

**REDEFINICIÓN NORMATIVA DE LA
REGULACIÓN Y EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD
ECONÓMICA EN EL CASO COLOMBIANO***

**REDEFINING THE LAW OF THE
REGULATION AND CONTROL OF ECONOMIC
ACTIVITY IN THE COLOMBIAN CASE**

*Manuel Alberto Restrepo-Medina***

*Fecha de recepción: 25 de enero de 2010
Fecha de aceptación: 11 de mayo de 2010*

* El presente artículo hace parte del proyecto de investigación sobre el impacto de la globalización del derecho administrativo en el derecho colombiano que el autor adelanta con el auspicio del Programa FORTALESDER de la GTZ, dentro de la agenda de la línea de investigación en tendencias y perspectivas del derecho administrativo del Grupo de Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

** Abogado de la Universidad del Rosario, especialista en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes, magíster en Estudios Políticos de la Pontificia Universidad Javeriana y en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, doctor en Derecho de la Universidad Alfonso X el Sabio. Profesor titular y director académico de la maestría en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario.
Contacto: manuel.restrepo@urosario.edu.co

RESUMEN

El cambio del modelo de Estado de prestador a regulador ha obligado a redefinir su papel en la función clásica de la intervención en la economía, de manera que ha afectado tanto la política pública como la delimitación normativa del ejercicio de la regulación y el control de la actividad económica de los particulares. En esa medida, el presente artículo pretende establecer los orígenes de una y otra, encontrando en las tendencias de la globalización muchos de los elementos que las identifican, de tal manera que se podrían anticipar algunas dificultades en su implementación. Igualmente, se explica el alcance de ese cambio en el caso colombiano a partir de su correspondencia con esas tendencias contemporáneas de la globalización, a la vez que se hace una aproximación exploratoria sobre los efectos en la relación entre el Estado y el derecho.

Palabras clave autor: regulación, control, intervención estatal en la economía.

ABSTRACT

The change of State model has required providers to redefine their role in the classic role of intervention in the economy, so that has affected public policy rules and the delimitation exercise of regulation and control economic activity of individuals. To that extent, this article seeks to establish the origins of the two, finding the trends of globalization many elements that identify them, so that could anticipate some difficulties in its implementation. Also explained the scope of this change in the Colombian case from his correspondence with these contemporary trends of globalization and made an exploratory approach on the effects on the relationship between the state and law.

Key words author: regulation, control, state intervention in the economy.

SUMARIO

Introducción.- I. Marco de política general y horizonte del proceso estructural de regulación y control de la actividad económica.- II. Redefinición del marco normativo de la regulación y el control de la actividad económica.- 1. Contabilidad y registro de información financiera.- 2. Protección de la competencia.- 3. Regulación de los mercados financieros.- 4. Provisión de bienes y servicios públicos.- III. La redefinición normativa de la regulación y el control de la actividad económica privada en función de las tendencias de la globalización.- 1. Desarrollo normativo global.- a. ¿Quién impulsa el desarrollo normativo global?- b. ¿Bajo qué principios políticos se impulsa?- c. ¿Con qué procedimientos se impulsa?- d. ¿A qué materias se refiere?- e. ¿En qué principios jurídicos se basa, cuáles promueve y cuáles supera?- f. ¿Con qué fundamentos político-ideológicos se promueve?- 2. Adopción por los Estados Nacionales.- a. ¿Cómo es la expresión institucional del derecho?- 3. Aplicación del derecho global.- a. ¿Cómo se aplica el derecho global en políticas, resoluciones y reglamentos?- b. ¿Cómo se controla el derecho global por la justicia?- 4. Sujetos jurídicos del derecho global.- a. ¿Cuáles son y qué rol cumplen los nuevos sujetos jurídicos del derecho global?- b. ¿De qué manera se logra la protección de los derechos?- 5. Efectos jurídicos globales.- a. ¿Cómo se presenta la dialéctica del desarrollo jurídico mundial?- b. ¿Cómo se da la relación entre Estado y derecho?- Conclusiones.- Bibliografía y Cibergrafía.

