).

9 Posición de la doctrina del Consejo de Estado francés; *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public, 2001, p. 387; cfr. también, CATHERINE TEITGEN-COLLY, "Les instances de régulation et la Constitution", *RDJ*, 1990, p. 155.

10 El refuerzo de la independencia resulta de una extensión de sus garantías por el derecho europeo

órgano de la administración¹¹, con características de independencia¹², y funciones normativas y contenciosas de la administración, encaminadas al logro de equilibrios entre la búsqueda de eficacia económica y la ejecución de políticas públicas¹³.

Referirse al criterio orgánico de la regulación conlleva indiscutiblemente ubicar al *regulador* en un extremo de la relación jurídica, por lo que la eficacia de su actividad¹⁴ no está determinada en relación con un ideal abstracto, sino a partir de criterios que faciliten el logro de los fines que le han sido encomendados. Desde ese enfoque, el éxito de las reformas tendientes a asegurar una mayor calidad regulatoria a largo plazo¹⁵ depende de la puesta en funcionamiento de organizaciones adecuadas¹⁶. El problema consiste,

y el derecho derivado, ROMAIN RAMBAUD, *L'institution juridique de régulation*, París, L'Harmattan, thèse, 2012, pp. 591-593.

- 11 Como es definida por el artículo 39 de la Ley 489 de 1998; de manera que no hacen parte de nuestro objeto de estudio los eslabones intermedios entre el ambiente institucional y los diferentes dispositivos que enmarcan las transacciones particulares o “micro-instituciones” (CLAUDE MÉNARD, “From Technical Integrity to Institutional Coherence: Regulatory Challenges in the Water Sector”, en *Regulation, Deregulation, Reregulation, Institutional Perspectives. Advances in New Institutional Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, Edward Elgar, 2009, pp. 83-108), como los dispositivos de auto-regulación.
- 12 Por lo general, se trata de una independencia frente al ejecutivo, ocupando menor atención de la doctrina la independencia del legislador. LISA SCHULTZ-BRESSMAN, “Procedures as Politics in Administrative Law”, *Colum. L. Rev.*, 107, 2007, p. 1749.
- 13 R. RAMBAUD, *op. cit.*, p. 637.
- 14 Para la economía neo-institucional el interés no recae únicamente en la eficacia en la asignación de recursos, sino que también incluye la eficiencia de la organización. A su vez, desde el derecho de la organización, “se trata de reconocer que la organización del Estado encuentra una justificación que va más allá de la mera aglutinación de recursos financieros, materiales y humanos para el adecuado adelanto de una actividad, pues cada vez que se decide crear una estructura se genera, en palabras de la doctrina, un espacio en el que se presenta una integración de situaciones jurídicas diversas que se ven representadas en un conjunto de competencias, potestades, derechos y obligaciones”; cfr. JORGE IVÁN RINCÓN, “Límites orgánicos de la responsabilidad del Estado”, en ANDRÉS OSPINA (ed.), *La responsabilidad extracontractual del Estado. XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 127-162.
- 15 Como un fin al que compelen organismos internacionales, la calidad regulatoria hace referencia a la capacidad del gobierno para formular e implementar regulaciones que permitan alcanzar eficiencias económicas en los mercados, cfr. BERNARDO CARVAJAL, ¿Cómo asegurar calidad regulatoria?, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 9, 2013, p. 45.
- 16 Parte de la doctrina divide el proceso decisorio de las autoridades de regulación (*decision-making process*) en dos etapas: una de concepción institucional (*institutional design stage*) y otra de ejecución de políticas o de toma de decisiones en sentido estricto (*policy-making stage*); cfr. MATTHEW C. STEPHENSON, “Optimal Political Control of Bureaucracy”, *Mich. L. Rev.*, 107, 2008, p. 66. Pese a que la presente investigación se concentra en la primera de esas dos etapas, se incluyen tam-

entonces, en encontrar una “buena estructura de gobernanza”¹⁷ a través de una articulación de organismos administrativos con la cadena de *módulos técnico-económicos*¹⁸ y el ambiente institucional. De esa manera se pretende legitimar a los *reguladores*, expuestos al oportunismo gubernamental y al clientelismo político, como lo denuncian las construcciones intelectuales que identifican el proceso de toma de decisiones públicas como un mercado¹⁹ en el que los agentes que intervienen luchan por asegurar intereses individuales. Por tanto, ese proceso sería ineficiente al producir reglamentaciones de calidad insuficiente. De ahí que sea necesario aislar a las autoridades de regulación del político²⁰, medida que no necesariamente disminuye el riesgo de captura por los grupos de intereses.

En las relaciones que mantienen los administrados y la autoridad de regulación se espera precisamente que los primeros se organicen²¹ con el fin de ejercer una influencia durante la decisión de un asunto determinado.

bien reflexiones acerca del proceso de toma de decisiones, para justificar elementos en el diseño institucional del regulador que disminuyan el riesgo de captura, pero sin afectar la participación de grupos de intereses.

17 R. RAMBAUD, *op. cit.*, p. 561.

18 *Ibid.*

19 Respecto de los fallos de la regulación y la escuela de Virginia (*Public Choice*), cfr. JULI PONCE-SOLÉ, “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones”, *RAP*, 163, 2003, p. 89-144.

20 Cfr. HUBERT DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, énergie et postes*, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2008, p. 31. La aparición de autoridades independientes en Europa continental no resulta directamente de las directivas de liberalización de los años ochenta, puesto que estas exigían únicamente la imparcialidad del regulador. Sin embargo, las directivas recientes tienden a consagrar el ejercicio exclusivo de competencias regulatorias *ex ante* y *ex post* en un solo organismo dotado de garantías de independencia del ejecutivo. Es el caso de la directiva 2009/140/CE, relativa al marco regulador común de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, o la directiva 2009/72/CE, sobre las reglas comunes para el mercado interno de electricidad. En comparación con el caso colombiano se observa la concentración de funciones tratándose de la autoridad de competencia (art. 6.º, Ley 1341 de 2009, con pocas excepciones), pero no de las comisiones de regulación (p. ej., la Comisión de Regulación de Comunicaciones solo es competente para imponer las multas a los operadores por no proporcionar la información requerida para el ejercicio de sus funciones, Ley 1341 de 2009, art. 22, num. 19). Ni superintendencias, ni autoridades de regulación son autoridades independientes del ejecutivo, cfr. *infra* p. 181.

21 La libertad de asociación y el derecho de petición, consagrados constitucionalmente como derechos fundamentales, facultan a los administrados a unirse y dirigir a cualquier autoridad del Estado quejas, solicitudes de información o el reconocimiento de un derecho; cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2011.

Asimismo, es deber del regulador escuchar a esos particulares y tener en cuenta las preocupaciones legítimas que presentan a través de los grupos que constituyen para representar sus intereses²², por lo que no es posible anular una regulación válidamente adoptada por el hecho de que uno de los miembros del órgano de decisión colegiado, cuyo voto es necesario para la expedición de la regulación, sea vocero designado ante el regulador de los intereses que se favorecen con la medida regulatoria²³. Por consiguiente, se puede hablar de captura en situaciones donde se ejercen influencias indebidas sobre la autoridad de regulación por grupos de intereses²⁴, sean estos públicos²⁵, o pertenecientes a la industria regulada²⁶, como cuando el regulador, en calidad de agente de un principal, que por lo general es el Congreso²⁷,

22 ALAN S. GUTTERMAN, “Preparation for Implementation of a New Design Concept, Pressure Group. Principal Relationship”, *Business Transactions Solutions* § 325:43, Thomson Reuters, 2017 (update), p. 1.

23 Puesto que el legislador quiso que esos intereses tuvieran representación en el colegio de la autoridad; United States Court of Appeals, Fifth Circuit, *Cook vs. Ochsner Foundation Hospital*, 559, F.2d, 968 (1977), “A regulation, duly issued by Secretary, cannot be deemed invalid merely because one of members of a body whose approval was necessary carried out the purpose of statute by favoring measures beneficial to pressure groups of which he was designated spokesman”.

24 GERARD CAPRIO JR., “Regulatory Capture: Why it Occurs, how to Minimize it”, *N.C. Banking Inst.*, 18, 2013, p. 42.

25 Para MARK SEIDENFELD los grupos de intereses públicos son aquellos formados por individuos que comparten intereses más difusos que aquellos propios de las industrias reguladas; cfr. MARK SEIDENFELD, “Empowering Stakeholders: Limits on Collaboration as the Basis for Flexible Regulation”, *Wm. & Mary L. Rev.*, 41, 2000, p. 411.

26 A veces referidos como grupos de intereses corporativos, VIKRAMADITYA S. KHANNA, “Corporate Crime Legislation: A Political Economy Analysis”, *Wash. U. L.*, 82, 2004, p. 95.

27 PER J. AGRELL y AXEL GAUTIER, “A Theory of Soft Capture”, 2012. Disponible en <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2077661>>, consultada el 20 de diciembre de 2016; sobre la teoría del principal agente, cfr. JEAN-BERNARD AUBY, “Droit administratif et démocratie”, en *Régulation économique et démocratie*, cit., p. 17. Un problema que aborda esta teoría es el de la contradicción entre los objetivos y aspiraciones del regulador y las preferencias del Congreso. Esta oposición puede resultar de asimetría entre la información que tiene el principal y la que maneja su agente, o bien de deficiencias en el diseño y funcionamiento de la autoridad de regulación. La captura del regulador por el sector regulado sería consecuencia tanto de una inadecuada arquitectura y/o actividad del ente regulador, como de un fraude en la transmisión de datos por grupos de intereses; MATHEW McCUBBINS y THOMAS SCHWARTZ, “Congressional Oversight Overlooked: Policy Patrols vs. Fire Alarms”, *Am. J. P.S.*, 28, 1984, pp. 165-179; en comparación con el caso colombiano, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la regulación requiere la intervención de dos ramas del poder público: de un lado el legislador, que fija el marco general de la regulación, y de otro una autoridad administrativa encargada de su organización y aplicación; cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003.

actúa o se abstiene de hacerlo²⁸ en contra de los intereses que este último le ha delegado, rindiéndose así a compromisos adquiridos con grupos de presión²⁹. En la mayoría de los modelos de captura estos grupos instan al regulador a una conducta, sea a través de intimidaciones o de estímulos, como sobornos, primas o eventos de puerta giratoria³⁰, que representan la idea de “un intercambio de favores entre el órgano de regulación y los grupos de intereses”³¹ y, en esa medida, constituyen actos de corrupción.

De hecho, son varias las definiciones de corrupción acuñadas por organizaciones internacionales comprometidas con su erradicación, en las que el empleo del poder para desviar la gestión pública hacia un beneficio particular aparece como el elemento común³². En derecho nacional el documento

28 “Agency inaction”; cfr. RICHARD L. REVESZ, “Regulatory Review, Capture, and Agency Inaction”, *Geo. L.J.*, 101, 2013, p. 1337. En el derecho estadounidense es posible citar el caso de los créditos NINJA (*No Income, No Job or Assets*), los cuales no requerían documentación del solicitante para ser otorgados. A pesar de las señales de alerta que estos créditos despertaban —y cuyos efectos se hicieron sentir en la crisis de 2008—, de conocimiento de los reguladores sectoriales, no se tomaron las medidas correspondientes; cfr. G. CAPRIO JR., *op. cit.*, p. 41; o incluso a través de intercambios más sutiles, como el uso excesivo de información y los costos asociados a la misma para influir en las decisiones durante procedimientos informales de confección de reglas (*rulemaking*). Esta *information capture* se manifiesta concretamente en “a continuous barrage of letters, telephone calls, meetings, follow-up memoranda, formal comments, post-rule comments, petitions for reconsideration, and notices of appeal from knowledgeable interest groups over the life cycle of a rulemaking [which] can have a ‘machine-gun’ effect on overstretched agency staff”. W. E. WAGNER, “Administrative Law, Filter Failure, and Information Capture”, *Duke L.J.*, 59, 2010, p. 1321.

29 P. J. AGRELL y A. GAUTIER, *op. cit.*, p. 3.

30 ERNESTO DAL BÓ, “Regulatory Capture: A Review”, *Oxford Journal of Economic Policy*, 22(2), 2006, pp. 203-225.

31 G. CAPRIO JR., *op. cit.*, p. 39.

32 Como lo reconoce el Consejo de Estado, “... la corrupción no es un problema local, sino que ha asumido la forma de un fenómeno transnacional que produce consecuencias en todas las economías, de donde emerge la cooperación internacional como herramienta indispensable para prevenirla, combatirla y corregir sus efectos de manera eficaz”, Consejo de Estado, Sala de Servicio y Consulta Civil, 27 de agosto de 2015, rad. 2264; para el Banco Mundial la corrupción consiste en un “abuse of public office for private gain” (World Bank, *Strengthening World Bank Group Engagement on Governance and Anticorruption*, 2007, p. 67). En el mismo sentido, Naciones Unidas encuentra que la corrupción es el abuso de lo público para obtener una ganancia privada, pero añade que esta es el resultado de una “pobre gobernanza” (United Nations Office on Drugs and Crime, *The Global Program Against Corruption: UN Anti-Corruption Toolkit*, 5, 3.ª ed., 2004). A su vez, el Fondo Monetario Internacional encuentra una relación estrecha entre la corrupción y la gobernanza, por lo que “... a poor governance environment offers greater incentives and more opportunities for corruption” (*The IMF and Good Governance: Factsheet, Int’l Monetary Fund*, 2014). Disponible en <<http://www.imf.org/external/np/exr/facts/pdf/gov.pdf>>, consultada el

Conpes n.º 167 de 2013 “Estrategia nacional de la política pública integral anticorrupción” contiene una definición equivalente, añadiendo sin embargo que, “... las prácticas corruptas son realizadas por actores públicos o privados con poder de incidencia en la toma de decisiones y la administración de los bienes públicos”³³. Asimismo, Transparencia por Colombia indica que la corrupción es “el mal uso del poder encomendado para obtener beneficios privados”³⁴. Se trata de comportamientos contrarios al interés general³⁵, que afectan la legitimidad de las decisiones del gobierno y su funcionamiento, y con serias consecuencias para la economía³⁶.

15 de diciembre de 2016. Entra las organizaciones que definen la corrupción de la misma forma encontramos también el Banco Africano de Desarrollo, el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, o el Banco Interamericano de Desarrollo, cfr. Int’l Fin. Insts. Anti-Corruption Task Force, *Uniform Framework for Combating Fraud and Corruption*, 2006.

- 33 Cfr. <http://www.anticorrupcion.gov.co/SiteAssets/Paginas/Publicaciones/Conpes_167.pdf>, consultada el 10 de enero de 2017.
- 34 Transparencia por Colombia, “Efectos colaterales de la corrupción en el desarrollo institucional de Colombia”, 2015.
- 35 CAROLINA ISAZA, “El fracaso de la lucha anticorrupción en Colombia”, *Revista Ópera*, 11, 2011, p. 221. Del mismo modo, ALBERTO MALDONADO indica que la corrupción es el “abuso de posiciones de poder o de confianza, para beneficio particular en detrimento del interés colectivo y realizado a través de ofrecer o solicitar, entregar o recibir, bienes en dinero o en especie, en servicios o beneficios a cambio de acciones, decisiones u omisiones”, ALBERTO MALDONADO, “La lucha contra la corrupción en Colombia: la carencia de una política integral”, *Policy papers*, Friedrich Ebert Stiftung-Fescol, 2, 2011, p. 2.
- 36 Un estudio realizado por JUAN MANUEL PALACIOS, encuentra que “un descenso en los niveles de corrupción del 10 % puede generar aumentos de hasta el 2.6 % para el caso de los países latinos”; cfr. JUAN MANUEL PALACIOS, “Efectos de la corrupción sobre el crecimiento económico. Un análisis empírico internacional”, *En-contexto*, 2, 2014, pp. 1-258. De acuerdo con la encuesta global de fraude de Ernst & Young, Colombia es el país con mayor fraude empresarial de América Latina, y el 40 % del sector privado considera que el soborno y la corrupción son comunes en el sector empresarial; cfr. Ernst & Young, *Global Fraud Survey*, 2016. Disponible en <<http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-encuesta-global-sobre-fraude-2016-resumen-ejecutivo/%24FILE/EY-encuesta-global-sobre-fraude-2016-resumen-ejecutivo.pdf>>, consultada el 10 de enero de 2017. La corrupción tiene además efectos sobre la industria regulada y los consumidores (cfr. D. W. LIGHT, J. LEXCHIN y J. D. DARROW, “Institutional Corruption of Pharmaceuticals and the Myth of Safe and Effective Drugs”, *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 2013, p. 590, sector en el que es sistémica E. SHUTERLAND, “Bribery and Corruption in Telecommunications: Best Practice in Prevention and Remedies”, *TPRC: 40th Research Conference on Communication, Information and Internet Policy*. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=2014665>>, consultada el 10 de enero de 2017), y es considerada el segundo mayor obstáculo para hacer negocios en Colombia, según cifras de la Cuarta Encuesta Nacional sobre Prácticas contra el Soborno en Empresas Colombianas, realizada por Transparencia por Colombia y la Universidad Externado de Colombia, Cuaderno de Transparencia, 23.

Una definición amplia de corrupción, como la usada en los instrumentos internacionales que persiguen la cooperación para su prevención y sanción, así como en otros que se ubican tradicionalmente en el derecho interno³⁷, permite concebir la captura del regulador como un fenómeno derivado de actos o prácticas de corrupción, enmarcado a su vez en la noción de *medios ilegales*³⁸. En ese sentido es posible afirmar que a la captura siempre le antecede un acto de corrupción, acto que a su vez puede o no haber sido calificado como ilegal por el legislador, pero que no por ello pierde su naturaleza de acto corrupto. Así entendida, lo que diferencia uno y otro acto de corrupción es la consecuencia de su comisión, pues en aquellos eventos en los que el legislador los ha calificado de ilegales se impone una sanción, mientras que en los otros no existe esa posibilidad. En otras palabras, la corrupción se debe concebir como un concepto sin matices, pues un acto se cataloga o no como tal y, por tanto, los reguladores pueden ser capturados por medios calificados o no de ilegales, pero siempre a ello antecede un contrato corrupto³⁹. Entonces, es posible afirmar que en los eventos de captura de la administración pública se habrán concretado antes actos de corrupción, ya que los intercambios corruptos entre grupos de intereses y reguladores en el proceso de toma de decisiones habrán conducido a que estos se desvíen de los fines de interés general que persiguen, anteponiendo los del grupo que logra capturarles. Por consiguiente, no existen conductas más o menos corruptas, puesto que simplemente existen actos de corrupción, que a su vez pueden haber sido catalogados como ilegales o no, y que para los efectos de esta investigación serán el fundamento de la captura del regulador. De donde se colige que la captura puede ser estudiada a la vez como efecto y como causa de la corrupción.

Puesto que la función administrativa está al servicio del interés general, y ha de cumplirse de modo que en las actuaciones de los funcionarios públicos se hagan efectivos los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad⁴⁰, las conductas dirigidas a capturar

37 Es esa la definición que se emplea en el presente trabajo. Para una presentación general de dichos instrumentos en derecho interno, cfr. C. ISAZA, *op. cit.*, pp. 223-224.

38 Consejo de Estado, Sala de Servicio y Consulta Civil, 27 de agosto de 2015, rad. 11001-03-06-000-2015-00129-00(2264).

39 Cfr. *infra*, nota 117.

40 Constitución Política, artículo 209. Además, el artículo 3.º del CPACA (Ley 1437 de 2011) indica que las actuaciones administrativas deben realizarse conforme a los principios del debido proce-

al regulador contrarían dichas disposiciones. Dichos principios constitucionales, al igual que las reglas, son considerados normas jurídicas, toda vez que establecen un deber ser, y demandan un determinado comportamiento tanto de los agentes públicos como de los privados⁴¹.

Disminuir las influencias indebidas sobre el regulador, calificadas como ilegales o no, pero siempre corruptas, requeriría aislarlo de los grupos de intereses. Sin embargo, por más atractiva que parezca esa fórmula como medio para combatir la corrupción, es posible hacerle al menos dos cuestionamientos: en primer lugar, el apartamiento completo del regulador y del sector regulado es contrario a las exigencias derivadas del principio democrático que, en una concepción renovada y participativa⁴², imponen la intervención de los administrados en las decisiones que les afectan. Esto permitiría además disipar la sensación de que la administración toma sus decisiones a espaldas de los administrados y de manera poco transparente, incentivando incluso de esa manera el cumplimiento voluntario de sus destinatarios⁴³; en segundo lugar, la participación de los particulares puede ser benéfica para la autoridad de regulación, sobre todo cuando esta carece de ciertas informaciones que se originan en la industria regulada. ¿La asimetría en la información entre sector regulado y regulador no es acaso un obstáculo para lograr calidad regulatoria?⁴⁴.

Si el proceso de toma de decisiones públicas es un mercado en el que los agentes que intervienen luchan por asegurar intereses individuales y, por tanto, pueden acudir a prácticas corruptas que deriven en la captura del regulador, más que proscribir todo diálogo entre reguladores y grupos de intereses públicos y privados, debe asegurarse la participación, en igualdad de condiciones, del mayor número posible de intereses, y no únicamente de aquellos capaces de estar representados ante la autoridad administrativa.

so, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

41 Para el Consejo de Estado, "... los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspiran las reglas de conducta, también se proyectan en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales [...]"; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 3 de diciembre de 2007.

42 Cfr. *infra*, p. 169.

43 *Chamber of Commerce of US v. OSHA*, 636, F.2d 464,470 (D.C. cir. 1980).