INTRODUCCIÓN

El cambio de modelo de Estado, de intervencionista a regulador, ha obligado a reformular la política pública sobre el papel del Estado en la economía frente al desarrollo de actividades económicas adelantadas por los particulares, en la medida en que muchas de las prestaciones que antes eran atendidas por agencias estatales ahora han pasado a serlo directamente por empresas privadas organizadas internacional o transnacionalmente.

En ese orden de ideas, la nueva política pública en materia de regulación y control de la actividad económica realizada por particulares se ha instrumentado en parte mediante la modificación de los regímenes jurídicos de actividades antes desplegadas por el Estado y mediante la adopción de nuevas reglas sobre manifestaciones novedosas en su prestación ahora que ella es suministrada por el sector privado.

Aparte de la caracterización tanto de esa política pública como de su concreción normativa, el presente artículo pretende establecer cuáles son los orígenes de una y otra y cómo en las tendencias de la globalización se pueden encontrar muchos de los elementos que las identifican, de modo que se podrían prever ciertas dificultades para su implementación.

En efecto, si la globalización, entendida en los términos del Fondo Monetario Internacional como “*el proceso de acelerada integración mundial de las economías a través de la producción, el comercio, los flujos financieros, la difusión tecnológica, las redes de información y las corrientes culturales*”, ha obligado a la adaptación de las sociedades estatales-nacionales y a la reconfiguración de sus regímenes jurídicos, es factible que la adaptación del modelo de regulación y control de la actividad económica en Colombia haya sido determinado en buena medida por su influencia.

En razón de lo anterior, resulta pertinente preguntarse en qué medida la globalización jurídica, entendida como la extensión homogeneizante y unificada con pretensiones de universalidad de determinadas categorías jurídicas, ha permeado y determinado los contenidos actuales de la regulación colombiana sobre la intervención del Estado en la economía.

Para llegar a responder a esta pregunta, que constituye el objeto del presente artículo, se parte de la definición del marco de política pública que define el alcance de la regulación y el control de la actividad económica, a partir del reconocimiento de un cambio en el modelo de Estado, de intervencionista y prestador a regulador y garante de las prestaciones.

A renglón seguido, se presentan las nuevas manifestaciones normativas en las cuales se concreta esa política pública, cuyos contenidos parecen responder, más que a esta última, a la influencia de actores globales que promueven la adopción o la incorporación en los regímenes nacionales de contenidos jurídicos globalizados.

Finalmente, en el tercer apartado y empleando como recurso la formulación de preguntas, se plantean aquellas cuestiones que permiten concluir la existencia y el grado de influencia que la globalización jurídica ha tenido en la redefinición normativa de la regulación y el control de la actividad económica en el caso colombiano.

I. MARCO DE POLÍTICA GENERAL Y HORIZONTE DEL PROCESO ESTRUCTURAL DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

El Departamento Nacional de Planeación¹ señala que el sistema colombiano se caracteriza por la falta de identificación de los riesgos sociales y de los intereses generales que justifican la destinación de recursos públicos para la existencia de la institucionalidad encargada de las funciones de regulación y control de la actividad económica, la cual va desde entidades independientes del Ejecutivo hasta organismos adscritos o vinculados a los ministerios.

Y agrega el mismo DNP que, según el sector, no solamente se presenta la concentración de las funciones de regulación y control en una misma entidad, sino que se superponen las de dirección, promoción y producción, e inclusive funciones jurisdiccionales, lo cual refleja que el diseño institucional no fue la respuesta a un diagnóstico específico sobre las necesidades en la materia, sino más bien el resultado de la acumulación de esfuerzos aislados e incoherentes en distintas épocas. Dicha improvisación, en criterio del DNP,

“ha implicado que el esquema institucional vigente de intervención presente una superposición de trámites ante diferentes organismos de regulación y control; diferentes criterios sobre los mismos asuntos; pago de contribuciones adicionales a los impuestos ordinarios; dispersión de la información obtenida a través de las entidades reguladoras y supervisoras; ausencia de correspondencia entre la relevancia social y económica de los intereses encomendados a la respectiva entidad y el monto de los presupuestos y de las plantas asignadas para su cuidado; impacto negativo en el gasto público; e impacto negativo sobre los costos de transacción”.