44 Cfr. *supra*, nota 1.

Pero, ¿cómo asegurar dicha participación, eliminando al tiempo el riesgo de captura del regulador?

Ante el fracaso de la expedición de leyes y del endurecimiento de las sanciones como medidas de lucha anticorrupción⁴⁵, las reflexiones aquí incluidas sugieren otro enfoque⁴⁶. En efecto, mediante un examen de los organismos que cumplen funciones regulatorias⁴⁷ se intenta demostrar cómo, al carecer de garantías estatutarias de independencia frente al ejecutivo y grupos de intereses, el regulador está expuesto a prácticas de corrupción. Más que una descripción de los órganos que integran la administración pública, la organización incide en sus relaciones con los particulares, pues entre otros aspectos examina los órganos competentes para cada situación administrativa y su forma de funcionamiento. Según M. Giannini, "... el estudio de la administración pública como sujeto no se agota en enunciar un organigrama de la rama ejecutiva o de la estructura interna de cada entidad u organismo administrativo, sino que comporta además un examen de sus competencias, atributos y de las relaciones que estos guardan con otras autoridades y sujetos públicos"⁴⁸. Metodológicamente, esta tarea implica entender la organización también como una función, esto es, como una actividad consistente en determinar cuál debe ser el arreglo institucional que dé solución al problema jurídico aquí planteado, de cómo articular una mayor participación ciudadana con el objetivo de reducir el riesgo de captura, que

45 Como lo enseña la investigación realizada por C. ISAZA, *op. cit.*, p. 222-223. Del mismo modo, cifras recientes indican que la corrupción en Colombia habría aumentado en un 600% en los últimos once años, con un costo estimado de \$23 billones en 2016; *El tiempo*, "Corrupción, el cáncer que más se propaga en Colombia". Disponible en <<http://www.eltiempo.com/politica/justicia/corrupcion-en-colombia/16768858>>, consultada el 11 de enero de 2017.

46 Que, por lo demás, no pretende ser la única solución al problema de corrupción, sino un instrumento más en su lucha. De ahí que se proponga una alternativa, que estimamos complementaria de otros medios, desde el derecho de la organización.

47 Las reflexiones aquí consignadas se centran en órganos cuya misión principal es la de intervención en la economía, como las superintendencias, las comisiones de regulación y las agencias, lo cual no quiere decir que algunas anotaciones puntuales no puedan hacerse a propósito de otras autoridades con misiones similares.

48 MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, 3.^a ed., Milán, Giuffrè, 1993. Para la Corte Constitucional colombiana determinar la estructura de la administración, "... es no solo crear los grandes elementos que la integran, sino, además, determinar su disposición dentro del órgano del que son parte, regular sus mecanismos de relación para el cumplimiento de su tarea y señalar de modo general sus funciones. En esta forma el legislador tiene como atribución crear la parte estática y permanente de la administración y el ejecutivo la de hacerla dinámica mediante el ejercicio de atribuciones administrativas"; cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-306 de 2004.

se derivaría de actos de corrupción. Ahora bien, los escasos desarrollos en el derecho colombiano del diseño de organismos administrativos hacen necesario recurrir al método comparado⁴⁹, con el fin de identificar elementos en la arquitectura institucional de las entidades reguladoras presentes en otros sistemas, que impliquen más transparencia y *voice accountability* al proceso de toma de decisiones del regulador colombiano. Reducir las prácticas de corrupción tendientes a la captura del regulador por grupos de intereses públicos y privados, requiere “blindarlo” en su estructura de influencias indebidas (II). Esto no significa que las autoridades de regulación deban estar aisladas del sector regulado. Por el contrario, una participación amplia del público no solo legitima la actividad del regulador, sino que, además, puede revelarse un instrumento de fiscalización útil en la lucha anticorrupción (I).

I. UNA RELACIÓN PELIGROSA: AUTORIDADES DE REGULACIÓN Y GRUPOS DE INTERESES

El derecho nacional ha incorporado mecanismos de participación ciudadana en los procedimientos de toma de decisión al interior de las autoridades de regulación; ello puede inscribirse en la creciente tendencia de colaboración con los administrados como medio para acentuar la legitimidad de las administraciones públicas contemporáneas (A). Sin embargo, esos mismos mecanismos pueden ser percibidos como medios a través de los cuales se formalicen ciertas prácticas que, consideradas como actos de corrupción, pretenden la captura del regulador por grupos de intereses públicos y privados (B).

A. LA PARTICIPACIÓN DE GRUPOS DE INTERESES COMO EXPRESIÓN DE UNA COLABORACIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN Y LOS ADMINISTRADOS

La participación ciudadana y el acceso a la información constituyen un presupuesto esencial del modelo democrático de los Estados modernos, por lo que establecer trabas para avalar su ejercicio implica una agresión flagrante a

⁴⁹ Para un estudio completo sobre el alcance del argumento comparado en derecho administrativo, cfr. FABRICE MELLERAY (ed.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

un derecho fundamental⁵⁰. Esto desconoce además que el modelo clásico de democracia representativa ha sido ajustado, agregándosele un componente de democracia participativa, a partir del cual la legitimidad de las decisiones públicas puede encontrarse en fuentes distintas a la elección popular. De esa manera, para explicar la forma en que los ciudadanos hacen parte de la toma de decisiones públicas se expondrán primero las razones que exigen efectuar una relectura del principio democrático, más allá del modelo de representación, mostrando cómo la interacción entre públicos y privados es cuestionada por la presencia de prácticas corruptas y, consecuentemente, el riesgo de captura (1); para, a su turno, poner de presente cómo la participación ciudadana se instituye en un mecanismo que permite la reducción de las asimetrías en la información, de forma tal que las decisiones de los órganos de regulación cuenten con soportes más sólidos, y se reduzcan los actos de corrupción que conllevan la captura (2).

I. UN PRESUPUESTO DE LA PARTICIPACIÓN: UNA NUEVA LECTURA DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

En sus dimensiones deliberativa y participativa la democracia supone el reconocimiento de distintos intereses, no siempre en conflicto, y la garantía para los ciudadanos de expresar sus opiniones, por lo que los procedimientos de toma de decisiones dejan de ser de monopolio de sus representantes⁵¹. Esta

50 La democracia, tal como lo ha considerado la Corte Constitucional, puede tener al menos tres dimensiones: i) es la fuente de legitimación del poder político por excelencia, pues con base en ella han fundamentado su ejercicio los diferentes órganos; ii) es fundamento de derechos y obligaciones, ya que permite el reconocimiento y garantía de derechos de participación de los individuos, con el fin de controlar el poder público, y iii) es expresión de las reglas de funcionamiento y toma de decisiones, porque delimita la actuación democrática del poder y los ámbitos donde puede exigirse tal actuación; cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-089 y C-145 de 1994, C-386 de 1996, C-1080 de 2002 y C-150 de 2015. Igualmente, se considera que el régimen democrático no solo tiene efecto político, sino también en el campo social, económico, ecológico y cultural, por ello se afirma que la democracia "... tiene una vocación universal y expansiva, alrededor del pluralismo y la participación, como condiciones esenciales para su eficacia"; cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-644 de 2004. Igualmente, la democracia puede ser clasificada en democracia directa, representativa, participativa, económica e industrial; al respecto cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-011 y C-037 de 1994, C-230A de 1998, C-1017 de 2002, C-898 de 2003, C-150 de 2015 y C-299 de 2016, entre otras.

51 Corte Constitucional, Sentencias C-1080 de 2002 y C-141 de 2010. No pretendemos desmentir a los críticos de la democracia, que ponen de presente la ambigüedad y no univocidad de su contenido (cfr. p. ej., JOSÉ FLÓREZ, *Todo lo que la democracia no es y lo poco que sí. Defensa de una*

transformación conlleva la creación de escenarios de participación, a través de los cuales se busca que quienes puedan verse afectados de manera específica por una determinada decisión, participen en el proceso que conduce a ella⁵², como las invitaciones a opinar sobre el contenido de proyectos regulatorios o la rendición de cuentas en audiencias públicas. De esta manera se pretende colmar el déficit de legitimidad que aqueja a las democracias clásicas, por la crisis de la representación política, garantizando al mismo tiempo una mayor eficacia de la acción colectiva⁵³. Es posible afirmar que la relectura

concepción democrática realista. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015), sin embargo, consideramos necesario afirmar que solo en virtud de ella fue posible que la sociedad occidental (fundamentada en la idea kantiana de “La Paz Perpetua”; IMMANUEL KANT, *Sobre la paz perpetua*, Madrid, Editorial Tecnos, 1994) alcanzara unos mínimos niveles de paz y progreso. De hecho, en las propuestas de integración de países como la Unión Europea, donde se propende por la internacionalización de los derechos, ha hecho tránsito la idea de que “... es más factible la convivencia pacífica entre Estados democráticos que entre regímenes autoritarios, porque los controles democráticos internos y la opinión pública pueden asegurar una mayor adhesión de los regímenes políticos a las reglas pacíficas del derecho internacional”; Corte Constitucional, Sentencia C-644 de 2004. Una de las razones más enérgicas de malestar democrático es el declive del principio de representación, cfr, ANDREA GREPPI, *La democracia y su contradictorio. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Madrid, Trotta, 2012, p. 71; las democracias modernas han transitado, al menos teóricamente, de democracias meramente representativas, a democracias deliberativas y participativas. Ello implica que la legitimidad de las decisiones públicas ya no solo se fundamenta en la elección previa, a través del voto, sino que ahora la lógica de la representación tradicional se ha visto desbordada por nuevas formas de expresión de los intereses sociales, que propenden por hacer visible la opinión de la población, reconociendo la influencia de los ciudadanos en la elaboración de las políticas públicas.

- 52 EBERHARD SCHMITZ ASSMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistémica* (varios trads.), Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 118.
- 53 Los Estados modernos, y en particular las administraciones, asisten a una redefinición del principio de legalidad, catalogada como crisis de la vinculación de la administración a la ley previa (GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10.^a ed., Madrid, Trotta, 2011, p. 34), derivada de la superación del carácter eminentemente garantizador del Estado, y de la asunción de tareas de índole prestacional y de gestión directa de intereses públicos. De ello se desprende que la población requiera estar dotada de herramientas eficaces de participación, con la finalidad de evitar que el ejercicio de competencias, originariamente discrecionales transiten hacia la arbitrariedad (con el fin de ahondar en el concepto y alcance de las competencias discrecionales, cfr. HUGO MARIN, *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007). Por tanto, se requiere que “... los principios de organización básicos de las democracias constitucionales han de ser entendidos como herramientas para la formación de una esfera pública y, por tanto, como condiciones para la construcción de una sociedad en la que la opinión de todos y cada uno tenga el mismo valor” (ANDREA GREPPI, *op. cit.*, p. 139), solo de esta manera se garantizará que las decisiones de la población, tomadas en sede de mecanismos de democracia representativa y participativa, sean salvaguardas por el marco institucional de las fuertes presiones externas que la asechan.

del principio democrático, basada en la exigencia de la participación efectiva de la población, trae consigo la posibilidad de que la ciudadanía en general, y los grupos de intereses en particular, tomen parte en la configuración de la voluntad de la administración, morigerando la rigidez del modelo de representación clásico, controlando directamente la actuación pública y reduciendo el campo para prácticas de corrupción. Estas sinergias entre actores públicos y privados, que profundizan sus relaciones colaborativas en los procesos de concreción de las decisiones públicas, deben garantizar a su vez que las distintas perspectivas y opiniones confluyan, generando mejores niveles de aceptación de la decisión y, por tanto, asegurando una mayor eficacia y eficiencia en su aplicación⁵⁴.

En el caso concreto de las autoridades regulatorias esta dinámica colaborativa puede explicarse por el hecho de que son los agentes regulados quienes realmente conocen las peculiaridades del sector y, por ello, el ejercicio de la actividad regulatoria a sus espaldas produce ineficacia e ilegitimidad en la intervención estatal⁵⁵. En ese orden de ideas, el plano ideal es aquel donde los agentes públicos y privados colaboran armónicamente en la definición e implementación de la política regulatoria. Ahora bien, el escenario más común es el opuesto, esto es, una decidida e influyente participación de los agentes del mercado en la actividad regulatoria que pone en riesgo de captura al regulador. Esta situación rompe con la dinámica de colaboración, sacrificando el interés general a favor de intereses privados⁵⁶, concretando así eventos de corrupción.

Dicha captura se puede explicar en términos de la teoría económica neoclásica por el hecho de que todos los sujetos, sean consumidores o empresarios, buscan obtener el máximo beneficio propio, lo cual incluye también a burócratas y políticos, quienes buscan satisfacer sus intereses privados enmascarándolos como intereses públicos; es decir, si los individuos buscan

54 Una de las principales muestras de la dinámica colaborativa entre actores públicos y privados se presenta en materia de contratación estatal, donde se introdujeron las asociaciones público-privadas (Ley 1508 de 2012) con el fin de efectivizar, entre otras, la vinculación de capital privado y la distribución de los riesgos contractuales.

55 *Chamber of Commerce of US v. OSHA*, 636, F.2d 464,470 (D.C. cir. 1980).

56 Son dicientes las teorías emanadas de las escuelas de Chicago y de Virginia, que tienden a demostrar que el regulador capturado, además de ser ineficaz, no consigue las finalidades propuestas; cfr. al respecto, ANDRÉS BETANCOR, *Regulación; mito y derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Aranzandi, 2010, p. 104.

su propio beneficio en el mercado, resulta poco realista pensar que los gobernantes no hacen lo mismo en su vida política⁵⁷, generalmente mediante prácticas corruptas. En un escenario de captura la regulación está llamada a beneficiar grupos compactos y organizados, en detrimento de intereses difusos, que por lo general cuentan con una menor capacidad de influencia sobre el regulador; así las cosas, y en términos de ética pública, la captura, además de derivarse de actos de corrupción se erige en un nicho para nuevos actos similares⁵⁸, en donde el ejercicio del poder oculta la satisfacción de intereses específicos en la supuesta persecución del interés general. Este parece ser el caso ocurrido con ocasión de la regulación de las Redes Internas de Telecomunicaciones (RITEL), pues luego de más de un año y medio de proceso de elaboración del texto de la norma regulatoria (incluyendo el envío de observaciones, el análisis de impacto económico, las propuestas de modificación de articulados, entre otros), fue adoptada mediante la Resolución CRC 4262 de 2013. Sin embargo, con base en argumentos esencialmente de conveniencia respecto del sector de la construcción, pero de dudoso soporte técnico en lo relacionado con los mercados de las telecomunicaciones⁵⁹, en agosto de 2015 el vicepresidente de la República, sin ser la autoridad competente⁶⁰,

57 LILIANA LIZARAZO, “Regulación, autoregulación y desregulación”, en *La regulación económica: tendencias y desafíos*, Bogotá, Universidad del Rosario, Textos de jurisprudencia (coll.), 2004, p. 18.

58 VICENZO CERULLI, “Per una politica dell’etica pubblica: controlli e disciplina delle funzione amministrative”, en *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, Milano, Franco Angeli, 2009, pp. 27 a 29.

59 Se pone de presente que la comunicación oficial emitida por la CRC indica que la regulación RITEL fue suspendida por “coyunturas económicas”, relacionadas con “el periodo de ajuste macroeconómico debido al bajo crecimiento en la demanda externa internacional y a la caída del precio del petróleo”. Es cuestionable que estos dos aspectos sean los factores determinantes de la suspensión del RITEL; cfr. <<https://www.crcm.gov.co/es/noticia/por-coyuntura-economica-se-suspende-el-ritel>>, consultada el 12 de enero de 2017. Por el contrario, tal como se manifiesta en el mismo comunicado de la CRC, la finalidad fue no afectar el sector de la construcción con medidas que incrementarían los costos en el diseño, la construcción y la puesta en servicio de las redes de telecomunicaciones en inmuebles de propiedad horizontal, circunstancia que fue abiertamente cuestionada por los miembros del sector (<<https://www.dittel.co/preguntas-frecuentes>>, consultada el 12 de enero de 2017), en concreto, la pregunta fue “¿El período de suspensión de RITEL nos da una oportunidad que no podemos desaprovechar?”.

60 Esta situación pone en evidencia uno de los problemas más importantes, y quizá más obviados, del sistema regulatorio colombiano: el organizacional. El legislador nunca se ha detenido a analizar si la estructura orgánica que le otorga a los reguladores le permite desplegar en debida forma su actividad, de este modo, al estructurarlo como un órgano subordinado al Gobierno se presentan, y se continuarán presentando, eventos de captura directa e indirecta.

anunció de manera anticipada su “derogatoria”⁶¹. Ante esto, la CRC, mediante la Resolución CRC 4786 del 8 de septiembre de 2015, decidió “suspender los efectos” de la regulación RITEL hasta septiembre de 2017. Esta situación, además de poner en entredicho la independencia de la CRC del poder ejecutivo⁶², evidencia posibles actos de corrupción, riesgos de captura y de desfiguración del sistema regulatorio, en donde una de las principales fallas o causas consiste en la existencia de asimetrías en la información entre regulador y sector regulado.

2. UN OBJETIVO DE LA PARTICIPACIÓN: LA DISMINUCIÓN EN LAS ASIMETRÍAS EN LA INFORMACIÓN

El objetivo del regulador es, en términos sencillos, la búsqueda de equilibrios entre rentabilidad económica y otros imperativos de interés general; sin embargo, la atribución por vía legal de competencias para la toma de decisiones a autoridades de regulación⁶³, no necesariamente comporta el monopolio de los elementos en los que se fundamenta. Se trata, por el contrario, de una tarea inclusiva en la cual las autoridades administrativas deben propender por recaudar y emplear información adecuada y suficiente con el fin de dar respuesta a una situación jurídica específica, reconociendo incluso que en la mayoría de cuestiones técnicas y especializadas de ciertos sectores, como los servicios públicos, ese tipo de información se origina o está en cabeza

61 Cfr. <<http://www.vanguardia.com/colombia/325513-vicepresidente-anuncio-derogacion-de-ritel-y-reglamento-de-bomberos>>, consultada el 12 de enero de 2017; o <<http://www.rcnradio.com/locales/derogan-resoluciones-relacionadas-con-el-ritel-y-bomberos-para-impulsar-sector-de-vivienda-en-colombia/>>, consultada el 12 de enero de 2017.

62 Riesgo que, en este caso, puede haberse concretado, pues el vértice del ejecutivo es que comunica, en primicia, las decisiones del regulador de las comunicaciones y, en ocasiones, como “Gobierno” se atribuye la decisión, siendo ello abiertamente contrario al espíritu de la actividad regulatoria. En efecto, el 1.º de septiembre de 2017 se indicó, expresamente, en la página web de la Presidencia de la República, que el “Gobierno aplaza implementación de reglamento para redes internas de telecomunicaciones” y, de manera ilegal, se comunicó que el “... presidente J. M. Santos anunció este viernes que decidió aplazar la implementación del reglamento técnico para redes internas de telecomunicaciones (Ritel), aplicado a viviendas de interés social y de carácter prioritario”; cfr. <<http://es.presidencia.gov.co/noticia/170901-Gobierno-aplaza-implementacion-de-3reglamento-para-redes-internas-de-telecomunicaciones>>, consultada el 2 de octubre de 2017.

63 Al menos en términos formales, pues la visión tradicional donde las normas jurídicas tenían una autoridad intrínseca se ha venido diluyendo, dando paso a una realidad donde la construcción y el carácter vinculante del derecho ya no proviene de su enunciado, sino que depende del consenso que la rodea; cfr. J. CHEVALLIER, *El Estado posmoderno*, cit., p. 242.

de actores particulares⁶⁴. En efecto, la asimetría en la información es una de las características inherentes de los mercados⁶⁵, pues siempre algunos actores detentarán más conocimiento e información que otros, por lo que resulta inexacto afirmar la existencia de mercados con información plena para todos los actores presentes en ellos. En ese sentido, no sería posible para el regulador desconocer su obligación de tener en cuenta la información que está en manos de actores privados, al mismo tiempo que debe asegurar que estos últimos accedan, salvo las reservas legales⁶⁶, a la totalidad de la información pública que motiva una determinada decisión en materia regulatoria. Es entonces “obvio que la capacidad para elaborar opiniones está condicionada por la calidad de la información disponible”⁶⁷ y que, por tanto, no basta con tener acceso a la información, sino que, además, hay que estar en capacidad de “manejarla con arreglo a las necesidades, pues de lo contrario la mera acumulación de datos resultaría perfectamente inútil”⁶⁸. De otra manera la asimetría en la información constituiría un incentivo para que, a través de actos de corrupción, se malogren los fines previstos para la actividad reguladora.

Así las cosas, y con fundamento en el redimensionamiento del principio de participación ciudadana, en nuestro ordenamiento jurídico se han introducido instrumentos que persiguen atemperar los efectos de las asimetrías en la información e incentivar la intervención activa de distintos actores en la toma de decisiones; con lo que correlativamente también se deberían reducir los actos de corrupción. El numeral 8 del artículo 8.º de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) radica en cabeza de la administración pública el deber de mantener a disposición de todas las personas la información completa y actualizada de “los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas

64 FRÉDÉRIC BOHEM, “Corrupción y captura en la regulación de los servicios públicos”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 7, 13, 2005, p. 245.

65 A pesar de que mayoritariamente se entienda que es una falla del mercado, consideramos que la información asimétrica constituye una situación inherente a la naturaleza de los mercados, cfr. CAMILO PERDOMO, *Regulación económica...*, cit., p. 50.

66 Tal como se establece en el artículo 24 de la Ley 1755 de 2015.

67 A. GREPPI, *La democracia y su contradictorio...* cit., p. 146. En otras palabras, la autoridad de regulación debe establecer mecanismos tendientes a disminuir la brecha informática que existe de manera natural en los mercados, de forma tal que todos los actores tomen decisiones de manera ilustrada y puedan participar en la toma de decisiones públicas en igualdad de condiciones.

68 *Idem*.

alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general”, lo cual es coincidente con la denominada democratización de la administración de que trata el artículo 78 de la Ley 1474 de 2011, que modificó el artículo 32 de la Ley 489 de 1998. Sin embargo, la aplicación de un procedimiento de notificación y recepción de comentarios ha sido limitada. No solo son pocas las entidades, en su mayoría del orden nacional, que realizan estas consultas, sino que además los términos dados a empresas y consumidores para la presentación de comentarios pueden ser acomodados a discreción de cada entidad, a veces en razón de lo controversial que pueda llegar a ser el proyecto de regulación⁶⁹.

El deber de notificación de los proyectos de regulación tiene un antecedente, concretizado en materia de acceso a la información de las comisiones de regulación, en el Decreto 2696 de 2004, compilado a su vez en el Decreto 1078 de 2015, que radicó en esos organismos las obligaciones de informar al público en materias precisas⁷⁰, de mantener disponible de forma inmediata

69 El caso de la resolución del Ministerio de Transporte que fija la base gravable del impuesto de vehículos automotores para 2016 parece marcar el inicio de la verificación por parte de las autoridades judiciales de su cumplimiento. Esta resolución fue demandada por la Asociación Colombiana de Usuarios de Vehículos Particulares, entre otras razones, porque fue expedida de manera irregular, toda vez que el Ministerio no cumplió con el deber de dar a conocer el proyecto de resolución al público, tal como lo ordenan el artículo 8.8 de la Ley 1437 de 2011 y el Decreto 1345 de 2010 (relacionado con la técnica normativa). En el auto del Consejo de Estado del 15 de febrero de 2016, por medio del cual se decidió una medida cautelar de urgencia, esa corporación señaló que la ley es clara en establecer la obligación de divulgar los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamentan, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Asimismo, advirtió que el artículo 10.º del Decreto 1345 de 2010 establece el deber de dejar constancia del cumplimiento de esa obligación y de incluir el resultado de la evaluación de las observaciones ciudadanas que se hubieren presentado, por lo que se decidió suspender el acto. Por otra parte, Los parámetros de ejercicio del derecho de participación en los procesos de expedición de decretos presidenciales y actos administrativos generales, para el resto de organismos y entidades administrativas, se encuentran en los artículos 2.1.2.1.1 a 2.1.2.1.25 del Decreto 1081 de 2015, cuyas consecuencias y análisis desbordan el objeto de esta investigación. Por el momento baste con indicar que esas normas no pueden ser consideradas como un verdadero incentivo para que las autoridades propicien y efectiven la participación ciudadana en la toma de decisiones.

70 De conformidad con el artículo 2.2.13.1.1: 1. Normas básicas que determinan su competencia y funciones. 2. Organigrama y nombre de quienes desempeñan los cargos de Expertos Comisionados y de Director Ejecutivo. 3. Procedimientos y trámites a que están sujetas las actuaciones de los particulares ante la respectiva Comisión, precisando de manera detallada los documentos que deben ser suministrados, así como las dependencias responsables y los plazos indicativos en

tal información, y de publicitar la agenda regulatoria, entre otras⁷¹. Las anteriores normas han servido de soporte para que las comisiones de regulación, en múltiples ocasiones y en temas variados, ordenen hacer públicos proyectos normativos y regulatorios como, por ejemplo, los proyectos de resoluciones por las cuales: i) ... se establece la metodología para la remuneración de la actividad de distribución de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Nacional (Resolución CREG 179 del 23 de diciembre de 2014); ii) ... se adopta el protocolo operativo del proceso de coordinación de mantenimientos e intervenciones en instalaciones de producción, transporte y distribución de Gas Natural (Resolución CREG 14 del 20 de febrero de 2015); iii) ... se definen condiciones generales para la provisión de la instalación esencial de *Roaming* Automático Nacional (CRC⁷²); iv) ... se establecen las definiciones y condiciones regulatorias de banda ancha en el país, y se dictan otras disposiciones (CRC⁷³); v) ... se establece el Nuevo Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones (CRC⁷⁴), entre otros.

De ese modo se evidencia que la información se erige en un recurso valioso y la conducta racional, en términos económicos⁷⁵, sería reservarla para usufructuar la ventaja competitiva que brinda, lo cual también constituye actos de corrupción cuando la información se emplea para obtener, a través de medios catalogados o no como ilegales, fines distintos a los previstos para determinada actividad administrativa. Incorporada al ordenamiento jurídico,

que se deberá cumplir con las etapas previstas en cada caso. 4. Información estadística sobre la forma como en el último año se han atendido las actuaciones de que trata el numeral anterior, y 5. Localización, números de teléfonos y de fax, dirección electrónica, identificación del dominio (página Web), horarios de trabajo y demás indicaciones que sean necesarias para que las personas puedan cumplir sus obligaciones o ejercer sus derechos.

71 Estas normas encuentran un desarrollo posterior en la Ley 1757 de 2015, en virtud de la cual se dictaron disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática, en donde se establecen algunos parámetros normativos para que los actores privados participen, armónicamente, en la configuración de las decisiones de los actores públicos. O la Ley 1712 de 2014, por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional.

72 <<https://www.crcom.gov.co/es/pagina/instalacion-esencial-ran>>, consultada el 3 de enero de 2017.

73 <<https://www.crcom.gov.co/es/pagina/banda-ancha>>, consultada el 3 de enero de 2017.

74 <<https://www.crcom.gov.co/es/pagina/revisi-n-integral-del-r-gimen-de-protecci-n-de-usuarios-de-los-servicios-de-comunicaciones>>, consultada el 3 de enero de 2017.

75 “Los mercados están plagados de problemas de asimetrías de información, y existen incentivos para que los participantes exploten y aumenten esas asimetrías”; cfr. JOSEPH STIGLITZ, *op. cit.*, p. 14.

constituye un derecho en toda su extensión y dimensión⁷⁶, llegando incluso a considerarse un derecho fundamental⁷⁷. Como herramienta a disposición de los administrados, la publicidad de la información permite que estos también puedan fiscalizar la gestión del regulador en sus diversos órdenes: presupuestal, grado de avance en los objetivos planteados, rendición de cuentas, entre otros⁷⁸; control que facilita la identificación de conductas del regulador mediante las cuales se pretenda favorecer a un grupo de interés a través de la actividad regulatoria.

Pero la captura también puede originarse en las desventajas informativas con respecto a los regulados⁷⁹, al presentar esta información acomodada con el fin de orientar la actividad regulatoria hacia un beneficio personal, hasta el punto de que si la asimetría existente se mantiene incólume, la consecuencia será el ejercicio de una actividad regulatoria arbitraria, descontextualizada y carente de soportes adecuados⁸⁰. Existe una muy delgada línea divisoria

76 Corte Constitucional, Sentencias C-891 de 2002, C-872 de 2003, C-274 de 2013, C-951 de 2014, donde se establece como límite al derecho la información reservada y se indica, en términos análogos, que “en procura de la materialización del derecho a participar en las decisiones que afectan o puedan llegar a afectar los legítimos intereses y derechos de los habitantes del país, le corresponde a las entidades estatales suministrarle a las personas oportunamente toda la información que no goce de reserva constitucional o legal; advirtiéndole sí, que esta información oficial debe ser completa, consistente, coherente, verificable, comparable, contextualizada, diáfana y siempre oportuna [...]”.

77 Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 2016, donde se indica que “... la Carta Política de 1991 instituye la democracia participativa como uno de los principios fundamentales y ejes axiales del sistema constitucional, siendo una de sus principales manifestaciones normativas el contenido dispositivo del artículo 74 Superior que establece como regla general el derecho de acceso a los documentos públicos y a modo de excepción que la información pública esté sometida a reserva, para lo cual se requiere la intervención del legislador”.

78 Está sentado por la jurisprudencia constitucional que “... el control efectivo de los ciudadanos sobre las acciones públicas requiere no solo una abstención por parte del Estado de censurar la información, sino que demanda una acción positiva consistente en proporcionarle a los individuos los medios para que accedan a los archivos y documentos en los cuales se plasma, día a día, la actividad estatal”; cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-872 de 2003. Si bien el Estado, y en específico la administración, no detentan la totalidad de la información que serviría a la población para la toma de sus decisiones, sí tiene la potencialidad de recabar información de manera más eficaz y ágil que la población por sí sola, para luego difundirla a los ciudadanos.

79 Esta circunstancia es particularmente notoria en mercados regulados, donde los agentes económicos de sectores como las telecomunicaciones, la banca y el sector bursátil, la energía eléctrica, entre otros, poseen más información que los reguladores. Ello podría explicarse por el hecho de que los agentes de esos mercados van acumulando información a medida que desarrollan su actividad (experiencia) y se convierte en un recurso igual de valioso que el capital.

80 Para algunos, si bien la perspectiva predominante es el derecho de acceso a la información, su

entre eventos de corrupción y delictivos con aquellas conductas de agentes económicos que obtienen provecho de la ventaja que les otorga cierta información y que, por tanto, la ocultan a sus competidores y al Estado, usándola en contra de consumidores y competidores, transmitiéndola parcialmente o solo a ciertos sujetos.

El quiebre de esa línea divisoria encuentra en nuestro país varios ejemplos recientes; uno de los más sonados es el denominado “descalabro de Interbolsa”⁸¹, donde sus administradores, aprovechando la información que tenían respecto del funcionamiento de las operaciones Repos⁸², se encontraron en una situación de ventaja frente a los usuarios, que fueron defraudados, pues de manera artificial el valor de las acciones de la empresa Fabricato se aumentó drásticamente (en más del 200%)⁸³, lo cual permitía al comisionista tener más liquidez, pero sin un soporte real. Ese círculo vicioso fue creciendo hasta que el andamiaje se desplomó, pues el mercado estaba inundado de Repos soportados en acciones de la empresa textil, aun cuando sus resultados no se correspondían con los elevados precios de sus acciones. Por consiguiente, disminuyó drásticamente la demanda por Repos de Fabricato haciendo evidente el descalabro. Asimismo, esa crisis dejó dudas en relación con la actividad de la Superintendencia Financiera, encargada de inspeccionar y vigilar a quienes manejan, aprovechan e invierten dineros

efectividad debe también ser concebida como un deber; es decir, tanto actores públicos como privados tienen la obligación de hacer pública la información que detentan, siempre que sea necesaria y, como se indicó, no esté sometida a reserva. Así las cosas, el problema no radica en el desconocimiento de las condiciones e incidencias de los mercados, sino más bien en la distribución de dicha información, por ello, en términos económicos, “lo que el sistema necesita es cambiar el uso que se le da a esta información, y eliminar los incentivos para ofuscar la información que se proporciona”; JOSEPH STIGLITZ, *op. cit.*, p. 18.

- 81 Que ha sido considerada como una de las quiebras más grandes de una firma comisionista en nuestro país, pues gestionaba el 27% del total de los negocios que se realizaban en el mercado de capitales colombiano; cfr. <<http://www.dinero.com/edicion-impresa/caratula/articulo/descalabro-bursatil/163761>>, consultada el 18 de enero de 2017.
- 82 Que según el Banco de la República consisten en “... un pacto de recompra en el cual el Emisor provee liquidez comprando títulos a las entidades financieras, con el compromiso de estas de comprar nuevamente el título después de un período fijo (1 ó 7 días)”; cfr. <<http://www.banrep.gov.co/es/buscador-tasas-repos>>, consultada el 18 de enero de 2017.
- 83 Cfr. <<http://www.elpais.com.co/elpais/economia/noticias/asi-tejio-maniobra-interbolsa-fabricato>>, consultada el 18 de enero de 2017; también, JOHN ALBERTO TITO AÑAMURO, “Corrupción privada: un estudio de la ausencia de reglas de derecho privado, desde el caso Interbolsa”, *Universitas*, 131, 2015, pp. 433-466.

captados del público⁸⁴, según la Ley 964 de 2005, y del autorregulador del Mercado de Valores⁸⁵, encargado de adoptar normas para el correcto funcionamiento de la intermediación de valores, de verificar el cumplimiento de las normas del respectivo mercado de imponer sanciones por incumplimiento normativo⁸⁶, según la misma Ley 964 de 2005. Quizá ambos entes también fueron víctimas de las asimetrías de información, lo que pudo llevarlas a actuar tardíamente. Este ejemplo evidencia que existía, y aún existe⁸⁷, un desconocimiento profundo de los consumidores respecto del funcionamiento de esos instrumentos⁸⁸, y que en las autoridades encargadas de intervenir en los mercados (reguladores públicos o autorreguladores) existe desinformación a propósito de las actuaciones de los actores del mercado⁸⁹.

84 Cfr. <<http://www.elpais.com.co/elpais/economia/noticias/fallo-superintendencia-financiera-caso-interbolsa>>, consultada el 18 de enero de 2017.

85 Corporación de carácter privado autorizada, mediante Resolución 1171 de 2006 de la Superintendencia Financiera, para supervisar el cumplimiento de las normas del mercado de valores y los reglamentos de autorregulación, en virtud de lo dispuesto en los artículos 23, 25 y 26 de la Ley 964 de 2005.

86 Cfr. <<http://www.dinero.com/edicion-impresa/pais/articulo/amv-regulacion-del-mercado-de-valores-en-duda/243447>>, consultada el 4 de marzo de 2017.

87 Si bien el impacto del “descalabro de Interbolsa” fue considerado como la mayor quiebra de un comisionista en Colombia, recientemente fueron capturadas siete personas por estafar a sus clientes al captar ilegalmente dinero en operaciones de compra y venta de libranzas en un mercado ligeramente regulado por el Estado. El caso fue protagonizado por la empresa Estraval la cual “... prometía jugosas compensaciones a quienes invirtieran en ella. Sin embargo, en marzo de 2015, el negocio empezó a venirse al piso cuando la Superintendencia de Sociedades puso sus ojos en ella [...] por irregularidades y por incumplimientos a los clientes”; cfr. <<http://www.lespectador.com/noticias/judicial/estral-un-descalabro-peor-interbolsa-articulo-676226>>, consultada el 23 de enero de 2017.

88 Tanto así que en el momento coyuntural del “descalabro de Interbolsa” la palabra “repos” fue una de las más buscadas por los colombianos y la prensa dedicó tiempo para explicar su funcionamiento; cfr. <<http://www.lespectador.com/noticias/economia/un-repo-articulo-385796>>, consultada el 18 de enero de 2017; <<http://www.elpais.com.co/elpais/economia/noticias/son-repos-y-cual-su-relacion-con-descalabro-interbolsa>>, consultada el 18 de enero de 2017.

89 En varias ocasiones se han presentado demandas de reparación directa ante el juez de lo contencioso administrativo, en procura de que se condene a las autoridades de intervención en la economía (principalmente superintendencias) por la falla del servicio de vigilancia e inspección. Estas demandas no han prosperado en aquellos eventos donde se ha logrado probar el cumplimiento de los deberes de control, inspección y vigilancia, o lo que es lo mismo, no se probó el incumplimiento de un deber legal. Al respecto, cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias del 14 de septiembre de 2016, rad. 25000-23-26-000-2007-00057-01(37637); 14 de julio de 2016, rad. 25000-23-26-000-2006-01728-01(38815), y 13 de abril de 2016, rad. 25000-23-26-000-1999-00015-02(35534). A su turno, han prosperado cuando se ha logrado probar el incumplimiento en el deber de la autoridad administrativa; al respecto

Por lo demás, un escenario en el que la participación se pervierta y vicie la decisión del regulador, quien puede ver influenciado su criterio hasta llegar a ser sustituido por las pretensiones de los grupos de intereses públicos y privados que intervienen en la toma de decisiones, es muestra del riesgo latente de corrupción en sectores clave de la economía nacional⁹⁰. Por ende, es posible afirmar que al materializarse los fines que se persiguen a través de la captura del regulador se está en presencia de actos de corrupción, puesto que la participación de grupos de intereses origina una desviación del poder público para la obtención de una ventaja particular.

B. LA COLABORACIÓN CON GRUPOS DE INTERESES COMO RIESGO DE CAPTURA DEL REGULADOR

La colaboración que mantienen los reguladores con grupos de intereses puede facilitar ciertos intercambios a través de medios calificados o no como ilegales, englobables en actos de corrupción o derivados de los mismos, y encaminados a su captura (1). Una vez que el contrato corrupto es ejecutado determina el desempeño de la autoridad de regulación (2).

I. LAS FORMAS DE CAPTURA DEL REGULADOR POR GRUPOS DE INTERESES

Son varios los medios corruptos empleados por grupos de presión para incidir en la toma de decisiones regulatorias en beneficio de los intereses que representan⁹¹. Esas medidas pretenden aplazar, modificar o bloquear la regulación⁹², y pueden en primer lugar darse de manera indirecta a través de condicionamientos externos al proceso de toma de decisión del

cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias del 29 de julio de 2015, rad. 25000-23-26-000-2000-01926-01 (30744), y 29 de enero de 2014, rad. 08001-23-31-000-1998-00081-01 (28980).

90 Motivada en ese caso se promulgó la Ley 1870 de 2017, por la cual se dictan normas para fortalecer la regulación y supervisión de los conglomerados financieros y los mecanismos de resolución de entidades financieras. Esto evidencia la pretensión del legislador de fortalecer los mecanismos de control y supervisión de los riesgos generados con la actividad de estos holdings.

91 Abordaremos aquí algunos de los escenarios posibles, así como las etapas en que la captura se realiza.

92 GARY D. BASS, DANIEL GOTOFF, CELINDA LAKE, KATHERINE MCFATE y ROBERT WEISSMANN, “The need to Strengthen Regulatory Enforcement”, *Geo. Pub. Pol’y Rev.*, 20, 2015, p. 33.

regulador, como la centralización de aprobaciones en organismos de la rama ejecutiva⁹³, o la fijación de requisitos más complejos para la expedición de regulaciones⁹⁴. Dichas modificaciones al proceso de elaboración de reglas⁹⁵ inclinarían el resultado de la actividad regulatoria hacia la protección de los intereses específicos de las industrias en detrimento del interés general, y suelen explicarse por el cabildeo que grupos de presión mantienen ante las ramas tradicionales del poder público, a través de diferentes medios, como la

93 Como el *Administrative Procedure Act* (APA) estadounidense, ley que estableció la obligación de informar al público los proyectos de regulación con el fin de recibir comentarios del público (APA of 1946, Pub. L. n.º 79-404, 60 Stat. 237, § 553). Con la Orden ejecutiva 12291 de Reagan, las agencias federales deben enviar un análisis de costos beneficios de las regulaciones que pretendan adoptar a la Oficina de Gerencia y Crédito Público (*Office of Management and Budget*, OMB), órgano del ejecutivo que puede bloquear las reglas si "... the potential benefits to society from the regulation [do not] outweigh the potential costs to society"; Executive Order 12291, Sec. 2(b). Este proceso sustituye el peritaje de los reguladores federales por aquél de la Casa Blanca, al añadir un paso altamente politizado en el trámite de elaboración de reglas. Y, puesto que los costos usualmente provienen del sector regulado, introduce una nueva forma para que los grupos de intereses influyeran la acción del regulador. Se abre además la puerta para que, a través de actos de corrupción entre empresas reguladas y funcionarios de la rama ejecutiva, se condicione la agenda regulatoria.

94 Un estudio de 2000 identificó 110 requisitos impuestos a las agencias estadounidenses para la expedición de una regla (ROBERT SEIDENFELD, "A Table of Requirements for Federal Administrative Rulemaking", *Florida State University Law Review*, 27, 2000, pp. 533-545). La fijación de trámites adicionales por el legislador o a través de órdenes del ejecutivo podría derivar de compromisos entre las industrias reguladas y miembros de estas dos ramas del poder público. A través de una agenda anti-regulatoria los grupos de intereses pueden lograr que el legislador restrinja el presupuesto, las competencias del órgano de regulación, el aplazamiento en la confirmación de sus directores, o audiencias para censurar las acciones de su personal, limitando así la capacidad de acción del regulador. Pero los requisitos adicionales también pueden ser establecidos por la rama judicial. En efecto, varias cortes federales inferiores intentaron imponer a las agencias de regulación el deber de realizar audiencias con expertos antes de expedir una regulación. Sin embargo, la Corte Suprema en su decisión *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. vs. Natural Resources Defense Council, Inc.* (435 US 519, 524, 1978), indicó que tales requisitos no estaban en la ley de procedimiento administrativo, por lo que era discrecional de las agencias determinar si realizaban o no tales audiencias.

95 Para ELIZABETH ZOLLER, las reglas son actos asimilables a los reglamentos; cfr. ELIZABETH ZOLLER, "Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie", en MARTINE LOMBRAD. (dir.), *Régulation économique et démocratie*, París, Dalloz, 2006, nota al pie 7. "Les agences prennent des 'rules', c'est-à-dire des 'actes d'application générale ou particulière pris pour l'avenir et destinés à mettre en oeuvre, interpréter ou prescrire une règle de droit ou une politique'; autrement dit, en substance, des règlements". Conforme a la ley de procedimiento administrativo estadounidense, las reglas mayores (*major rules*) son aquellas regulaciones cuyos efectos superan los US\$100 millones.

presentación de análisis basados en dudosas estimaciones de costos-beneficios de la regulación⁹⁶.