Frente a la necesidad de generar acciones sobre la regulación y el control como proceso transversal para lograr el buen funcionamiento de la administración pública, el Documento CONPES 3248² propuso como objetivo para el período 2002-2006 establecer un marco de política para el ejercicio de las

-
- 1 La caracterización del actual sistema colombiano de regulación y control estatal de la actividad económica de los particulares es efectuada por el DNP en el documento titulado “Marco conceptual para reformar y consolidar el esquema institucional de regulación y control de la actividad empresarial”, disponible en www.dnp.gov.co/archivos/documentos/PRAP_Transversales_Documentos/Marco_conceptual_para_reformar.pdf
 - 2 Disponible en www.dnp.gov.co/archivos/documentos/Subdireccion_Conpes/3248.pdf

actividades de regulación, supervisión y control por parte del Estado, definiendo el esquema institucional más apropiado y sus competencias; en donde le corresponde al Gobierno establecer los principios orientados a permitir racionalizar la actividad estatal en esta materia, a efecto de minimizar los costos de transacción para el Estado, los regulados, los supervisados y los controlados, y establecer un régimen jurídico único para los organismos de regulación, supervisión y control.

Ese marco de política fue definido en el documento elaborado por el DNP denominado “Marco conceptual para reformar y consolidar el esquema institucional de regulación y control de la actividad empresarial”³, en el cual se indica que la institucionalidad de la regulación y el control se enmarca dentro los siguientes principios:

- El objeto de la regulación y el control lo constituye la prestación de servicios por particulares⁴.
- La regulación y el control deben ser de alta calidad para incentivar la inversión privada.
- El esquema de regulación y control debe privilegiar la participación ciudadana mediante acceso efectivo a la intervención contra conductas de los agentes del mercado que vulneren sus derechos.
- Los mecanismos de divulgación y acceso a información oportuna y confiable deben contrarrestar la asimetría de información que caracteriza la actuación de los agentes económicos.

La intervención a través de las actividades de regulación y control debe ser la excepción y no la regla, en atención a que la intervención implica una restricción a la libertad de empresa que debe justificarse en razón de que la actividad o el sector lo requieran, para:

- a. Incorporar señales de eficiencia económica cuando existan monopolios.
- b. Eliminar los obstáculos que impidan la competencia.
- c. Contrarrestar los efectos de externalidades negativas e incentivar las positivas.
- d. Contrarrestar los efectos negativos de las asimetrías de información.
- e. Asegurar la provisión de servicios públicos hasta donde técnica y económicamente sea factible.

3 Ob. cit., supra nota 1.

4 Este principio implica que el Estado ya no será el prestador de los servicios, en la medida en que el gasto público se asignará a los bienes y servicios que sólo el Estado puede proveer por razones de soberanía o equidad, y aun en este caso se optará por mecanismos que permitan que los usuarios elijan entre oferentes en lugar de mantener entidades oficiales monopolistas.

- f. Estimular la inversión de los particulares en aquellas actividades que puedan ser desarrolladas por el sector privado.
- g. Minimizar los riesgos pasivos contingentes o asegurar su provisión.
- h. Reducir los costos de transacción.

Antes de intervenir, se debe asegurar que la intervención sea el único medio para proteger un interés público específico que la justifique, y que la misma se haga estrictamente en las proporciones necesarias para contrarrestar el riesgo; que el costo de la intervención sea menor al costo de no hacerla, de manera que no vaya hasta el punto en que los costos marginales excedan los beneficios; que los riesgos a evitar o mitigar sean razonablemente predecibles; que exista un balance adecuado entre la sanción, la cuantía de los daños causados a la sociedad por el incumplimiento de la norma regulatoria y los instrumentos disponibles para hacerla efectiva; y, que se permita flexibilidad para que se puedan realizar revisiones periódicas, procurando estabilidad en las reglas de juego.

La intervención económica en los ámbitos de la regulación y el control debe corresponder al objetivo general de la intervención del Estado en la economía, consistente en buscar el equilibrio entre el mercado y el interés público, de manera que su intervención permita corregir tanto las fallas del mercado como las del gobierno. Asimismo, debe reducir las externalidades negativas que limitan el desarrollo económico y social del país, y potenciar las positivas, asegurando la equidad en la recepción de los frutos del desarrollo. Dicho equilibrio requiere de instituciones y organizaciones con la capacidad de enfocar la gestión a favor de la provisión efectiva de bienes y servicios públicos, así como de la promoción, regulación y control estatal eficiente, que permita complementar la acción de los mercados.

En el modelo regulador, el Estado, en lugar de prestar servicios directamente, permite su privatización y liberalización a cambio de poder intervenir para establecer reglas universalmente aplicables y mantener el equilibrio entre los intereses de diferentes sectores, mediante organismos paralelos que hacen parte de la estructura de la administración pública pero que son independientes del poder central, lo que le permite poner en marcha un tipo de regulación especializada, por fuera del alcance de los intereses políticos o puramente particulares.

Hasta ahora el sistema de regulación se ha llevado a cabo mediante el ejercicio de la función legislativa, a través de la expedición de normas con fuerza de ley por parte del Congreso como legislador primario y del Gobierno como legislador extraordinario, y mediante el ejercicio de la función administrativa, con la expedición de actos administrativos de carácter general, cuyos encargados son las autoridades administrativas con facultades reglamentarias: Gobierno, asambleas departamentales, concejos distritales y

municipales, Consejo Nacional Electoral, Consejo Superior de la Judicatura y Contador General de la Nación.

La función reglamentaria se ha ejercido adoptando modelos institucionales híbridos que combinan organismos autónomos⁵, organismos semiautónomos⁶, organismos dependientes del nivel central de la administración pública⁷, e inclusive regulación directa por parte de las organizaciones que formulan la política, modelos que presentan los siguientes problemas: dispersión de criterios y falta de coherencia para reglamentar temas transversales; costos de transacción adicionales de la regulación sobre empresas multiservicios; heterogeneidad en el número y perfil de los expertos de cada autoridad; baja remuneración de los expertos comisionados en comparación con los agentes regulados; debate reiterativo sobre la conveniencia de la existencia de agencias independientes y el alcance de la delegación en estos organismos.

Ese arreglo institucional en muchos casos no sirve a las necesidades del sector económico en el cual se interviene, situación que se explica, además de por los problemas reseñados, por la ausencia de un marco conceptual claro para formular y aplicar la solución idónea, y porque los sectores económicos evolucionan con mayor rapidez que las organizaciones públicas que los intervienen, de manera que al superar la dinámica sectorial a la institucional se genera una brecha entre la realidad económica y la administrativa.

Adicionalmente, el país ha desmejorado en materia de calidad regulatoria de 1996 a 2004 por factores que se atribuyen a: baja capacidad de predicción de los cambios en la regulación; incidencia de las decisiones judiciales constitucionales sobre la consistencia y predictibilidad de la ley en mercados como el de aseguramiento en salud o la financiación de vivienda; falta de independencia y autonomía de las organizaciones administrativas frente a los intereses económicos y políticos. En algunos casos se adiciona la concurrencia entre las funciones de regulación y las de control (ministerios de Comunicaciones, Transporte y Minas y Comisión Nacional de Televisión).

Frente a esta problemática, el documento “Visión Colombia Segundo Centenario”⁸ propone como meta consolidar la institucionalidad de regulación, mediante arreglos institucionales que otorguen mayor seguridad jurídica para los agentes económicos, a través de claridad y estabilidad en las reglas para participar en los mercados. Para cumplir con esto, se requieren reformas legales que creen verdaderos organismos autónomos e indepen-

5 Banco de la República, Comisión Nacional de Televisión, Comisión Nacional del Servicio Civil, Sala de Regulación de la Superintendencia de Valores.