Una elevación en la estimación de los costos financieros, o del número de puestos de trabajo que se perderían con el proyecto de regulación⁹⁷, son precisamente instrumentos empleados por grupos de presión que, aprovechándose de la asimetría entre la información que maneja el regulador y aquella originada en el sector regulado, aspiran a aplazar su expedición o influir en el contenido de la norma regulatoria⁹⁸. En Estados Unidos la doctrina ha identificado casos en los que las empresas reguladas han inflado los valores estimados de los costos de la regulación. Por ejemplo, la industria automotriz intentó bloquear durante años la regulación que obligaba a instalar bolsas de aire en los vehículos, aduciendo que costaría más de US\$1.000 por carro implementar la medida, cuando en realidad estudios internos hechos desde 1981, mostraban que el costo por carro era apenas de US\$206 para ese año, y que este valor disminuiría para los años siguientes. Se considera que la medida salvó unas 2.300 vidas en 2010 y más de 30.000 entre 1987 y

96 Como lo denuncian G. D. BASS *et al.*, a propósito de los Estados Unidos. Entre los diferentes ejemplos presentan el de una regulación que por años estuvo retrasada y que buscaba proteger a los trabajadores de una sustancia nociva. Eso benefició a los dueños de las plantas industriales que no tienen que tomar acciones para reducir la exposición al agente contaminante: “Of all the requirements placed on regulatory agencies, the most contentious, time-consuming, and biased is the demand to compare the specific costs to the affected industry with the more diffuse benefits to public health, workers, or the environment. Costs are often provided by the regulated businesses and are regularly over-estimated. Benefits rely on estimates of the numerical value of a life (often “discounted”) or the costs to families and the medical system of disease. Businesses’ assumptions about what is actually valuable often determine the numbers they derive for these kinds of analyses”; G. D. BASS *et al.*, *op. cit.*, p. 36.

97 Pese a que datos empíricos muestran cómo las industrias sobreestiman los efectos de la regulación en la pérdida de puestos de trabajo al descontar el impacto del dinamismo tecnológico y sobrevalorar costos de producción (cfr. ACKERMAN y HEIZERLING de 2004, citados por G. D. BASS *et al.*), la Cámara de Comercio de Estados Unidos, gremios y otros grupos de presión han señalado por décadas que la regulación destruirá los puestos de trabajo, *ibid.*, p. 38.

98 Es el caso de la *Small Business Administration* (SBA), agencia que ordenó un estudio del costo agregado anual de las regulaciones federales en Estados Unidos. Al conocerse los resultados, el Servicio de Investigación del Congreso (*Congressional Research Service*) cuestionó la metodología usada por los autores. La información de costos fue proporcionada a los autores en rangos, pero estos solo utilizaron el rango más alto para la medición. A su vez, economistas que intentaron reproducir los resultados, encontraron que el modelo era “conceptualmente equívoco y estadísticamente frágil”. Lo anterior llevó en 2010 a que la SBA se distanciara del estudio. Pese a esto, los grupos de interés y sus aliados, incluidos aquellos en el Congreso, continuaron promoviendo en 2015 la figura errónea de unos costos estimados en US\$1.75 trillones en diferentes medios de comunicación y discursos; cfr. G. D. BASS *et al.*, *op. cit.*, p. 36.

2012^[99]. Comparativamente, el caso expuesto del Reglamento RITEL de la CRC revela dicha estrategia en el derecho nacional. En la especie, la presión ejercida por la Cámara Colombiana de la Construcción llevó a posponer la implementación de la medida, indicando que se generaban sobrecostos en la construcción de vivienda. Mientras que Camacol estimaba que el nuevo reglamento generaría un costo adicional de entre \$1,9 millones para vivienda de interés prioritario y \$2,8 millones para vivienda de interés social, la CRC argumentaba que los estudios realizados por la Asociación Colombiana de Ingenieros Eléctricos, Mecánicos y Afines (ACIEM) arrojaban un impacto de \$286 mil y \$526 mil respectivamente¹⁰⁰.

Los grupos de intereses públicos y privados han buscado capturar de manera directa los miembros del ente regulador a través de prácticas corruptas consistentes en estrategias sincronizadas de obstrucción¹⁰¹ y persuasión. No solo se quejan de las cargas que imponen los reguladores, sino que, además, contestan sus decisiones y buscan restringir sus competencias administrativas¹⁰², al mismo tiempo que buscan trabajar de la mano de estos para atenuar el impacto de la regulación a fin de prevenir una aplicación y mayores controles. Si bien esto ha sido parte central de las relaciones entre reguladores e industrias reguladas, algunas prácticas empleadas para capturar al regulador pueden comportar serios cuestionamientos éticos y jurídicos,

99 De acuerdo con las cifras de la *National Highway Traffic Safety Administration* (NHTSA); o bien el caso de la industria tabacalera, sector que indicó a restaurantes, bares y propietarios de pequeños negocios que la prohibición de fumar, o espacios libres de humo, haría disminuir sus ingresos entre un 30 y un 60%, siendo que estudios demuestran que esos espacios han tenido un impacto positivo o neutro en esos comercios; casos abordados por G. D. BASS *et al.*, *op. cit.*, p. 36

100 Cfr. <<http://www.elcolombiano.com/negocios/crc-responde-ante-criticas-que-hace-camacol-por-nuevo-ritel-YC2499166>>, consultada el 1.º de febrero de 2017.

101 Hasta el extremo de violencia o amenaza de violencia. Según FRÉDÉRIC BOHEM y JOHAN GRAFF, “en algunos casos, los intermediarios provienen del crimen organizado (grupos paramilitares, p. ej.). Esto tiene la ventaja de que el intermediario puede hacer una amenaza creíble de violencia en caso de oportunismo, y así obligar a cumplir el contrato [...]. Para que la amenaza funcione, el intermediario debe tener reputación de marcada violencia y haber demostrado que es capaz de recurrir a ella”; FRÉDÉRIC BOHEM y JOHAN GRAFF, “Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional”, *Revista de Economía Institucional*, 11, 21, 2009, pp. 45-72.

102 En el sentido amplio con que es definida por el artículo 5.º de la Ley 489 de 1998, esto es, el conjunto de “potestades y atribuciones inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo”.

al significar un apartamiento de los fines de interés general para aventajar a los intereses que estos grupos representan.

Una de las formas de corromper al personal de las autoridades de regulación¹⁰³ es el fenómeno de la puerta giratoria (*revolving door*¹⁰⁴), en virtud del cual “el regulador de hoy, se convierte en el lobista de mañana”¹⁰⁵. Por mucho tiempo la puerta giratoria entre el gobierno y el sector privado se ha asociado a una forma de corrupción *quid pro quo*¹⁰⁶, así como a un medio que lleva a la captura de los reguladores por grupos de presión¹⁰⁷. Si el antiguo personal de la agencia conoce la forma en que la industria trabaja y puede dar una opinión de cómo el regulador responderá a la conducta de su nuevo empleador, desde una perspectiva pública¹⁰⁸, la gestión de intereses privados por exempleados de las autoridades de regulación conlleva explotar información y relaciones para dar a la industria una ventaja especial frente a sus competidores, y en detrimento de intereses generales como el medio ambiente o la protección de los consumidores. Con el fin de evitar que los servidores públicos motiven sus decisiones basados en la promesa de empleo en empresas del sector regulado¹⁰⁹, el artículo 3.º del Estatuto

103 Según JACK ABRAMOFF, “... ofrecer la posibilidad [al regulador] de un puesto como lobista es una de las maneras más efectivas de corromperlo”, cfr. JACK ABRAMOFF, *Capitol Punishment: The Hard Truth About Washington Corruption From America's Most Notorious Lobbyist*, WND Books, 2011, p. 27.

104 Sobre el término cfr. WENTONG ZHENG, “The Revolving Door”, *Notre Dame L. Rev.*, 90, 2015, p. 1265.

105 G. D. BASS *et al.*, *op. cit.*, p. 36.

106 A manera de ejemplo, *Brinkman vs. Budish*, 692 F. Supp. 2d 855 (S.D. Ohio 2010).

107 W. ZHENG, *op. cit.*, p. 411.

108 Parece existir un consenso acerca de la necesidad de regular las situaciones de puerta giratoria, evitando así situaciones de conflicto de interés y casos de corrupción; no obstante, algunos autores estiman que la gestión de intereses privados por ex reguladores no es *per se* indeseable. Para DAVID ZARING, “Most government officials have plenty of reasons to do a good job, and sometimes a successful stint in the public sector enhances private sector earning potential, to say nothing of more immediate civil service prospects. The may also foster citizen participation in government. A study of the careers of a tranche of elite Manhattan prosecutors does not reveal any evidence of those who leave doing the bidding of those they regulate while in public service”; cfr. DAVID ZARING, “Against Being Against the Revolving Door”, *U. Ill. L. Rev.*, 2013, article, p. 507.

109 La violación de esta prohibición por el servidor público durante el ejercicio de sus funciones da lugar a una falta disciplinaria gravísima que conduce a destitución e inhabilidad por más de diez años, equivalente a desconocer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Este comportamiento puede también dar lugar al delito de cohecho (arts. 405 y 406 del Código Penal), toda vez que el servidor público vinculado al ente regulador retardaría, omitiría o ejecutaría un acto

Anticorrupción¹¹⁰ consagra la prohibición para los ex servidores públicos de gestionar intereses privados¹¹¹. La regulación de situaciones de puerta giratoria suele acompañarse de aquellas que buscan limitar situaciones de conflicto de intereses¹¹², esto es, la situación de servidores públicos —

contrario a sus deberes oficiales ante la promesa remuneratoria que implica ser contratado por las empresas del sector privado. Y, en caso de que su actuación implique el uso de información oficial, podría además incurrir en los delitos de revelación de secreto (art. 418), utilización de asunto sometido a secreto o reserva (art. 419), y utilización indebida de información privilegiada (art. 420).

- 110 Ley 1474 de 2012. El estatuto anticorrupción eleva de uno a dos años la prohibición consagrada en el artículo 35.22 de la Ley 734 de 2002. Antes, existía también una prohibición específica de un año para los funcionarios de las comisiones de regulación y la superintendencia de servicios públicos domiciliarios (SSPD), consagrada en el artículo 44.2 de la Ley 142 de 1994. No solo la prohibición tenía un ámbito de aplicación más limitado en el tiempo, sino que además no guardaba correspondencia con los cambios introducidos por las leyes 1340 y 1341 de 2009, toda vez que los funcionarios de la SIC, autoridad de competencia y consumo para los mercados de las TIC, escapaban a la prohibición de puerta giratoria.
- 111 Esta norma contiene una prohibición general y una especial, cuya vigencia difiere en el tiempo. De una parte, se prohíbe a los ex servidores públicos, por un término de dos años prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo desempeñado, o permitir que ello ocurra, con respecto a quienes estuvieron sujetos a su inspección, vigilancia, control o regulación. Aquí los dos años se cuentan a partir de la dejación del empleo. Para la Corte constitucional, el ámbito material de la prohibición abarca dos supuestos: “(i) asesorar, representar o asistir, a título personal o por interpuesta persona, respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, en asuntos relacionados con funciones propias del cargo, y (ii) la prestación de iguales servicios a aquellas personas jurídicas o naturales sujetas a la inspección, vigilancia, control o regulación del organismo, entidad o corporación con el que hubiera estado vinculado”; cfr. Sentencia C-257 de 2013. De otra parte, se prohíbe de forma indefinida tratar los asuntos concretos que conoció durante el ejercicio de sus funciones. Según el artículo 3.º de la Ley 1474 de 2012, “se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe sujetos claramente determinados”; cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-893 de 2003, que declaró exequible la prohibición establecida en este numeral, en el entendido que es indefinida solo con relación a los asuntos concretos que conoció el servidor público.
- 112 El artículo 123 constitucional prescribe que los servidores públicos ejerzan sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. Además, se ha configurado un régimen de inhabilidades e incompatibilidades que busca evitar injerencias indebidas en la gestión de los asuntos públicos al limitar el ejercicio de ciertas actividades por los servidores públicos durante y aún después de la dejación de sus correspondientes cargos; cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-257 de 2013. A estas normas generales se suman otras específicas. Así, la Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios (SPD), señala inhabilidades e incompatibilidades adicionales; en primer lugar, el artículo 37 establece que, para efectos de analizar la legalidad de los actos y contratos de quienes actúan en los mercados de SPD, sea como organismos de control, o como agentes del mismo, debe tenerse en cuenta

incluso de dirigentes del sector privado¹¹³— que mantienen intereses personales contrarios a los intereses colectivos que les son confiados¹¹⁴, y las prácticas que se identifican con el término de *lobby*¹¹⁵. En materia penal, la puerta giratoria puede constituir además un delito contra la administración pública, como cuando, por ejemplo, implica el uso indebido por exservidor público de información obtenida durante el ejercicio de sus funciones¹¹⁶.

quiénes son sus beneficiarios reales, y no solamente las personas que formalmente los dictan o celebran. Asimismo, el artículo 39.2 establece la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a “los representantes legales y a los miembros de juntas directivas de las entidades que actúen como fiduciarios o mandatarios para administrar acciones de empresas de servicios públicos”. El artículo 44 establece que no podrán participar en la administración de las comisiones y de la Superintendencia de Servicios, ni contribuir con su voto a la adopción de sus decisiones, las empresas de servicios públicos, sus representantes legales, los miembros de las juntas directivas o las personas naturales que posean acciones en ellas. El artículo 44.4 remite al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la Ley 80 de 1993 en materia de contratos, al tiempo que el artículo 73 señala que son funciones de las comisiones de regulación “resolver consultas sobre el régimen de incompatibilidades e inhabilidades al que se refiere esta Ley”.

- 113 El artículo 44.2 de la Ley 142 de 1994 establece que no pueden prestar servicios a las comisiones, ni a la SSPD, los particulares que hayan sido empleados de una empresa de servicios públicos antes de transcurrir un año de terminada su relación con la empresa, ni los cónyuges o compañeros permanentes de tales personas, ni sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Sin embargo, estas personas pueden ejercitar ante las comisiones de regulación y superintendencia su derecho a pedir informaciones, a hacer peticiones, y a formular observaciones o a transmitir informaciones respecto de las decisiones que allí se tomen, según lo dispuesto en el Decreto 2696 de 2004.
- 114 De acuerdo con la definición de CHARLES-LOUIS VIER, “La notion de conflit d’intérêt”, *AJDA*, 2012, p. 869; cfr. también, JÖEL MORET BAILLY, “Définir les conflits d’intérêts”, *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1100; “Les conflits d’intérêts se développent dans les relations dans lesquelles une personne, chargée de défendre ou de représenter ou de protéger les intérêts d’autrui, pourrait les trahir au profit d’un intérêt autre, le sien ou celui d’un tiers”.
- 115 Bastante regulado en otros países, el *lobby* carece de una regulación específica en el derecho nacional. Para Estados Unidos cfr. RICHARD L. HASEN, “Lobbying, Rent-Seeking and the Constitution”, *Stan. L. Rev.*, 64, 2012, p. 191; LLOYD HITOSHI MAYER, “What is this ‘Lobbying’ that we are so Worried About”, *Yale L. & Pol’y Rev.*, 26, 2008, p. 485.
- 116 Código Penal. Artículo 431. Concretamente, se establece que incurrirá en multa el ex servidor público que durante el año siguiente utilice, en provecho propio o de un tercero, información obtenida durante el ejercicio de sus funciones, y que no sea objeto de conocimiento público. Sin embargo, el término de un año contrasta con aquél de dos años establecido por el estatuto anticorrupción y con la prohibición indefinida en relación con los asuntos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión por el funcionario público durante el ejercicio de sus funciones. Comparativamente, la puerta giratoria es un delito como tal en el derecho francés, con una prohibición para la celebración de contratos de cualquier naturaleza que se extiende por tres años, y cuyo desconocimiento da lugar a la imposición de una multa de €50.000 y una pena de dos años de prisión (art. 432-13, del Código Penal francés).

Ante las diferentes prohibiciones existentes, los medios usados por los grupos de presión para capturar a los reguladores suelen ser relacionales e implícitos entre un representante del grupo que tenga el *savoir-faire* suficiente como para no ser descubierto y un servidor público dispuesto a proporcionar la ventaja al particular, que es el elemento humano dentro de la organización que toma la decisión favorable a la industria, o que bloquea o modifica aquellas decisiones que puedan causarle una desventaja, o que deja de aplicar las que desfavorecen los intereses representados por el grupo de presión. El primer paso será, entonces, identificar y persuadir al funcionario con el que se realizará la “transacción”, sea de manera directa o a través de un intermediario. Ahora bien, una vez celebrado y ejecutado el contrato corrupto, se crea una situación de interdependencia en la que ambas partes tienen informaciones comprometedoras para la otra parte¹¹⁷, aumentando así el riesgo de nuevos acuerdos corruptos y el alcance que la captura tiene de la regulación.

2. EL IMPACTO DE LA CAPTURA EN LA FUNCIÓN DE REGULACIÓN A CARGO DE LA ADMINISTRACIÓN

La eficacia de la regulación está condicionada por su capacidad de alcanzar equilibrios entre rentabilidad económica, libre competencia y otros imperativos de interés general que los diferentes dispositivos presentes en los mercados no pueden lograr por sí mismos, por lo que la captura del regulador como consecuencia de actos de corrupción por grupos de intereses públicos o privados rompe con esa ecuación, al anteponer ciertos intereses frente a otros¹¹⁸. Si admitimos que las regulaciones *ex ante* y *ex post* se distinguen por la diferencia de los objetivos que persiguen¹¹⁹, los efectos de la captura del

117 F. BOHEM, *op. cit.*, p. 50. “En suma, las relaciones o ‘conexiones’ legales se pueden usar para iniciar contratos ilegales, y sirven entonces como ‘vehículo’ para lograr un acuerdo corrupto [...]”.

118 La Corte constitucional ha sostenido que “el sentido sociológico de “eficacia” se refiere a la forma y el grado en que la norma es cumplida en la realidad, en tanto hecho socialmente observable; así, se dirá que una norma es eficaz en este sentido cuando es cumplida por los obligados a respetarla, esto es, cuando modifica u orienta su comportamiento o las decisiones por ellos adoptadas”. Corte Constitucional, Sentencia C-873 de 2003.

119 Las regulaciones *ex ante* y *ex post* suelen diferenciarse por los instrumentos que utilizan. Mientras que los segundos intervienen de manera negativa y represiva, los primeros pueden intervenir de manera preventiva y positiva sobre la estructura del mercado, a través de la determinación

regulador podrían variar según se trate de la puesta en obra de un conjunto de obligaciones indicativas para el operador histórico o dominante, o de la aplicación de reglas *a posteriori* por una autoridad transversal¹²⁰.

Tratándose de la puesta en marcha de forma previa y permanente de un conjunto de reglas especiales destinadas a implantar y reforzar el funcionamiento competitivo del mercado en aquellas industrias donde la oferta y la demanda concurren a través de redes, la captura del regulador, producida a través de comportamientos corruptos del operador dominante en el mercado, implica ventajas para este, en detrimento de nuevos entrantes¹²¹. En el marco de las economías en redes, el regulador está llamado a extraer fórmulas econométricas con el fin de obtener una tarificación que permita internalizar de la manera más eficaz las externalidades de la red¹²², para lo cual debe fijar métodos de cálculo fundados en principios económicos transparentes, no discriminatorios y orientados hacia la eficiencia económica¹²³. Asimismo, cuando no existen actos de corrupción que afecten su normal desarrollo,

del número de operadores, de la calidad esperada, de la cantidad o del precio de los bienes disponibles en el mercado, definiendo así el marco económico y jurídico en vigor para el sector; cfr. ANNE PERROT, “Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence”, *Revue française d'économie*, 16, n.º 4, 2002, pp. 87-91.

120 Cfr., BRUNO LASSERRE, “Régulation, mode d'emploi”, *Services publics et marché: l'ère des régulateurs*, Sociétal, 30, 2000, pp. 77-79.

121 “Le réseau comme un lieu de rencontré physique entre l'offre et la demande”; N. CURIEN, *Économie des réseaux*, París, La Découverte, “Repères”, 2005, pp. 3-9. Así entendido, el acceso a infraestructuras esenciales puede constituir una barrera a la entrada para nuevos competidores que necesitan conectarse a la red del operador incumbente para poder prestar el servicio, y en razón de los altos costos de inversiones que se requieren, en consecuencia, para entrar a actuar en ese mercado. En efecto, el artículo 39 de Ley 142 de 1994 establece que aquellos contratos en los que se regula el acceso a las redes y componentes necesario para la prestación de los servicios, en caso de que las partes no logren llegar a un acuerdo, o definir de manera directa las condiciones en que ha de darse el acceso, uso e interconexión, corresponderá al regulador imponer dichas condiciones. Esto, con independencia del querer de las partes, de tal manera que la voluntad de las mismas es susceptible de ser remplazada por la imposición de las condiciones por la autoridad administrativa competente. Tal resultado no se lograría en un escenario de captura.

122 Para una presentación de esos métodos, cfr. ANNE PERROT, “Ouverture à la concurrence dans les réseaux. L'approche stratégique de la théorie de l'économie des réseaux”, *Régulation des entreprises des réseaux*, *Économie et prévision*, 119, 1995, pp. 62-64.

123 Es precisamente en estos términos que el manual para la formulación y aplicación de las leyes de competencia de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), se expresa a propósito de las posibles ventajas de la política de la competencia; cfr. Naciones Unidas, UNCTAD, “Manual para la formulación y aplicación de las leyes de competencia”, 2004, p. 4.

se espera que la regulación empuje a los competidores entrantes, a través de incentivos producidos mediante los esquemas tarifarios, a invertir en la construcción de redes alternativas que permitan, junto con el desarrollo tecnológico, una competencia también por las infraestructuras (*échelle des investissements*). Estos objetivos difícilmente se lograrían en un escenario de captura del regulador por el operador histórico.