6 Comisiones de regulación.

7 Consejo Superior de la Seguridad Social.

8 Documento propositivo elaborado por el DNP, cuyo capítulo sobre consolidación de un Estado eficiente y transparente y un modelo óptimo de intervención económica se ocupa de fijar el derrotero institucional deseable de alcanzar para el año 2019. Disponible en www.dnp.gov.co/archivos/documentos/2019_Documentos/Documento_Consolidar_un_estado_eficiente.pdf

dientes de regulación, que tengan como contrapeso el fortalecimiento de las instancias de rendición de cuentas, con mecanismos de control jurisdiccional para las decisiones administrativas y de control político ante el Congreso, mejorando los mecanismos de interacción entre los agentes regulados y los usuarios para legitimar la regulación. Adicionalmente, se propone ampliar las facultades permanentes del Presidente de la República para reorganizar la administración pública, de manera que pueda implementar el modelo de autoridades regulatorias independientes en los sectores que así lo requieran, o bien desmontarlo cuando se considere que pueden funcionar en condiciones de mercado.

En ese orden de ideas, de acuerdo con el marco conceptual, el nuevo esquema institucional que se diseñe para el cumplimiento de la función regulatoria debe responder a las siguientes características:

1. Independencia entre política y regulación, de manera que se garantice que el marco regulatorio sea neutral, transparente y predecible para todos los agentes (operadores, usuarios y controladores) y asegure la autonomía frente a los grupos de interés en la toma de decisiones.
2. Rendición de cuentas, puesta de manifiesto en la expresión de la motivación y el alcance de las decisiones y el conocimiento al público de las mismas, y en particular a los receptores de la regulación, a las instancias políticas y a las autoridades de control.
3. Autonomía de los expertos sectoriales, cuya garantía proviene del establecimiento de un severo régimen de inhabilidades e incompatibilidades, un nivel de remuneración adecuado con el rango y el tipo de responsabilidades asignadas, un sistema representativo de nominación y selección con participación de las ramas del poder público, un nombramiento por períodos fijos de 5 años sin fechas de inicio coincidentes, posibilidad de reelección por un período más y dedicación exclusiva.
4. Debate público de la regulación, mediante la divulgación obligatoria y profusa, en forma simple y fácilmente comprensible, de los proyectos de decisiones y la invitación a la participación de regulados, consumidores, usuarios y terceros interesados. En todo caso, los expertos deberán pronunciarse sobre los efectos económicos y sectoriales, y sobre consumidores y usuarios, de los proyectos de regulación.
5. Adecuación del presupuesto de los organismos de regulación a los requerimientos de sus funciones y financiación con contribuciones de los regulados, sin sujeción a restricciones después de su aprobación ni límites a la autonomía del gasto o la contratación.
6. Consistencia de la adscripción con el nivel de autonomía definido para las distintas instancias de regulación. No obstante, para los servicios sociales a cargo del Estado, la regulación corresponderá a los ministerios y

departamentos administrativos, con la asesoría permanente de comités dentro de sus estructuras que compartirán los principios y objetivos de los organismos de regulación autónomos; para los demás sectores en los que las inversiones públicas y privadas tienen un período de retorno de corto y mediano plazo, se contempla que la regulación se haga por funcionarios especializados en esa labor, empleando sistemas de participación de regulados y usuarios o consumidores que les otorguen las garantías previstas en las instancias autónomas.