En aquellos mercados en los que se ha desarrollado la libre competencia el regulador va a comportarse cada vez más como una autoridad de competencia¹²⁴, por lo que su captura a través de prácticas corruptas puede traducirse tanto en la eliminación¹²⁵, la modificación o la expedición de nuevos reglamentos tendientes a aventajar ciertos intereses¹²⁶, como en una aplicación excesiva (*over-enforcement*)¹²⁷ o insuficiente (*under-enforcement*)¹²⁸ del control del cumplimiento de las normas vigentes en ese mercado. Ese resultado constituiría a su vez una forma de corrupción. Es posible incluso que en estos casos las autoridades de regulación vayan más allá de sus

124 Por lo que algunos indican que con el tiempo los reguladores sectoriales están llamados a desaparecer, cediendo el lugar a las autoridades de competencia; cfr. B. LASSERRE, *op. cit.*, p. 78; M.-A. FRISON-ROCHE, “La victoire du citoyen client”, en *Services publics et marché...* *cit.*, p. 49.

125 La captura puede llevar incluso a una desregulación, fenómeno descrito por DANIEL CARPENTER con el término captura corrosiva o *corrosive capture*; DANIEL CARPENTER, “Corrosive? The Dueling Forces of Autonomy and Industry Influence in FDA Pharmaceutical Regulation”, in *Preventing: Special Interest Influence in Regulation, and How to Limit It*, Cambridge University Press, 2013, p. 3.

126 Como cuando por ejemplo una regulación establece el deber de cumplir con ciertas normas técnicas, dictadas o ya implementadas por grandes empresas y que, a pesar de no estar probados sus beneficios, generan altos costos para pequeños actores presentes en el mismo mercado; JUDY FREEMAN, “The Contracting State”, *Florida State University Law Review*, 28, 2000, pp. 155-214; *Id.*, “Extending Public Law Norms Through Privatization”, *Harvard Law Review*, 116, 2003, pp. 1285-1352.

127 En casos de captura por grupos de intereses públicos, como ligas y asociaciones de consumidores, no es extraño que el regulador sea más activo en su labor de aplicación y control del cumplimiento de las normas regulatorias. Por más llamativa que parezca esta fórmula, ella rompe con los equilibrios que persigue la actividad de regulación, al desestimar otros imperativos como la rentabilidad económica y las necesidades de las industrias del sector. La imposición de medidas costosas haría menos competitiva la industria nacional en un escenario de globalización.

128 En la que se incluyen los casos en que a propósito se dejen vacíos en la regulación para favorecer a ciertos grupos de intereses. Pero la inacción puede tener consecuencias nefastas como lo muestran el caso del ferry accidentado en Corea del Sur, JUDY YOU y YOUN MIN PARK, “The Legacies of State Corporatism in Korea: Regulatory Capture in the Sewol Ferry Tragedy”, 2016. Disponible en <<https://ssrn.com/abstract=2842246> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2842246>>, o los ya mencionados escándalos financieros a nivel nacional (cfr. *supra* p. 179), o internacional (cfr. *supra*, nota 3).

atribuciones, a través de interpretaciones dudosas sobre el alcance de los poderes delegados¹²⁹; o que, ante la pérdida de credibilidad del regulador se vea comprometida la conformidad de los agentes del sector a la regulación (*compliance*).

De hecho, la calidad regulatoria va más allá de la sola garantía de la validez de las medidas adoptadas, y apunta sobre todo a asegurar una mayor eficacia en el cumplimiento de la regulación vigente. Por ende, la regulación tiene como objetivo alcanzar eficiencias “optimizando el uso de los recursos del Estado y de los destinatarios de la regulación y creando un ambiente favorable para las actividades de la administración y el ejercicio de los derechos y libertades de los particulares”¹³⁰. Siguiendo este enfoque, la adecuación de las estructuras administrativas a imperativos de calidad y eficacia en desarrollo de la función de regulación permite prevenir y responder de manera ágil los choques que se pueden presentar entre los agentes económicos que intervienen en los mercados, eliminando cargas excesivas, trámites y costos. De ahí que sea necesario cuestionarnos acerca del arreglo institucional de los organismos de regulación que facilite la participación de grupos de intereses públicos y privados en la toma de decisiones, pero sin comprometer la independencia e imparcialidad del regulador en los procesos de elaboración de reglas.

II. MEJOR DISEÑO, MENOR RIESGO: ELEMENTOS PARA REFORZAR LA INTEGRIDAD DEL REGULADOR

Un regulador podría ser descrito como robusto frente al sector regulado si permanece relativamente intacto frente a las interrupciones y fallas exógenas y endógenas, pero sin que esto signifique el desconocimiento de los derechos de los administrados. Aumentar la participación, disminuyendo tanto la concreción de actos de corrupción como el riesgo de captura requiere examinar los elementos orgánicos que determinan su arquitectura (A), así como aquellos funcionales que blindan de ciertas injerencias externas (B).

129 NATHAN ALEXANDER SALES y JONATHAN H. ADLER, “The Rest is Silence: Chevron Deference, Agency Jurisdiction, and Statutory Silences”, *U. Ill. L. Rev.*, 1497, 2009, pp. 1503-1507.

130 B. CARVAJAL, *op. cit.*, p. 44.

A. ELEMENTOS EN LA ARQUITECTURA DEL ÓRGANO DE REGULACIÓN

Los reguladores colombianos están expuestos a situaciones de captura por los agentes regulados de otras ramas del poder público, en especial del poder ejecutivo, al no tener garantías suficientes de independencia frente a este (1), ni contar con *factores de nivelación* en su diseño institucional que los blinde de las presiones directas e indirectas que constantemente ejercen grupos de intereses (2).

I. LA INSUFICIENCIA DE LAS GARANTÍAS DE INDEPENDENCIA DEL “POLÍTICO”

Las autoridades de regulación colombianas carecen de garantías orgánicas de independencia suficientes frente a la rama ejecutiva del poder público, circunstancia que aumenta el riesgo de captura indirecta por grupos de intereses públicos y privados¹³¹, derivada también de prácticas corruptas. Acostumbrados a asimilar nuestros órganos de regulación a las autoridades administrativas independientes que cumplen funciones similares en otros sistemas¹³², el examen de aspectos relacionados con su arquitectura interna muestra, desde la teoría de la organización, cómo las superintendencias, comisiones de regulación y agencias obedecen en su diseño institucional a

131 Para EINER R. ELHAUGE “... agency capture is further exacerbated by the fact that industry groups are also well positioned to contribute to political campaigns and to lobby, which in turn gives them influence with the agency’s legislative over-seers on the relevant oversight committees”; cfr. EINER R. ELHAUGE, “Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?”, *Yale L.J.* 101, 31, 1991, p. 42.

132 Es el caso de quienes, con base en las facultades otorgadas por la Ley 1444 de dicho año, coordinaron la reforma administrativa del Gobierno Nacional en 2011 en la cual se adoptó de manera generalizada la denominación de *agencias estatales*. Entre las razones dadas por el gobierno para modificar la naturaleza de la Agencia Nacional de Hidrocarburos está la “... plena independencia en el sentido de la gestión de sus respectivos campos de actividades [...]”, que tienen las autoridades que cumplen funciones similares en otros países; cfr. Agencia Nacional de Hidrocarburos, *Consolidación institucional del sector hidrocarburos, transformación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos*, Bogotá, Agencia Nacional de Hidrocarburos, Estudio Técnico, 2011. Respecto de la naturaleza de las agencias, cfr. MARÍA CLARA GARRIDO, “Las agencias estatales de naturaleza especial en Colombia”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 17, 2017, p. 243.

las técnicas tradicionales de descentralización¹³³ y desconcentración¹³⁴ de competencias administrativas, y no a una lógica de independencia de la rama ejecutiva del poder público.

En derecho comparado la independencia administrativa¹³⁵ se obtiene a partir de la emancipación de las reglas de subordinación (controles jerárquico y de tutela), así como por la atribución de un dispositivo estatutario y jurídico tendiente a proteger la libertad de sus agentes, tanto al momento de su nominación, como durante el ejercicio de sus funciones¹³⁶. Si bien estos mecanismos están presentes en el diseño institucional de las autori-

133 Las superintendencias y agencias con personalidad jurídica presentan los atributos de las entidades descentralizadas, que varían en cada caso concreto según sus propias normas de creación: autonomía administrativa, financiera, técnica y/o presupuestal, y adscripción a los principales organismos de la administración del orden nacional. Conforme con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 489 de 1998, son organismos principales de la administración los ministerios y los departamentos administrativos, a los cuales les corresponde, en razón de dicha calificación, coordinar las políticas del sector administrativo que lideran. A su vez, el artículo 59.7 establece que son funciones de los ministerios “orientar, coordinar y controlar, en la forma contemplada por las respectivas leyes y estructuras orgánicas, las superintendencias, las entidades descentralizadas y las sociedades de economía mixta que a cada uno de ellos estén adscritas o vinculadas”.

134 Las comisiones de regulación son unidades administrativas especiales que, si bien poseen dimensiones de autonomía administrativa, presupuestal y financiera, carecen de personalidad jurídica (arts. 48 de la Ley 489, 69 de la Ley 142 de 1994 y 19 de la Ley 1341 de 2009), y de ese modo integran el sector descentralizado de la rama ejecutiva.

135 En derecho colombiano se emplean los términos independencia, de un lado, y autonomía, de otro, para definir cualidades reconocidas a algunos organismos; atributos que se designan de manera inversa en las acepciones de otros países, como lo demuestran los ejemplos francés y estadounidense (ANÍBAL ZÁRATE, *L'indépendance des autorités de concurrence: analyse comparative Colombie, France, États-Unis*, París, Thèse de doctorat Université Panthéon-Assas, París 2, 1.º de junio de 2011, 487 p.). En efecto, la jurisprudencia constitucional colombiana designa con el término *independencia legal* el conjunto de atributos reconocidos por el ordenamiento jurídico a órganos que, en razón de esos mismos atributos, no gozan sino de una o varias dimensiones de autonomía en sistemas como el francés y el estadounidense. Al mismo tiempo, el juez constitucional emplea la expresión *autonomía constitucional* para referirse a la situación de la Banca central o de la Comisión Nacional del Servicio Civil, autoridades que poseen una serie de garantías estatutarias, distintas a la sola autonomía, y que en otros sistemas son referidas bajo el término de independencia (p. ej., Corte Constitucional, Sentencias C-827 del 8 de agosto de 2001, exp. D-3345, y C-351 del 20 de abril de 2004, exp. D-4877). De ahí que entendamos por independencia la condición en la que se encuentra un organismo o entidad del orden nacional en relación con la rama ejecutiva, la cual es asegurada por un dispositivo orgánico que vas más allá de la atribución de una o más dimensiones de autonomía, y que le permite sustraerse efectivamente de los controles administrativos jerárquico y de tutela en su funcionamiento; A. ZÁRATE, *op. cit.*, p. 36

136 Y limitando el poder de remoción del ejecutivo; cfr. STÉPHANE MASON, *La notion d'indépendance en droit administratif français*. París, Thèse de doctorat Université Panthéon-Assas, París 2, 1995.

dades independientes en países como Francia y Estados Unidos¹³⁷, están ausentes tratándose de los reguladores colombianos que solo poseen ciertas dimensiones de autonomía¹³⁸.

En el caso de las superintendencias¹³⁹, y ante las exigencias de mayor autonomía a las que compelen organismos como la OCDE¹⁴⁰, se expidió el Decreto 1817 de 2015, por medio del cual el presidente regula su facultad de nombrar y remover a los superintendentes de industria y comercio¹⁴¹,

137 A. ZÁRATE, *op. cit.*

138 Por el contrario, órganos de creación constitucional como el Banco de la República proyectan en nuestro ordenamiento la presencia de autoridades independientes; cfr., p. ej., Corte Constitucional, Sentencia C-827 de 2001. Ciertamente, esas dimensiones de autonomía que se atribuyen a los organismos de regulación se enmarcan en una tendencia a hacerlos menos dependientes del ejecutivo.

139 Conforme con lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 489 de 1998, las superintendencias y unidades administrativas con personería jurídica “son entidades descentralizadas, con autonomía administrativa y patrimonial, las cuales se sujetan al régimen jurídico contenido en la ley que las crea y en lo no previsto por ella, al de los establecimientos públicos”.

140 “La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) debería tener una mayor independencia política, y así podría operar de manera más eficaz. Las políticas de aplicación de la ley por parte de la SIC deberían ser más transparentes”; cfr. Organización para la Cooperación y Desarrollo económico (OCDE). “Estudio económico sobre Colombia”, enero de 2015, p. 29. Disponible en <https://www.oecd.org/eco/surveys/Overview_Colombia_ESP.pdf>, consultada el 2 de febrero de 2017; en el caso de la Superfinanciera, “el aumento de las facultades supervisoras de la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC) también generaría efectos positivos en el sistema bancario. En particular, a pesar de que la SFC es independiente desde un punto de vista financiero, el superintendente es designado directamente por el presidente y no tiene un mandato de término fijo, lo cual reduce su independencia. Las autoridades colombianas están analizando en la actualidad alternativas jurídicas para potenciar su independencia *de jure*”; cfr. Organización para la Cooperación y Desarrollo económico (OCDE). “Estudio económico sobre Colombia, cit., p. 32.

141 En el caso de la SIC, un proyecto de reforma (Proyecto de ley 038 del 4 de agosto de 2015) buscaba la participación de los miembros del Consejo asesor en la toma de decisiones. Sin embargo, creer que con la presencia de por lo menos tres miembros del Consejo en las audiencias previstas se asegura una mayor independencia de la autoridad única frente al ejecutivo es por lo demás tan irrisorio como señalar que existe una verdadera separación funcional entre el órgano que adelanta la instrucción y aquel que toma la decisión al interior de la SIC; cuestión que sigue siendo una tarea pendiente en el diseño institucional de la autoridad de competencia. Primero, los cinco expertos en materias empresariales, económicas y jurídicas que integran el Consejo son todos de libre nombramiento y remoción del presidente. Además, conforme con lo dispuesto en el Decreto 2153 de 1992, sus honorarios son fijados por resolución ejecutiva. De igual forma, tal como estaba previsto en el proyecto de reforma, la recomendación que emite el órgano asesor al superintendente —quien a su vez es de libre nombramiento y remoción del presidente— no iba a ser vinculante, por lo que el segundo solo debía explicar las razones por las cuales descartaba las proposiciones del primero. En definitiva, la modificación presentada ante el Senado en nada robustecía las dimensiones de autonomía o atribuía garantías de independencia a la autoridad

financiero y de sociedades, estableciendo unas cualidades para ocupar el empleo y un período de cuatro años que coincide con el del mandato presidencial¹⁴². Sin embargo, se trata de un acto discrecional del presidente que en cualquier momento puede modificar para señalar otras cualidades u otro período, o incluso eliminarlos. Tal como quedó previsto en el decreto, basta con que este, en calidad de suprema autoridad administrativa, motive su decisión de retiro para que pueda separar del cargo al superintendente, incluso durante la vigencia del período establecido¹⁴³.

Un ajuste institucional que permita disminuir la concreción de actos de corrupción y el riesgo de captura es también algo pendiente tratándose de las comisiones de regulación. Por ejemplo, en su reporte del sector de las comunicaciones en Colombia la OCDE considera que la CRC es un organismo que no responde a los estándares internacionales por la ausencia de una independencia del ejecutivo¹⁴⁴. Eso llevó a que el ministro del sector dejase de presidir el colegio de comisionados y sus sesiones, y a que sean sus miembros quienes designen al presidente, pudiendo además reunirse y decidir los asuntos con mayoría simple¹⁴⁵. Con todo, la CRC continúa siendo una unidad administrativa especial sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de las TIC¹⁴⁶, que carece de una independencia funcional. La pluralidad de

frente al ejecutivo. Esta hubiese seguido siendo una entidad del sector descentralizado por servicios, sometida al control de tutela y a la coordinación del Ministerio de Industria y Comercio, órgano al cual se encuentra adscrita.

142 Las cualidades que se exigen son: 1. Título profesional y título de posgrado en la modalidad de maestría, o doctorado en áreas afines a las funciones del empleo a desempeñar, y 2. Diez años de experiencia profesional relacionada con las funciones del cargo o en experiencia docente en disciplinas relacionadas con las funciones del empleo.

143 El artículo 2.2.34.1.5 establece precisamente que, cuando el retiro del servicio de los empleos de superintendentes se efectúe con anterioridad a la terminación del respectivo período presidencial, el acto de insubsistencia debe ser motivado.

144 Organización para la Cooperación y Desarrollo económico (OCDE). “Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia”, abril de 2014. Disponible en <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264209558-es>>, consultada el 30 de marzo de 2016. Si bien mostramos el ejemplo de la CRC, esta es también la situación de las comisiones de regulación de SPD, unidades administrativas especiales sin personería jurídica adscritas a un organismo principal de la rama ejecutiva, y de las superintendencias con o sin personalidad jurídica; cfr. ANÍBAL ZÁRATE, “De la exclusión a la participación: consumidores, empresas y mantenimiento del orden público económico para la paz”, en *La constitucionalización del derecho administrativo. El derecho administrativo para la paz*, 2016, p. 265.

145 Artículo 207, Ley 1753 de 2015.

146 Y, en consecuencia, carece de ciertas dimensiones de autonomía, como la patrimonial, y de garantías estatutarias de independencia ligadas a la nominación plural y origen diverso de los

organismos administrativos con competencias en las comunicaciones¹⁴⁷, afecta la eficacia de las normas regulatorias que expide la CRC¹⁴⁸. De hecho, la indeterminación de competencias ha sido empleada en ocasiones por las industrias para ejercer presión sobre el ejecutivo y obtener una respuesta

miembros del colegio. Pese a que en su acto de creación se indica que tiene autonomía patrimonial, la CRC es una unidad administrativa especial sin personería jurídica que, en términos del artículo 67 de la Ley 489 de 1998, “son organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale”. El legislador confunde la autonomía presupuestal, que en efecto tiene, por aquella patrimonial, de la cual carece. Además, a ellas aplican los controles administrativos y presupuestales que, para las entidades del sector central, prevén las normas en materia de organización administrativa. Así, su autonomía se limita a la elaboración del presupuesto de funcionamiento y de inversiones, el cual debe luego ser aprobado por el ministro del sector y por el Director de Planeación Nacional, ambos representantes del gobierno en su colegio de comisionados.

147 Haciendo que en ocasiones se presente una duplicidad de funciones. En la Sentencia C-406 de 2004 la Corte constitucional determinó que la función atribuida a la CRC para regular el acceso y uso de las redes, y el acceso a los mercados de los servicios de telecomunicación, con excepción de las redes destinadas principalmente al servicio de televisión y radiodifusión sonora es condicionalmente exequible, “en el entendido que en los casos en que una misma red sirva para la prestación de varios servicios de telecomunicaciones, la competencia de cada una de las entidades reguladoras se referirá solo al servicio y a la tecnología que legalmente se le haya asignado”. Se ha discutido también la potestad atribuida en el artículo 22 de la Ley 1340 de 2009 a la CRC para resolver las controversias que se susciten, en el marco de sus competencias, entre proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Respecto de esa potestad, en la Sentencia C-186 de 2011 la Corte Constitucional juzgó que era constitucional la prohibición de que los proveedores acordaran la limitación de la facultad de intervención regulatoria y de solución de controversias de la CRC; cfr. ANA TERESA ALDANA J. y AZUCENA VALLEJO C., “Telecomunicaciones, convergencia y regulación”, *Revista de Economía Institucional*, n.º 23, 2010, pp. 165-197. Países como Alemania han optado por una autoridad de regulación multisectorial. Para algunos autores esas autoridades tienen ventajas en su funcionamiento como, por ejemplo, el ahorro de los términos de las consultas y solicitudes de información entre autoridades administrativas; cfr. HUBERT DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, énergie et postes*, Thèse de doctorat, Burdeos, Université Montesquieu - Bordeaux IV, 2008, p. 619.

148 Es así como la ausencia de potestad sancionatoria en cabeza de la CRC, y la práctica real del ejercicio de las potestades de inspección, control y vigilancia a cargo del Mintic, puede aparejar en algunos casos la inobservancia por los destinatarios de la regulación que expide tal organismo. Si bien el gobierno no tiene la mayoría en la junta de comisionados, si el ministro no está de acuerdo con la decisión de la mayoría es posible que deje simplemente de controlar su cumplimiento por operadores obligados a ello. Es el caso del deliberado incumplimiento de la regulación en materia de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional por los operadores móviles obligados, quienes con esta conducta crearon una barrera de entrada al mercado de un cuarto operador móvil (Avantel) por más de once meses, sin que el Mintic hubiese tomado medidas sancionatorias y de control en el tema.

favorable a sus intereses¹⁴⁹. De ahí que una mayor independencia estatutaria de los reguladores exija una determinación clara de las competencias y de las relaciones funcionales que los reguladores transversales y sectoriales sostienen entre ellos y con los organismos principales de la administración. La circunstancia de que el Estado colombiano aparezca como juez y parte del juego económico plantea serias dudas acerca de la imparcialidad de la regulación¹⁵⁰ y con relación a posibles conflictos de intereses al interior de sectores regulados¹⁵¹, convirtiéndose en un escenario propicio para actos de corrupción y correlativamente de captura. Ante la presión de la OCDE el gobierno anunció en 2015 que los ministros dejarán de hacer parte de las juntas directivas de las empresas del Estado. Sin embargo, a renglón seguido manifestó que los viceministros o funcionarios que los ministros designen serán sus representantes en esas juntas¹⁵², situación que en nada disminuye el conflicto de intereses que aparece cuando un mismo servidor público, o su inferior jerárquico delegatario, es regulador de un mercado y directivo de la empresa pública que interviene en el mismo. La propuesta gubernamental

-
- 149 Es el caso de la integración entre las empresas Avianca y Aces, en donde la SIC, autoridad de competencia, conoció en un principio de la operación. Luego de objetar la integración, Avianca decidió recusar al superintendente y ejercer un lobby ante la rama ejecutiva. El Ministro de Industria y Comercio, superior jerárquico de la SIC, nombró entonces al Superintendente de Sociedades como superintendente *ad hoc*, autoridad que designó como competente a la Aeronáutica civil y le reenvió el asunto. La Aeronáutica se pronunció con respecto a las cuestiones técnicas, sin hacer un análisis adecuado de los efectos en la competencia, dando luz verde a la integración empresarial, situación que llevó a la renuncia del superindustrial.
- 150 El Estado colombiano aparece como juez y parte del juego económico, lo cual desconoce las exigencias derivadas del principio de imparcialidad que, para el caso europeo, desde la Directiva de liberalización de industrias en redes de 1986, se exige en la configuración de las Autoridades de Regulación Nacionales (ARN), H. DELZANGLES, *op. cit.*, p. 47.
- 151 Por ejemplo, para el sector de las TIC, el gobierno detenta una participación e intereses patrimoniales en sociedades como Movistar, que por ser una sociedad de economía mixta está vinculada al MinTIC al que se encuentra a su vez adscrita la CRC. El ministerio ejerce al tiempo un control de tutela sobre la SEM, en los términos del artículo 106 de la Ley 489 de 1998, y un control jerárquico, atenuado por las autonomías administrativa y financiera, sobre la CRC. Para solucionar el conflicto de intereses que significa la presencia del Ministro de las TIC en la junta de Movistar, se nombró al Ministro de Hacienda. Más allá de la injerencia indirecta que este último tiene sobre el presupuesto de la CRC, el problema persiste para otras empresas del Estado, como es el caso de la sociedad pública de correos 4-72.
- 152 “De igual forma, el mandatario aseguró que los vice ministros o las personas que los ministros designen podrán pertenecer a las juntas directivas”; cfr. <<http://www.elespectador.com/noticias/economia/ministros-saldran-de-juntas-directivas-de-empresas-indu-articulo-601047>>, consultada el 3 de febrero de 2017.

resume el serio problema que existe a la hora de diseñar nuestros reguladores: una mezcla entre la improvisación y el dogma del ejecutivo unitario.

2. LA INCLUSIÓN DE “FACTORES DE NIVELACIÓN” EN EL DISEÑO DE LAS AGENCIAS REGULADORAS

En el derecho nacional¹⁵³ la arquitectura de los organismos de regulación “independientes” se ha construido, en primer lugar, a partir de la identificación de la naturaleza jurídica del regulador, esto es, su ubicación en una de las categorías tradicionales de estructuras administrativas¹⁵⁴; una vez determinada su naturaleza, se establece si la entidad hará parte del sector central o del sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva del poder público, cuestión que tiene implicaciones en cuanto al alcance de los controles administrativos y presupuestales que recaen en los organismos adscritos. Si se ubican en el primero de estos sectores tendrán autonomía administrativa y financiera, y en algunos eventos presupuestal, pero si constituyen un centro de imputación de derechos y deberes distinto de la nación, esto es, un sujeto de derecho público perteneciente al sector descentralizado, tendrán además la autonomía patrimonial. Por último, la elección de su dirección entre un colegio, en el que siempre tendrá presencia el ministro o director del departamento administrativo del sector, o un órgano al mando de un solo individuo¹⁵⁵, en raras ocasiones se acompaña de la atribución por vía legal de un período fijo en los mandatos de quienes integran sus órganos de dirección. Si estas dimensiones de autonomía y notas de independencia permiten cierta discreción frente a la injerencia de los órganos principales del ejecutivo¹⁵⁶, ellas son insuficientes para hablar de órganos independientes

153 Conforme lo establecido en los artículos 150 y 189 de la Constitución y 50 de la Ley 489 de 1998.

154 Categorías enunciadas en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

155 Cuestión recientemente debatida para el caso de la SIC; Proyecto de ley 038 de 2015 “... por la cual se introducen modificaciones al régimen de protección de la competencia, a las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se dictan otras disposiciones”, retirado por el Ministerio de Industria y Comercio de su trámite ante el Senado en 2016; cfr. ANÍBAL ZÁRATE, “Editorial”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 14, 2015, pp. 3-7.

156 No tener estas garantías tradicionales de independencia puede incluso agravar la situación, aumentando la capacidad de control por fuerzas políticas poderosas.

pero, sobre todo, para eliminar el riesgo de actos de corrupción y de captura desde actores políticos¹⁵⁷.

Las consideraciones de diseño institucional no siempre han estado presentes en la determinación que hace el político de la arquitectura de los organismos regulatorios. Si bien es posible encontrar en las exposiciones de motivos de reformas administrativas referencias a organismos que cumplen funciones similares en otros sistemas, el recurso al argumento comparado aquí se emplea de manera selectiva para justificar la solución que se pretende adoptar para una problemática concreta¹⁵⁸. Este uso inadecuado de la comparación explica además la falta de una definición en derecho nacional de los elementos de arquitectura que deberían tener los reguladores independientes.

Si el carácter colegiado y la atribución de un período fijo que limite el poder de remoción presidencial de sus miembros son componentes orgánicos de la independencia administrativa¹⁵⁹, no son eficaces si no se acompañan

157 Tampoco se trata de dejar expuesta la autoridad administrativa a los grupos de intereses, de ahí que la fórmula que se propone sea la de “factores niveladores”. En cuanto a la crítica que se presenta, a pesar de que los miembros que integran los colegios de las comisiones de regulación tienen un período fijo, es incierto si pueden o no ser removidos de su cargo durante la vigencia del mandato. Aun asumiendo que se trata de un período fijado por la ley que limita la potestad de remoción del presidente, las comisiones de regulación colombianas están sometidas a controles jerárquicos únicamente atenuados por la autonomía financiera y administrativa, dentro de los cuales se destaca: control presupuestal pleno por parte del ministro del sector respectivo y del DNP; ausencia de recursos propios y de una autonomía patrimonial; falta de representación de los diversos intereses en sus colegios, excepto tal vez por la exigencia de que uno de los comisionados de la CRC sea ingeniero, y asignación de competencias para la aplicación y sanción del incumplimiento de las normas que ellas expiden (*enforcement*) en el ministerio al cual están adscritas. Además, al no ser órganos descentralizados, sus actos al parecer son susceptibles de ser revocados; cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 8 de junio de 2016, rad. n.º 11001-03-06-000-2015-00137-00(2266), en donde se indica que los actos de las autoridades descentralizadas adscritas a ministerios y departamentos administrativos no pueden ser revocados por la cabeza del sector administrativo al que pertenecen.

158 O ante una exigencia de organismos supranacionales, como lo muestra el ejemplo citado de la presencia del ministro en la junta de comisionados de la CRC, o la exposición de motivos de la reforma contenida en la Ley 1344 de 2011 que, en vez de significar un cambio sustancial en la organización administrativa colombiana, comportó la escisión de algunos ministerios y la consecuente supresión, transformación y creación de órganos adscritos que, pese a su denominación como agencias, aparecen como una especie de híbrido con funciones de unidades administrativas especiales y una organización propia de los establecimientos públicos, creando así más confusión que claridad en la comprensión de la ya bastante compleja estructura de la administración pública nacional.

159 A partir del fallo *Humphrey's Ex'r vs. United States* (295 U.S. 602, 627-32, 1935), dichos atributos han dado lugar a una importante y abundante literatura en los sistemas que, como el

de otras garantías estatutarias¹⁶⁰. La supresión de controles jerárquicos y de tutela, o la atribución y gestión de recursos propios, aparecen como elementos adicionales de arquitectura interna capaces de reforzar el aislamiento del regulador de las injerencias del ejecutivo¹⁶¹. Ahora bien, entre más aislado del ejecutivo aparezca el regulador, más expuesto está a actos de corrupción y a la consecuente captura directa por grupos de intereses, tal como parece mostrarlo en el derecho nacional el caso de la CNTV¹⁶². De ahí que sea necesario encontrar un equilibrio a través de factores niveladores o *equalizing factors*¹⁶³.

Esos factores niveladores son diversos¹⁶⁴, y la incorporación de uno de ellos en la arquitectura del regulador no excluye la adopción de otros. Algunos de los elementos niveladores identificados por la doctrina en ciencia administrativa incluyen un período escalonado en los mandatos, limitando así la capacidad de un solo gobierno para nominar a todos los miembros de la autoridad de regulación¹⁶⁵, y la remoción de los ministros y directores de departamentos administrativos de los órganos colegiados de los órganos de regulación, al existir otros modos de asegurar la coordinación administrativa¹⁶⁶. Ahora bien, ello no quiere decir que deba proscribirse toda comunicación entre la autoridad de regulación y el ejecutivo. Por el contrario, consideramos que deben fijarse otros canales, por ejemplo, comités sectoriales o intersectoriales¹⁶⁷ u otros espacios en los que se desarrolle el principio de

estadounidense o el francés, han incorporado autoridades con garantías de independencia del ejecutivo.

160 A. ZÁRATE, *op. cit.*, p. 126.

161 *Ibid.*

162 Lo que constituiría una de las razones para su eliminación; cfr. R. PACHECO, “La Autoridad Nacional de Televisión: ¿una agencia estatal independiente?”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 13, 2015, p. 63. En la exposición de motivos del acto legislativo se habla de una “gestión cuestionable” de la CNTV, que “no responde al interés general”.

163 RACHEL BARKOW, “Insulating Agencies: Avoiding Capture through Institutional Design”, *Texas Law Review*, 89, 2010, p. 15.

164 No se pretende aquí hacer una presentación exhaustiva de los mismo, pero si indicar cómo algunos de ellos podrían reducir el riesgo de captura directa e indirecta, sin afectar la participación de los administrados.

165 Para RACHEL E. BARKOW, “Presidents may have relatively less direct influence over multimember agencies, if only because these agencies have members who serve staggered terms, meaning that presidents typically cannot appoint a full slate of officers immediately upon taking office”; R. BARKOW, *op. cit.*, p. 15.

166 Artículo 6.º Ley 489 de 1998.

167 Artículo 45 Ley 489 de 1998.

coordinación administrativa. Asimismo, durante el trámite de elaboración de determinados actos de regulación se puede establecer la exigencia de solicitar el concepto de la cabeza del sector o de otras autoridades sectoriales o transversales¹⁶⁸, los cuales serían determinantes, esto es, permitirían a la autoridad de regulación independiente apartarse de él, pero explicando en la exposición de motivos del acto de regulación adoptado cada una de las razones por las cuales se alejan de lo expresado en dichos conceptos, y las informaciones en las que basa su decisión. Cuestión que además será luego objeto de control judicial.

El puesto que ocupaban los ministros podría ser utilizado a su vez para favorecer intereses difusos, como los de consumidores o representantes de pequeños agentes en los mercados. Consideramos que la presencia en los colegios de *public advocates* debe realizarse procurando una igualdad de los intereses representados, ya que no se trata de ir al extremo opuesto incrementando el riesgo de prácticas corruptas al interior del ente regulador y su consecuente captura por grupos de intereses públicos. Si bien estos intereses son importantes, también lo son los intereses de las industrias. El interés general en la función de regulación no está dado por la importancia que tenga uno de los elementos de la ecuación, sino por la consecución de equilibrios eficaces entre los intereses opuestos. En esa medida, la presencia en los colegios de representantes de intereses públicos podría servir para prevenir y fiscalizar situaciones de corrupción que comporten su captura por las industrias reguladas¹⁶⁹, cuyos recursos le permiten una mayor actividad de cabildeo ante el órgano de regulación. Con relación a esos miembros de la autoridad de regulación, otros factores de nivelación en el diseño institucional atañen el régimen de cualificaciones¹⁷⁰, modo de elección y restricciones

168 En algunos casos obligatoria como, por ejemplo, artículo 7.º de la Ley 1340 de 2009, y en desarrollo de la función de abogacía de la competencia en cabeza de la SIC.

169 Se lograría una agenda regulatoria más estable, al tiempo que se constituye un sistema de monitoreo entre los varios intereses representados, el cual lleva a prender las alarmas en los casos en que el regulador se incline demasiado a favor de algún interés especial. La norma regulatoria sería expresión de compromisos entre los diferentes intereses representados. Sin embargo, algunos autores señalan que una tal composición podría dar lugar a bloqueos al interior del órgano de regulación, paralizando el cumplimiento de la agenda regulatoria; cfr. NICOLAS CURIEN, “La libéralisation des Télécommunications en Europe”, en *Concurrence et Service Public*, París, L’Harmattan, Chapitre 16, p. 356.

170 Con ocasión del reciente escándalo de las libranzas, se denunció que la Superintendente de Economía Solidaria habría ocupado el cargo sin el lleno de los requisitos legales, pues una vez

para acceder al empleo, y que a su vez podrían comportar límites para el ejecutivo en la nominación de quienes integran los colegios de los organismos reguladores, así como la determinación de un régimen de inhabilidades e incompatibilidades, códigos de deontología ejecutables y recusaciones durante el ejercicio de sus funciones¹⁷¹ y una vez se haya dejado el cargo¹⁷².

La existencia de recursos propios¹⁷³, y el control sobre la elaboración y presentación de su presupuesto, que podría ser incluso directamente ante el Congreso, son también presentados por la doctrina como factores de nivelación en los controles que recaen en las agencias independientes, y que por lo general han estado centralizados en cabeza del ejecutivo¹⁷⁴. Bajo este

posesionada, la funcionaria habría modificado el manual de funciones de la entidad para cumplir con las exigencias de nivel de estudios y especialidad exigidos (cfr. <<http://www.elespectador.com/noticias/investigacion/superintendente-mariana-gutierrez-apuros-articulo-661877>>), hecho que daría lugar a una falta disciplinaria, incluso para el nominador, sobre quien recaía el deber de verificar que el servidor público reuniera los requisitos al momento de posesionarse; cfr. Ley 190 de 1995; Corte Constitucional, Sentencia C-672 de 1998.

171 R. BARKOW, *op. cit.*, p. 15.

172 Cfr. *supra*, p. 185.

173 Ahora bien, se debe tener especial cuidado para evitar que, en caso de que provengan del sector regulado, esos recursos sean un medio para facilitar la captura del regulador. Así parece sugerirlo el caso de la *Office of the Thrift Supervision* (OTS) estadounidense; cfr. ADAM J. LEVINTIN, “The Politics of Financial Regulation and the Regulation of Financial Politics: A Review Essay”, *Harv. L. Rev.*, 127, 2014, p. 1991; en defensa del desempeño de la OTS, cfr. DAIN C. DONELSON y DAVID ZARING, “Requiem for a Regulator: The Office of the Thrift Supervision’s Performance During the Financial Crisis”, *N.C. L. Rev.*, 89, p. 1777.

174 En derecho colombiano, la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) posee varias de las garantías de independencia aquí indicadas: un colegio de dirección con mayoría no gubernamental en la que están representados varios intereses, cuyos miembros tienen un período fijo, así como la supresión de los controles jerárquicos y de tutela. Sin embargo, el parágrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1507 de 2012 indica que “para efectos de los actos, contratos, funcionarios, regímenes presupuestal y tributario, sistemas de controles y en general el régimen jurídico aplicable, la ANTV, se asimila a un establecimiento público del orden nacional, salvo lo previsto en la presente ley”. Por lo que, a pesar de tener recursos propios, “el Ministerio de Hacienda y Crédito Público es competente para adelantar las actuaciones correspondientes al ciclo presupuestal de la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV)”; cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, fallo del 14 de noviembre de 2012, rad. n.º 1100103060002012-0095-00. A pesar de que este párrafo fue derogado por una ley tributaria (art. 198 de la Ley 1607 de 2012), esa derogatoria fue declarada inconstitucional por falta de unidad de materia (Corte Constitucional, Sentencia C-933 de 2014). La ANTV realiza de manera independiente, en su condición de órgano y sección del presupuesto, el anteproyecto de su presupuesto anual y la ejecución del mismo, pero las restantes fases del ciclo presupuestal son adelantadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en su condición de representante del Gobierno Nacional. Si encontramos justificada la participación del Departamento Nacional de Planeación (DNP) en los trámites de modificación de gastos de inversión y de funcionamiento, y para vigencias futuras a través de la expedición de

enfoque, el diseño institucional implica por lo demás resolver la cuestión del régimen que será aplicable a la autoridad de regulación, las atribuciones y poderes que le son atribuidas para la realización de sus misiones, sus relaciones funcionales con otras autoridades, así como la determinación de los controles que recaen en ella, siempre procurando disminuir el riesgo de consecución de prácticas corruptas en las relaciones que esas autoridades mantienen con los poderes públicos y con grupos de intereses públicos y privados.

B. CRITERIOS FUNCIONALES PARA ASEGURAR UNA MAYOR LIBERTAD FRENTE A GRUPOS DE INTERESES

La independencia del regulador frente a los grupos de intereses parte de concebir la función de regulación como un producto de varios autores, en donde el ente regulador es el llamado a tomar la decisión que mejor sirva al interés general (1). Para ello se establece a su vez un sistema de controles externos e internos sobre la actividad del regulador, cuyo equilibrio es necesario para evitar reproducir el fenómeno de captura indirecta a través de prácticas corruptas (2).

I. LA REGULACIÓN COMO PRODUCTO DE VARIOS ACTORES

La legitimidad de las normas jurídicas, en los términos de la teoría clásica del derecho, reposaba en su validez formal; sin embargo, actualmente se ha visto complementada con exigencias de índole pragmática y metodológica, relacionadas con la participación directa de los destinatarios en su elaboración, y no solo a través de sus representantes. Es decir, la norma jurídica,

un concepto, por el contrario, la necesidad de contar con un concepto del Ministerio TIC para estos trámites solo encontraría respaldo en el hecho de que, como órgano principal de la rama ejecutiva, es cabeza del sector administrativo en el que la Ley 1507 de 2012 señala pertenece la ANTV. Sin embargo, al no estar la ANTV adscrita al Ministerio TIC, la presencia de la Autoridad en el sector obedece más a una necesidad funcional de coordinación y colaboración, y no a una subordinación desde el punto de vista orgánico. Conclusión que, además, creemos se encuentra respaldada por la voluntad expresa del legislador de suprimir todo control jerárquico o de tutela sobre la ANTV y por su ubicación por fuera de la rama ejecutiva.

que en un primer momento se preciaba de ser obedecida por su autoridad intrínseca, empezó a radicar su carácter vinculante en el consenso que la rodeaba¹⁷⁵. Ahora el papel protagónico lo detenta la legitimidad procedimental, dejando en segundo plano la legitimidad intrínseca, propia del modelo representativo; de este modo, “la concertación previa, la participación en la definición de la norma se convierte la garantía de su fundamento; el derecho pasa a ser así un derecho negociado, fruto de una deliberación colectiva”¹⁷⁶. De ese modo, y en virtud del redimensionamiento del modelo democrático, se han establecido escenarios de consulta de los grupos de interés¹⁷⁷, cuya participación permitirá “... localizar los conflictos, balizar los terrenos de confrontación, situar zonas de compromisos posibles, [...] una mejor adaptación de normas y elimina las posibles reacciones de rechazo”¹⁷⁸.

Las anteriores consideraciones, trasladadas a escenarios de regulación, implican que su proceso de elaboración debe recorrer una serie de pasos en los que interactúan múltiples actores, incluyendo todos los interesados, de manera tal que, luego de la culminación de los debates, la decisión regulatoria tenga un soporte racional sólido, que incentive su cumplimiento y aceptación por los destinatarios e interesados. Es por ello que “... los procedimientos de elaboración de las normas se vuelven así largos y complejos, con el fin de ajustar progresivamente las opiniones de unos y otros”¹⁷⁹. Esta metodología pausada, consultiva y tendiente a la concertación por diversos actores, es la que nuestro ordenamiento jurídico introduce con ocasión de lo contenido en el Decreto 2696 de 2004, compilado en el Decreto 1078 de 2015, y en el artículo 8.8 del CPACA. En ese escenario es preocupante el riesgo de que

175 J. CHEVALLIER. *El Estado posmoderno*, cit., p. 242.

176 *Idem*.

177 Para evitar la reducción de la eficacia de la actuación administrativa, dada la actividad consultiva de la administración, es necesario establecer mecanismos de concertación más flexibles y ágiles, que encajen dentro de la lógica de elaboración conjunta de la regulación.

178 J. CHEVALLIER, *El Estado posmoderno*, cit., p. 243. Igualmente, debe agregarse la intervención de la ciudadanía en general, la cual no necesariamente se enmarca dentro de los grupos de interés, como manifestación de la democracia participativa, en una pretensión de fomentar el diálogo directo entre gobernantes y gobernados. En Colombia estos mecanismos van desde el derecho de petición (Ley 1755 de 2015), pasando por los mecanismos constitucionales (Ley 134 de 1994), de participación ciudadana (Ley 134 de 1994 y Ley 1757 de 2015), hasta llegar a los mecanismos judiciales de control (Ley 1437 de 2011). En otros países se han ideado sistemas de “conferencias de consenso” (Dinamarca, Gran Bretaña, Canadá, Australia...) y “debates públicos” anteriores a la adopción de leyes (Francia); *ibid*, pp. 244 y 245

179 *Ibid.*, p. 242.

las decisiones de las autoridades de intervención sobre la economía sean capturadas por los intereses particulares, los cuales están cobijados bajo el manto del modelo de democracia participativa, concretándose situaciones de corrupción. Es decir, el riesgo de captura, que existe aún en escenarios de democracia representativa, se acentúa cuando los actores privados respaldan su intervención en los mecanismos de la democracia participativa.

Ya se ponía de presente el caso del RITEL, donde se perciben tenues visos de captura del regulador por el grupo de interés de los urbanizadores, pues los intereses generales que se gestionaban fueron subordinados a intereses sectoriales (particulares), que encajaban en el concepto de prácticas de corrupción aquí empleado. Sin embargo, en Colombia aún no existe la conciencia de que ese tipo de eventos constituyen atentados contra el normal funcionamiento de la actividad regulatoria, y que pueden ser catalogados como eventos de corrupción¹⁸⁰, sea porque nuestro país se haya acostumbrado a ella¹⁸¹, sea porque la percepción de riesgo de corrupción en el caso especial de las superintendencias y comisiones de regulación¹⁸² es menor

180 Tal vez no del tamaño de lo ocurrido en la refinería de Cartagena. En efecto, un informe de la Contraloría General de la República señala que “los aumentos en los costos de contratación es uno de los aspectos negativos del desarrollo del proyecto [en donde] hay serios desfases en cuanto a los términos inicialmente pactados y los finalmente pagados con contratos que ostentan grandes adiciones. Especialmente para las actividades asignadas a Reficar S.A. y CB&I, llama la atención el sobredimensionamiento en la contratación tanto en el aspecto económico como temporal lo cual hace reflexionar sobre el tipo de contratación utilizada y el seguimiento y control establecidos por Reficar S.A.”; cfr. MIGUEL PINZÓN, YEIRO SMELIG *et al.*, “Refinería de Cartagena: lecciones aprendidas y no aprendidas de un megaproyecto”, Informe Contraloría General de la República n.º 86113-059-05. Disponible en <<http://www.contraloria.gov.co/documents/20181/465565/Estudio+Sectorial+Reficar-2016.pdf/adfb673d-017e-42co-bcao-dd59a07f1dfa>>, consultada el 2 de febrero de 2017. O de la magnitud del reciente escándalo de Odebrecht, (<<http://www.portafolio.co/economia/gobierno/evidencias-en-el-caso-de-corrupcion-de-odebrecht-en-colombia-502898>>, consultada el 2 de febrero de 2016), pero de cualquier modo, desviación del interés público en favor de intereses privados.

181 Cfr. <<http://www.elespectador.com/opinion/corrupcion-generalizada>>, consultada el 23 de enero de 2017; pues la ciudadanía no se alarma por las exorbitantes cifras de dineros “extraviados”. Es curioso, y muy dicente, que se ironice con el hecho de que con el “sobrecosto” de la refinería de Cartagena se hubiera podido comprar la competición de la Formula 1; cfr. <<http://www.elespectador.com/noticias/economia/vale-corrupcion-colombia-habria-comprado-f1-articulo-675992>>, consultada el 23 de enero de 2017. Pagados como sobornos, cada uno de los escándalos en la materia tiene solo impacto mediático, que se atenúa u olvida al cabo de poco tiempo.

182 Como lo sugiere el informe de riesgo de corrupción elaborado por Transparencia Colombia en 2015. Disponible en <<http://transparenciacolombia.org.co/wp-content/uploads/2016/03/Informe-Anual-2015.pdf>>.

que en otros sectores de la administración pública¹⁸³. Comparativamente, en otras latitudes se han cuestionado seriamente conductas y declaraciones “menos graves”, que implican un uso erróneo del cargo público¹⁸⁴, así como el hecho de que se avale, incentive e incremente la participación ciudadana en todas y cada una de las decisiones relacionadas con intereses públicos, pues no siempre esa participación sin límites es útil y, más bien, contribuye a la ineficacia e ineficiencia de la gestión pública, lo cual pone en evidencia que cualquier intromisión de actores particulares, contraria al interés público, es susceptible de distorsionar la actividad administrativa, incluso en aquellos eventos donde la magnitud de la intervención no es tan grande¹⁸⁵.

183 Si en el índice de percepción de corrupción elaborado por Transparencia Internacional disponible en <http://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016>, consultada el 25 de enero de 2017, Colombia se mantiene en un lugar alto, con un puntaje de 37 sobre 100, donde 0 es muy limpio y 100 muy corrupto, y ubica a nuestro país en la posición 90 de los países más corruptos, sobre un total de 176, en el índice de transparencia nacional (ITN) 2013-2014 se puede observar cómo la percepción de corrupción es menor en superintendencias y órganos de control: “En la rama ejecutiva lideran las entidades encargadas de la regulación y la supervisión. Superintendencias como la de Sociedades, Financiera e Industria y Comercio registran calificaciones superiores a los 80 puntos”.

184 REEVE T. BULL, “Making the administrative state “safe for democracy”: a theoretical and practical analysis of citizen participation in agency decision-making”, *Administrative Law Review*, 611, 2013.

185 Por ejemplo las declaraciones recientes de una consejera de la presidencia de los Estados Unidos por la televisión nacional, invitando a comprar los productos de la marca Ivanka Trump. Estas declaraciones dieron lugar a un requerimiento formal de los miembros del Comité de Vigilancia y Reforma Gubernamental de la Cámara de Representantes (*House Committee on Oversight and Government Reform*), a la Oficina de Ética del Gobierno de los Estados Unidos (*United States Office of Government Ethics*, OGE) para que se pronuncie y emita las recomendaciones correspondientes. En una comunicación del 13 de febrero de 2017, dirigida al oficial designado de ética de la Casa Blanca, recomienda abrir una investigación formal e imponer las eventuales sanciones disciplinarias a la funcionaria: “These facts, if true, would establish a clear violation of the prohibition against misuse of position. I note that OGE’s regulation of misuse of position offers as an example the hypothetical case of a Presidential appointee appearing in a television commercial to promote a product. Ms. Conway’s actions track that example almost exactly. Therefore, I recommend that the White House investigate Ms. Conway’s actions and consider taking disciplinary action against her. I request that you notify OGE in writing of the findings of your investigation and any disciplinary or other corrective taking in connection with this matter by February 28, 2017. Please be advised that OGE will share a copy of that written notification with Representatives Chaffetz and Cummings”. De igual manera, el pasado 20 de febrero un grupo de profesores de derecho radicó una queja ante el Consejo Disciplinario de la Barra de Abogados de Washington para que investigue y sancione a esta consejera, quien es abogada egresada de la Universidad George Washington y registrada como profesional en esa ciudad (cfr. <<http://apps.washingtonpost.com/g/documents/national/read-the-misconduct-complaint-sent-by-law-professors-against-white-house-counsel-kellyanne-conway/2346/>>).

Pero, ¿cómo evitar proscribir cualquier tipo de interacción entre el regulador y la industria? Con soporte en la necesidad de reducción de asimetrías en la información, se afirma que “a close relationship between agency and regulators can provide substantial benefits. It can improve the information available to an agency, and it can improve regulatory results by increasing compliance and preventing negative unintended consequences”¹⁸⁶, hasta el extremo de afirmar que en ocasiones el regulador “capturado” produciría mejores resultados. Sin embargo, en el fondo, lo que plantea esta postura es un llamado a distinguir con claridad los eventos de captura propiamente dicha, y aquellos en que existe una colaboración entre regulador y sector regulado, lo cual es coincidente con la propuesta de este documento. En otras palabras, los mejores resultados regulatorios provienen de la participación de distintos actores pues, de un lado, se refuerza la legitimidad de sus decisiones y, de otro, se reduce el riesgo de actos de corrupción y de captura, pues los distintos actores concurren a su fiscalización¹⁸⁷.

2. LA ATRIBUCIÓN DEL CONTROL DE CUMPLIMIENTO

Entre las posibles causas que generan, o profundizan, la ineficacia de la regulación suele enlistarse la ausencia o debilidad de los mecanismos de control instituidos¹⁸⁸. A los factores de nivelación o *equalizing factors*, es necesario incorporar en la arquitectura del órgano de regulación un equilibrio en los controles que pesan sobre su actividad regulatoria. A los controles previos que se establecen durante el procedimiento de confección de normas regulatorias es necesario acompañar aquellos posteriores durante su fase de aplicación. El equilibrio no se podría alcanzar sin un ejercicio tanto interno por la misma autoridad administrativa, como externo por otras ramas del poder público, órganos reguladores y de control, y los administrados.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 2.

¹⁸⁷ Si la regulación es producto de la interacción de varios actores, cuyos intereses no siempre son coincidentes, existe un riesgo latente de que los intereses públicos gestionados sean capturados por intereses particulares. Sin embargo, a través de los mismos mecanismos de participación que posibilitarían la captura, es posible generar escenarios de colaboración para que todos los actores fiscalicen el adecuado ejercicio de la actividad regulatoria.

¹⁸⁸ Esta ausencia o ineficacia de controles es considerada como una de las principales causas de mala administración o de violación sistemática de los principios de la ética pública; cfr. V. CERULLI IRELLI, *Per una politica dell'etica pubblica*: ..., cit., p. 36.

Pese a la claridad teórica de este esquema, en el ordenamiento jurídico colombiano existe un gran vacío en relación con el control de la actividad administrativa, pues su ámbito se reduce a las acciones judiciales y al análisis de la legalidad formal¹⁸⁹. De ahí que se insista en la necesidad de analizar, desde el derecho de la organización, el sistema de control a la regulación, y esquematizarlo para que sea de conocimiento de todos los actores. De otra manera seguirá aumentando la percepción de mala administración, de corrupción y de ilegitimidad de las autoridades estatales que intervienen en la economía¹⁹⁰.

Es el legislador quien debe establecer los parámetros dentro de los cuales se debe adelantar el control de la actividad de los órganos de regulación. Este equilibrio exige tomar en cuenta el grado de deferencia¹⁹¹ que los sujetos titulares del control están llamados a otorgar al órgano de regulación: poca deferencia facilita su captura por el sujeto titular del control, al tiempo que mucha deferencia permite la captura de las industrias, toda vez que el regulador no tiene que rendir cuentas, disfrazando intereses particulares bajo una apariencia técnica, pero sin que medie un peritaje imparcial¹⁹². A ello se suma la necesidad de definir el nivel de intensidad del control, puesto que no debe estar limitado a eventos concretos¹⁹³, pero tampoco puede ser de

189 Basta con analizar el contenido de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), de las normas referentes al control fiscal y disciplinario, y de la jurisprudencia del Consejo de Estado, para comprobar la afirmación.

190 La necesidad de control de la actividad estatal, en cualquier ámbito, se deriva de la lógica misma del Estado moderno, pues su característica principal es el sometimiento al derecho, que gradualmente se va ampliando, y, consecuentemente, el sometimiento a controles en procura de garantizar que su quehacer se adecue a los principios, normas y reglas previamente establecidos; cfr. JACQUES CHEVALLIER, *El Estado de Derecho*, Oswaldo Pérez (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 85 y ss.

191 Cfr. LISA SCHULTZ-BRESSMAN, “Deference and Democracy”, *Geo. Wash. L. Rev.*, June 2007, vol. 75, pp. 761-781.

192 La regulación sectorial ha respondido históricamente a una finalidad ideológica consistente en justificar la intervención como una exigencia técnica y, por consiguiente, neutral (política e ideológicamente), además, se presenta como una necesidad en el nuevo contexto del mercado; cfr. A. BETANCOR, *op. cit.*, p. 63.

193 Pues se ha entendido que el control “... solo es necesario en escasas situaciones, donde se evidencie una arbitrariedad manifiesta pues la administración reguladora actúa como un experto técnico que no tiene intereses distintos a mejorar el mercado efectuando los ajustes indicados”; CAMILO PERDOMO, “Control judicial de la regulación económica en clave de los actos administrativos proferidos por la comisión de regulación de comunicaciones (CRC)”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 12, 2014, p. 75.

tal magnitud que bloquee o retarde el quehacer del regulador. Para evitar perversiones en el ejercicio del poder regulatorio el control debe ejercerse siempre que sea necesario. En suma, se trata de saber cuál es el sistema de controles que garantice eficacia y ética de la administración¹⁹⁴.

Como instrumento para prevenir actos de corrupción y la captura del regulador, el control consiste en la evaluación de los actos o comportamientos de los órganos regulatorios, sobre la base de parámetros prefijados, que pueden versar sobre la legalidad, la economía, la gestión, la satisfacción de los usuarios, la eficacia, la eficiencia y la celeridad, entre otros¹⁹⁵. Se considera, entonces, que es el mismo regulador quien tiene a su cargo la responsabilidad de adelantar, en primera instancia, las actividades de control de su actuación, abordando cada uno de los ámbitos referidos que abarcan desde el control interno aplicado a la misma autoridad, hasta la adopción de códigos de ética internos. Y, de manera posterior y no concomitante¹⁹⁶, se deben implementar controles externos, ejercidos por otros sujetos ajenos al titular de la competencia administrativa¹⁹⁷.

La distinción entre esos tipos de controles gira precisamente en torno al sujeto que los desarrolla, al momento en que se aplican y a su grado de intensidad¹⁹⁸; sin embargo, ello no es óbice para abogar por un equilibrio entre controles internos y externos, no tanto en términos cuantitativos, pero sí en términos cualitativos. Más que pensar la relación en términos porcentuales, esto es, en que haya un 50% de controles internos, acompañados

194 LUCIANO VANDELLI, “Etica pubblica e buona amministrazione; quale ruolo per i controlli?”, en *Etica pubblica e buona amministrazione; quale ruolo per i controlli?*, Milán, Franco Angeli, 2009, p. 14.

195 A partir de la definición de control administrativo de V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, p. 36. Ahora bien, adoptamos una definición más amplia, puesto que entendemos que estos controles no deben provenir exclusivamente de la rama ejecutiva.

196 Esencialmente, para evitar la duplicidad de funciones y los choques en su ejercicio.

197 En Italia existe un amplio desarrollo doctrinario de esos tipos de controles, no obstante, se ha afirmado que “los controles administrativos están regidos por el principio de ineficiencia. Los controles internos son casi desconocidos, excepto los del gasto público, que no responden, sin embargo, a los fines que deben servir. Los controles externos se llevan a cabo por una serie de órganos, que no están relacionados entre sí y que no están en posición de neutralidad y de independencia respecto del poder político y de la administración”; cfr. GAETANO D’AURIA, “I controlli”, en *L’amministrazione pubblica italiana: un profilo*. SABINO CASSESE y CLAUDIO FRANCHINI (eds.), Bolonia, Il Mulino. 1994, p. 79.

198 ZAMMARTINO DI FRANCESCO, “Sistema dei controlli e semplificazione amministrativa: una coesistenza difficile?”, *Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 19, 2015.

de un 50% de controles externos, el equilibrio estará dado por factores sustanciales, como la necesidad de asegurar un *feedback* y un *accountability* que promuevan un sistema más descentralizado, al tiempo que ayuden a los reguladores a identificar con precisión aquellos nodos del sistema regulatorio que están fallando.

El reto consiste en nivelar los controles instaurando mejores herramientas de fiscalización desde las autoridades de regulación, toda vez que en materia de control interno existen desarrollos precarios. Nuestro ordenamiento se ocupa por ejemplo del “control interno disciplinario”¹⁹⁹, obviando cuestiones relacionadas con el control ciudadano a la actividad y legalidad de los actos²⁰⁰. En relación con el control externo, parecería que nuestro sistema es además coincidente con la radiografía del modelo italiano²⁰¹, pues los órganos autónomos de control, como la Procuraduría y la Contraloría, así como los mecanismos que despliegan, parecieran estar capturados por el poder político²⁰², poniéndose en duda su eficacia e imparcialidad. Situación que rompe con el equilibrio que se requiere para disminuir el riesgo de captura.

Si la balanza se inclina tal vez por el control ejercido por el juez, percibido como el más importante²⁰³, circunstancia que influye en el escaso desarrollo de los controles internos, consideramos necesario redimensionar su alcance, reconociendo que su tarea se debe aplicar como *ultima ratio*. Si el juez es el

199 Que en virtud del artículo 76 de la Ley 734 de 2002 se debería instituir una unidad de control interno o crearse una oficina de control interno, de manera obligatoria, en todas las entidades y organismos del Estado, y que en cualquiera de los dos eventos le correspondería conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios correspondientes.

200 A pesar de ello se debe resaltar que recientemente se instituyó, de manera general en el régimen de promoción y protección del derecho a la participación democrática (Ley 1757 de 2015), un sistema de rendición de cuentas por parte de la Rama Ejecutiva, que a pesar de su importancia deja por fuera a un sinnúmero de entidades y organismos públicos que hacen parte del concepto de administración pública, pero no del de rama ejecutiva.

201 G. D'AURIA, *op. cit.*, p. 79.

202 En cada una de las elecciones de la cabeza de estos órganos externos de control existe una percepción generalizada de que la elección obedece a intereses de los detentadores del poder, y que se omite la opinión e intención de la ciudadanía.

203 No obstante, parte de la doctrina cuestiona la eficacia de este control en escenarios de regulación, toda vez que los jueces tienden a acordar una mayor deferencia a la administración en aquellos casos en que la decisión resulta favorable para la industria regulada, mejor organizada que ciertos intereses difusos para contestar las decisiones por vía judicial; cfr. JAMES T. O'REILLY, “Losing Deference in the FDA's Second Century: Judicial Review, Politics, and a Diminished Legacy of Expertise”, *Cornell L. Rev.*, 93, p. 939.

garante último de la buena administración²⁰⁴ y la ética pública, la ciudadanía está llamada a ser el primero, a través de mecanismos de participación y dejando al control judicial como una herramienta adicional de fiscalización externa. Es preciso resaltar la creación de mecanismos tendientes a la “democratización de la administración pública” en el Estatuto Anticorrupción²⁰⁵, cuya difusión sigue siendo una tarea pendiente, de manera tal que estén dadas todas las “... instituciones que pongan al sujeto en condiciones de ejercer el máximo grado de control sobre las decisiones”²⁰⁶. El sistema de *accountability* debe ser a la vez menos formal y más fuerte que la responsabilidad ordinaria que conoce el derecho. Si un acto de regulación es anulado por el juez, se trata de una desaprobación mediata del autor del acto. La rendición de cuentas también está en cabeza el propio regulador, siendo responsable del cumplimiento de los resultados que se esperan de él²⁰⁷.

204 La “buena administración” es de difícil conceptualización, sin embargo, a efectos de la presente investigación, se entiende que el mismo constituye un principio derivado, entre otros, del artículo 209 de la Constitución Política, el cual “ordena, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, que la Administración garantice los derechos de los administrados cuando entran en interacción con ella, ejecute de buena fe y bajo el estándar de la debida diligencia los deberes funcionales que el ordenamiento jurídico convencional, constitucional y legal le ha confiado y adopte las decisiones que correspondan de manera razonable y ponderada conforme a los valores, principios y reglas que se desprenden del marco jurídico legal, constitucional y convencional”; cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 10 de octubre de 2016, rad. 11001-03-26-000-2015-00165-00(55813).

205 En efecto, el artículo 78 de la Ley 1474 de 2011 introduce la obligación para todas las autoridades públicas de “... desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública. Para ello podrán realizar todas las acciones necesarias con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública”. Para el efecto, establece que, al margen de esos mecanismos, las autoridades públicas deben rendir cuentas en todo momento.

206 A. GREPPI, *op. cit.*, p. 146.

207 “On mesure à travers cela que la reddition des comptes, mieux que la responsabilité strictement juridique, redonne au régulateur une place précise dans le système politique: il n’est pas tenu par l’exécutif ou par les juges puisqu’il doit demeurer indépendant dans l’exercice de ses pouvoirs mais il est tenu par les résultats de son action, pour l’obtention desquels une telle présence lui a été donnée. La reddition des comptes est donc ce qui rend supportable politiquement et efficace économiquement l’indépendance du régulateur”; MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, “Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique”, *Responsabilité et régulations économiques*, París, Dalloz, 2006, p. 55.

CONCLUSIONES

Más que el producto de actores que se inscriben en los canales de control que convergen hacia la representación nacional, la regulación, como función administrativa, se realiza a través de una red de procedimientos de producción de decisiones públicas en la que la relación entre reguladores y administrados deja de ser unilateral, vertical y jerárquica, y tiende a ser multilateral, horizontal y colaborativa. Si esta puja de intereses provee al regulador con ciertas informaciones y facilita la aplicación posterior de la norma regulatoria, ella también puede alentar a grupos de intereses públicos y privados a usar medios catalogados como ilegales o no, que constituyen actos de corrupción, para capturar al elemento humano de la organización administrativa y lograr, de esa manera, una respuesta institucional que los aventaje. Frente a la amenaza de captura, una alternativa consiste en aislar al regulador de esos grupos, solución que implica la renuncia a los beneficios derivados de la participación de particulares en los procesos de toma de decisiones públicas. Con apoyo en el derecho comparado, la investigación arrojó que una disminución del riesgo de captura a través de actos de corrupción, que no altere o dificulte la participación de grupos de intereses, puede construirse a partir de la revisión de la arquitectura de los reguladores. El análisis de la estructura de las autoridades de regulación enseña que están expuestas a una captura indirecta, a través de controles administrativos y presupuestales, principalmente desde la rama ejecutiva del poder público. Si la atribución de garantías de independencia frente al ejecutivo es necesaria, podría aumentar el riesgo de actos de corrupción y captura directa por grupos de presión, razón por la cual la determinación de la correcta estructura del órgano de regulación se debe acompañar de *factores de nivelación*, y un equilibrio cualitativo en los controles externos e internos que recaen en esas autoridades.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

I. OBRAS GENERALES Y ESPECIALIZADAS

ABRAMOFF, JACK, *Capitol Punishment: The Hard Truth About Washington Corruption From America's Most Notorious Lobbyist*, WND Books, 2011.

BETANCOR, ANDRÉS, *Regulación, mito y derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Aranzandi, 2010.

CHEVALLIER, JACQUES, *El Estado de derecho*, Oswaldo Pérez (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

CURIEN, NICOLAS, *Économie des réseaux*, París, La Découverte, “Repères”, 2005.

DEVOLVÉ, PIERRE, *Droit public de l'économie*, París, Dalloz, 1998.

DUPUIS, GEORGES; MARIE-JOSÉ GUEDON y PIERRE CHRISTIEN, *Droit administratif*, 10.^a ed., París, Sirey, 2007.

FLÓREZ, JOSÉ, *Todo lo que la democracia no es y lo poco que sí. Defensa de una concepción democrática realista*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

GAUDEMET, YVES, *Droit administratif*, París, LGDJ, 2005.

GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Diritto Amministrativo*, 3.^a ed., Milán, Giuffrè, 1993.

GREPPI, ANDREA, *La democracia y su contradictorio. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Madrid, Trotta, 2012.

KANT, IMMANUEL, *Sobre la paz perpetua*, Madrid, Editorial Tecnos, 1994.

MARÍN, HUGO, *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

MONTAÑA, ALBERTO, *Fundamentos de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 124.

NICINSKI, SOPHIE, *Droit public des affaires*, 2.^a ed., París, Montchrestien, 2010.

SCHMITD ASSMANN, STÉPHANE, *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistémica*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2003.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10.^a ed., Madrid, Trotta, 2011.

TESIS Y MONOGRAFÍAS

DELZANGLES, HUBERT, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, énergie et postes*, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2008.

MASON, STÉPHANE, *La notion d'indépendance en droit administratif français*, París, Université Panthéon-Assas, París 2, Thèse de doctorat, 1995.

PERDOMO, CAMILO, *Regulación económica: caracterización y control*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Tesis de grado (coll.), 2014.

RAMBAUD, ROMAIN, *L'institution juridique de régulation*, París, L'Harmattan, thèse, 2012.

ZÁRATE, ANIBAL, *L'indépendance des autorités de concurrence: analyse comparative Colombie, France, États-Unis*, París, Université Panthéon-Assas, París II, Thèse de doctorat, 2011.

ARTÍCULOS Y CONTRIBUCIONES

ALDANA J., ANA TERESA y AZUCENA VALLEJO C., “Telecomunicaciones, convergencia y regulación”, *Revista de Economía Institucional*, 23, 2010.

ARROYO JIMÉNEZ, LUIS, “Fallas en la intervención pública”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 130, 2005.

BAGLEY, NICHOLAS y RICHARD L. REVESZ, “Centralized Oversight of the Regulatory State”, *Colum. L. Rev.*, 106, 2006.

BARKOW, RACHEL, “Insulating Agencies: Avoiding Capture through Institutional Design”, *Texas Law Review*, 89, 2010.

BARTELS, LARRY M., “Elections in America”, *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.*, 667, 2016.

- BASS, GARY D.; DANIEL GOTOFF, CELINDA LAKE, KATHERINE MCFATE y ROBERT WEISSMANN, “The need to Strengthen Regulatory Enforcement”, *Geo. Pub. Pol’y Rev.*, 20, 2015.
- BUCUR, ION, “The State and Market Failures”, *Manager*, University of Bucharest, n.º 8, 2008.
- BOHEM, FRÉDÉRIC y JOHAN GRAFF, “Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional”, *Revista de Economía Institucional*, II, 21, 2009.
- BOHEM, FRÉDÉRIC, “Corrupción y captura en la regulación de los servicios públicos”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 7, 13, 2005.
- BOY, LAURENCE, “Le droit de la concurrence: régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence”, *JCP G*.
- BULL, REEVE T., “Making the administrative state ‘safe for democracy’: a theoretical and practical Analysis of citizen participation in agency decision-making”, *Administrative Law Review*, 611, 2013.
- CARPENTER, DANIEL, “Corrosive? The Dueling Forces of Autonomy and Industry Influence in FDA Pharmaceutical Regulation”, en *Preventing: Special Interest Influence in Regulation, and How to Limit It*, Cambridge University Press, 2013.
- CARVAJAL, BERNARDO, ¿Cómo asegurar calidad regulatoria?, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 9, 2013.
- CAPRIO JR., GERARD, “Regulatory Capture: Why it Occurs, how to Minimize it”, *N.C. Banking Inst.*, 18, 2013.
- CERULLI, VICENZO, “Per una politica dell’etica pubblica: controlli e disciplina delle funzione amministrative”, *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, Milán, Franco Angeli, 2009.
- CHEVALLIER, JACQUES, “L’État régulateur”, *Régulation économique et démocratie*, París, Dalloz, 2006.
- CUNNINGHAM-PARMETER, KEITH, “A Poisoned Field: Farmworkers, Pesticide Exposure, and Tort Recovery in an Era of Regulatory Failure”, *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change*, 28, 2004.
- CURIEN, NICOLAS, “La libéralisation des Télécommunications en Europe”, en *Concurrence et Service Public*, París, L’Harmattan, chapitre 16.

- D'AURIA, GAETANO, "I controlli", en *L'amministrazione pubblica italiana: un profilo*, SABINO CASSESE y CLAUDIO FRANCHINI (eds.), Bologna, Società Editrice Il Mulino, 1994.
- DAL BÓ, ERNESTO, "Regulatory Capture: A Review", *Oxford Journal of Economic Policy*, 22(2), 2006.
- DI FRANCESCO, ZAMMARTINO, "Sistema dei controlli e semplificazione amministrativa: una coesistenza difficile?", *Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 19, 2015.
- DONELSON, DAIN C. y DAVID ZARING, "Requiem for a Regulator: The Office of the Thrift Supervision's Performance During the Financial Crisis", *N.C. L. Rev.*, 89.
- ELHAUGE, EINER R., *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, *Yale L.J.* 101, 31, 1991.
- FREEMAN, JUDY, "Extending Public Law Norms Through Privatization", *Harvard Law Review*, 116, 2003.
- FREEMAN, JUDY, "The Contracting State", *Florida State University Law Review*, 28, 2000.
- FRISON-ROCHE, MARIE-ANNE, "Définition du droit de la régulation économique", en *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, París, Presses de Science Po, Dalloz, 2004.
- FRISON-ROCHE, MARIE-ANNE, "Le couple ex ante-ex post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation", en *Les engagements dans les systèmes de régulation*, París, Presses de Sciences Po, Dalloz, 2006.
- FRISON-ROCHE, MARIE-ANNE, "Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique", *Responsabilité et régulations économiques*, París, Dalloz, 2006.
- GARRIDO, MARÍA CLARA, "Las agencias estatales de naturaleza especial en Colombia", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 17, 2017.
- GAUDEMET, YVES, "La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction", en *Régulation. Nouveaux modes? Nouveaux territoires?*, RFAP, n.º 109, 2004.
- GUTTERMAN, ALAN S., "Preparation for Implementation of a New Design Concept, Pressure Group, Principal Relationship", *Business Transactions Solutions* §325:43, Thomson Reuters, 2017.

- HITOSHI MAYER, LLOYD, “What is this ‘Lobbying’ that we are so Worried About”, *Yale L. & Pol’y Rev.*, 26, 2008.
- HASEN, RICHARD L., “Lobbying, Rent-Seeking and the Constitution”, *Stan. L. Rev.*, 64, 2012.
- ISAZA, CAROLINA, “El fracaso de la lucha anticorrupción en Colombia”, *Revista Ópera*, 11, 2011.
- LASSERRE, BRUNO, “Régulation, mode d’emploi”, *Services publics et marché: l’ère des régulateurs*, Sociétal, 30, 2000.
- KHANNA, VIKRAMADITYA S., “Corporate Crime Legislation: A Political Economy Analysis”, *Wash. U. L.*, 82, 2004.
- KOLODIN, ZACHARY J. F., “Standing to Challenge Regulatory Failure in the age of Preemption”, *N.Y.U. Envtl. L.J.*, 22, 2015.
- LEVINTIN, ADAM J., “The Politics of Financial Regulation and the Regulation of Financial Politics: A Review Essay”, *Harv. L. Rev.*, 127, 2014.
- LIGHT, DONALD W.; JOEL LEXCHIN y JONATHAN D. DARROW, “Institutional Corruption of Pharmaceuticals and the Myth of Safe and Effective Drugs”, *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 2013.
- LIZARAZO, LILIANA, “Regulación, autorregulación y desregulación”, en *La regulación económica: tendencias y desafíos*, Bogotá, Universidad del Rosario, Textos de Jurisprudencia (coll.), 2004.
- MACHER, JEFFREY T.; JOHN W. MAYO, JACK NICKERSON, “Regulator Heterogeneity and Endogenous Efforts to close the Information Asymmetry Gap”, *J.L. & Econ.*, 54, 2011.
- MALDONADO, ALBERTO, “La lucha contra la corrupción en Colombia: la carencia de una política integral”, *Policy papers*, Friedrich Ebert Stiftung-Fescol, 2, 2011.
- MARCOU, GÉRARD, “L’ordre public économique aujourd’hui. Un essai de redéfinition”, *Annales de la régulation*, IRJS éditions, 2, 2009.
- MARCOU, GÉRARD, “La notion juridique de régulation”, *AJDA*, París, Dalloz, 2004.
- MARÍN, HUGO, “‘Norma regulatoria’: ¿mito o realidad?”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 3, 2010.

- MCCUBBINS, MATHEW y THOMAS SCHWARTZ, “Congressional Oversight Overlooked: Policy Patrols vs. Fire Alarms”, *Am. J.P.S.*, 28, 1984.
- MÉNARD, CLAUDE, “From Technical Integrity to Institutional Coherence: Regulatory Challenges in the Water Sector”, en *Regulation, Deregulation, Reregulation, Institutional Perspectives. Advances in New Institutional Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, Edward Elgar, 2009.
- MENDELSON, NINA A., “Disclosing ‘Political’ Oversight of Agency Decision Making”, *Mich. L. Rev.*, 108, 2010, p. 1127.
- MORET BAILLY, JOËL, “Définir les conflits d’intérêts”, *Recueil Dalloz*, 2011.
- NICINSKI, SOPHIE, “L’autorité de la concurrence”, *RFDA*, 2009.
- NISSIM-SABAT, MICHAEL C., “Capturing this Watchdog? The Consumer Financial Protection Bureau Keeping the Special Interests out of its House”, *W. St. U. L. Rev.*, 40, 2012.
- OMAROVA, SAMUEL T., “Bankers, Bureaucrats, and Guardians: Toward Tripartism in Financial Services Regulation”, *J. Corp. L.*, 37, 2012.
- O’REILLY, JAMES T., “Losing Deference in the FDA’s Second Century: Judicial Review, Politics, and a Diminished Legacy of Expertise”, *Cornell L. Rev.*, 93, p. 939.
- PACHECO, RONALD, “La Autoridad Nacional de Televisión: ¿una agencia estatal independiente?”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 13, 2015.
- PALACIOS, JUAN MANUEL, “Efectos de la corrupción sobre el crecimiento económico. Un análisis empírico internacional”, *En-contexto*, 2, 2014.
- PERDOMO, CAMILO, “Control judicial de la regulación económica en clave de los actos administrativos proferidos por la comisión de regulación de comunicaciones (CRC)”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 12, 2014.
- PERROT, ANNE, “Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence”, *Revue française d’économie*, 16, 4, 2002.
- PERROT, ANNE, “Ouverture à la concurrence dans les réseaux. L’approche stratégique de la théorie de l’économie des réseaux”, *Régulation des entreprises des réseaux, Économie et prévision*, 119, 1995.

- PIMIENTO, JULIÁN, “Regulación. Análisis desde las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 9, 2013.
- PONCE-SOLÉ, JULI, “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones”, *RAP*, 163, 2003.
- RAPP, LUCIEN, “Le droit des communications entre réglementation et régulation”, *AJDA*, 2004.
- REVESZ, RICHARD L., “Regulatory Review, Capture, and Agency Inaction”, *Geo. L.J.*, 101, 2013.
- RICHER, LAURENT, “Droit d’accès et service public”, *AJDA*, 2006.
- RINCÓN, JORGE IVÁN, “Límites orgánicos de la responsabilidad del Estado”, en *La responsabilidad extracontractual del Estado. XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- RODRÍGUEZ, CARLOS E., “Las fallas del mercado”, Universidad Católica de Argentina. Disponible en <<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/fallas-mercado-carlos-rodriguez.pdf>>, consultada el 23 de octubre de 2016.
- SALES, NATHAN ALEXANDER y JONATHAN H. ADLER, “The Rest is Silence: Chevron Deference, Agency Jurisdiction, and Statutory Silences”, *U. Ill. L. Rev.*, 1497, 2009.
- SCHULTZ-BRESSMAN, LISA, “Deference and Democracy”, *Geo. Wash. L. Rev.*, vol. 75, junio de 2007.
- SCHULTZ-BRESSMAN, LISA, “Procedures as Politics in Administrative Law”, *Colum. L. Rev.*, 107, 2007.
- SEIDENFELD, MARK, “A Table of Requirements for Federal Administrative Rulemaking”, *Florida State University Law Review*, 27, 2000.
- SEIDENFELD, MARK, “Empowering Stakeholders: Limits on Collaboration as the Basis for Flexible Regulation”, *Wm. & Mary L. Rev.*, 41, 2000.
- STEPHENSON, MATTHEW C., “Optimal Political Control of Bureaucracy”, *Mich. L. Rev.*, 107, 2008.
- STIGLITZ, JOSEPH, “Regulación y fallas”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 12, 23.

- SHUTERLAND, EWAN, “Bribery and Corruption in Telecommunications: Best Practice in Prevention and Remedies”, *TPRC: 40th Research Conference on Communication, Information and Internet Policy*. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=2014665>>, consultada el 10 de enero de 2017.
- TAVARES DA SILVA, SUZANA, “La regulación económica como materia del nuevo derecho administrativo”, *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho administrativo*, Madrid, Iustel, Universidad de Córdoba, 2012.
- TEITGEN-COLLY, CATHERINE, “Les instances de régulation et la Constitution”, *RDP*, 1990, p. 155.
- TITO AÑAMURO, JOHN ALBERTO, “Corrupción privada: un estudio de la ausencia de reglas de derecho privado, desde el caso Interbolsa”, *Universitas*, 131, 2015.
- VANDELLI, LUCIANO, “Etica pubblica e buona amministrazione; quale ruolo per i controlli?”, en *Etica pubblica e buona amministrazione; quale ruolo per i controlli?*, Milán, Franco Angeli, 2009.
- VIER, CHARLES-LOUIS, “La notion de conflit d’intérêt”, *AyDA*, 2012.
- VILLEGAS, LORENZO, “La Ley de TIC y la regulación de las telecomunicaciones: la Comisión de Regulación de Comunicaciones”, en *Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC*, 2010.
- WAGNER, WENDY E., “Administrative Law, Filter Failure, and Information Capture”, *Duke L. J.*, 59, 2010.
- ZÁRATE, ANÍBAL, “De la exclusión a la participación: consumidores, empresas y mantenimiento del orden público económico para la paz”, en *La constitucionalización del derecho administrativo: el derecho administrativo para la paz*, 2016.
- ZÁRATE, ANÍBAL, “Editorial”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 14, 2015.
- ZARING, DAVID, “Against Being Against the Revolving Door”, *U. Ill. L. Rev.*, 2013.
- ZHENG, WENTONG, “The Revolving Door”, *Notre Dame L. Rev.*, 90, 2015.
- ZOLLER, ELIZABETH, “Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie”, en *Régulation économique et démocratie*, París, Dalloz, M. LOMBRAD (dir.), 2006.

INFORMES Y DOCUMENTOS DE INTERÉS

AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS, “Consolidación institucional del sector hidrocarburos, transformación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos”, Bogotá, Agencia Nacional de Hidrocarburos, Estudio Técnico, 2011.

AGRELL, PER y AXEL GAUTIER, “A Theory of Soft Capture”, 2012. Disponible en <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2077661>>, consultada el 20 de diciembre de 2016.

AUBY, J-B., “Droit administratif et démocratie”, en *Régulation économique et démocratie*, París, Dalloz, 2006.

CONSEIL D’ÉTAT FRANÇAIS, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport Public, 2001.

ERNST & YOUNG, *Global Fraud Survey*, 2016. Disponible en <<http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-encuesta-global-sobre-fraude-2016-resumen-ejecutivo/%24FILE/EY-encuesta-global-sobre-fraude-2016-resumen-ejecutivo.pdf>>, consultada el 10 de enero de 2017.

“IMF and Good Governance: Factsheet, Int’l Monetary Fund”, 2014. Disponible en <<http://www.imf.org/external/np/exr/facts/pdf/gov.pdf>>, consultada el 15 de diciembre de 2016.

“Int’l Fin. Insts. Anti-Corruption Task Force”, *Uniform Framework for Combating Fraud and Corruption*, 2006.

NACIONES UNIDAD, UNCTAD, “Manual para la formulación y aplicación de las leyes de competencia”, 2004.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE), “Estudio económico sobre Colombia”, enero de 2015. Disponible en <https://www.oecd.org/eco/surveys/Overview_Colombia_ESP.pdf>, consultada el 2 de febrero de 2017.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE), “Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia”, abril de 2014. Disponible en <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264209558-es>>, consultada el 30 de marzo de 2016.

PINZÓN, MIGUEL; YEIRO SMELIG *et al.*, “Refinería de Cartagena: lecciones aprendidas y no aprendidas de un megaproyecto”, Informe de la Contraloría General de la República n.º 86113-059-05. Disponible en <<http://www.contraloria.gov.co/>>

documents/20181/465565/Estudio+Sectorial+Reficar-2016.pdf/adfb673d-017e-42c0-bca0-dd59a07f1dfa>, consultada el 2 de febrero de 2017.

TRANSPARENCIA POR COLOMBIA, “Efectos colaterales de la corrupción en el desarrollo institucional de Colombia”, 2015.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *The Global Program Against Corruption: UN Anti-Corruption Toolkit*, 5, 3.^a ed., 2004.

WORLD BANK, *Strengthening World Bank Group Engagement on Governance and Anti-corruption*, 2007.

YOU, JONG-SUNG y YOUN MIN PARK, “The Legacies of State Corporatism in Korea: Regulatory Capture in the Sewol Ferry Tragedy”, 2016. Disponible en <<https://ssrn.com/abstract=2842246> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2842246>>.

JURISPRUDENCIA

NACIONAL

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C-011 de 1994.

Sentencia C-037 de 1994.

Sentencia C-089 de 1994.

Sentencia C-145 de 1994.

Sentencia C-386 de 1996.

Sentencia C-230A de 1998.

Sentencia C-827 de 2001.

Sentencia C-1017 de 2002.

Sentencia C-1080 de 2002.

Sentencia C-891 de 2002.

Sentencia C-150 de 2003.

Sentencia C-872 de 2003.

Sentencia C-898 de 2003.

Sentencia C-893 de 2003.

Sentencia C-873 de 2003.

Sentencia C-306 de 2004.

Sentencia C-644 de 2004.

Sentencia C-406 de 2004.

Sentencia C-1041 de 2007.

Sentencia C-141 de 2010.

Sentencia C-228 de 2010.

Sentencia C-818 de 2011.

Sentencia C-186 de 2011.

Sentencia C-274 de 2013.

Sentencia C-263 de 2013.

Sentencia C-837 de 2013.

Sentencia C-257 de 2013.

Sentencia C-951 de 2014.

Sentencia C-933 de 2014.

Sentencia C-150 de 2015.

Sentencia C-299 de 2016.

Sentencia C-221 de 2016.

CONSEJO DE ESTADO

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 3 de diciembre de 2007.

Sala de Consulta y Servicio Civil, fallo del 14 de noviembre de 2012, rad. n.º
1100103060002012-0095-00.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de
2014, rad. 08001-23-31-000-1998-00081-01 (28980).

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de julio de
2015, rad. 25000-23-26-000-2000-01926-01 (30744).

Sala de Servicio y Consulta Civil, 27 de agosto de 2015, rad. 2264.

Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 8 de junio de 2016, rad. n.º 11001-03-06-000-2015-00137-00(2266).

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2016, rad. 25000-23-26-000-2007-00057-01(37637).

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de julio de 2016, rad. 25000-23-26-000-2006-01728-01(38815).

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de abril de 2016, rad. 25000-23-26-000-1999-00015-02 (35534).

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de octubre de 2016, Radicado: 11001-03-26-000-2015-00165-00(55813)

EXTRANJERA

Brinkman vs. Budish, 692 F. Supp. 2d 855 (S.D. Ohio 2010).

Chamber of Commerce of US vs. OSHA, 636, F.2d 464,470 (D.C. cir. 1980).

Cook vs. Ochsner Foundation Hospital, United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 559, F.2d, 968 (1977).

Humphrey's Ex'r vs. United States,(295 U.S. 602, 627-32, 1935)

Vermont Yankee Nuclear Power Corp. vs. Natural Resources Defense Council, Inc. (435 US 519,524, 1978).