Se pretende contar para el año 2019 con un sistema de regulación institucionalmente especializado y avanzar hacia la unificación de funciones siguiendo la experiencia internacional en la materia. El cumplimiento de esa meta implica avanzar en los siguientes frentes:

- Diseñar organizaciones autónomas e independientes con las siguientes características:
 1. Que se encuentren por fuera del ejecutivo.
 2. Que sean colegiadas, con participación minoritaria del gobierno y sin poder de veto oficial.
 3. Que los miembros trabajen por períodos de tiempo fijo y traslapado.
 4. Que rediseñen sus sistemas de inhabilidades e incompatibilidades.
 5. Que cuenten con autonomía administrativa e independencia presupuestal.
- Definir los reglamentos expedidos por las comisiones de regulación como actos que establecen las reglas de participación en los mercados y de intervención exclusiva en un sector específico.
- Fortalecer como contrapeso a la mayor autonomía de las comisiones, las instancias de rendición de cuentas, diseñando, para el efecto, mecanismos de control político ante el Congreso, de control jurisdiccional de carácter administrativo, y perfeccionando las alternativas para la participación ciudadana.
- Implementar el modelo institucional en aquellos aspectos en los cuales se requiera de instancias especializadas de regulación, ya sea por relevancia económica o social, o por su dinámica propia.

En relación con el papel del Estado como controlador, la función de control, que comprende las actividades de inspección, vigilancia y sanción de cada sector, corresponde a los ministerios, a algunas unidades administrativas especiales, a algunos establecimientos públicos y a todas las superintendencias; además, respecto de ciertas temáticas, el control es ejercido por organismos aún más especializados, situados por fuera de la rama ejecutiva. Dentro de esta última, son las superintendencias los organismos funcionalmente espe-

cializados para ejercer esta función, cuyo ejercicio presenta los siguientes problemas: origen casuístico de las instituciones sin una línea conceptual conductora; desnaturalización de la función de control al coexistir con otras funciones administrativas y aun con funciones jurisdiccionales; exceso de supervisión subjetiva y no centrada en la actividad; supervisión sobre actividades que no lo ameritan porque no involucran operaciones sensibles para la actividad económica y social; duplicidad y traslape de funciones entre las mismas superintendencias; tendencia a sustituir a los jueces por la ineficiencia del sistema judicial; excesiva centralización; diversidad de capacidad y eficiencia para tratar problemas similares.

Las superintendencias operan en ámbitos diversos, con características jurídicas distintas y ejercen sus funciones por atribución directa de la ley o por delegación presidencial; fueron creadas a medida que las necesidades así lo exigían, y la Ley 489 de 1998 se limitó a legalizar su heterogeneidad, cuyo resultado es un escenario desordenado, en el cual algunas superintendencias cuentan con personería jurídica, otra no y alguna tiene el carácter de unidad administrativa especial. Además, aunque tienen competencias sobre todo el territorio nacional, únicamente tres de ellas tienen presencia regional fuera de la capital del país.

Para que las competencias de control sean correctamente ejercidas, y con el fin de permitir una mejor integración administrativa de los organismos mediante los cuales el Estado cumple con estas tareas, son necesarios tanto un rediseño institucional como un régimen jurídico coherente, en donde las atribuciones de los organismos de control estén definidas con precisión y claridad. Igualmente, y dado que la misión original de las superintendencias es la de controlar íntegramente un sector determinado o una temática específica, es importante otorgarles poderes amplios y suficientes que aseguren la eficacia de su intervención.

La racionalización de las funciones de las superintendencias implica:

- Establecer el interés público que justifica el ejercicio de supervisión.
- Establecer las funciones acordes con ese interés público, garantizando su permanencia.
- Verificar que tales funciones sean subsumidas o sujetas a coordinación con las de otras entidades administrativas.

El logro de la meta propuesta de consolidación de la institucionalidad de control requiere el desarrollo de:

- Un régimen jurídico propio y común para las superintendencias que les proporcione las herramientas legales necesarias para desarrollar, de manera uniforme y coherente, sus funciones de inspección, vigilancia y

control. De esta manera se busca consolidar la especificidad tanto de la prevención como de la represión administrativa y distinguirla de la represión disciplinaria y penal.

- Un nuevo sistema de carrera administrativa, caracterizado por cuadros funcionales de supervisores e inspectores y por mecanismos de evaluación periódica de competencias en plena operación.
- La descentralización de los procesos de control a través de la delegación en las autoridades territoriales de las competencias de control que, por su naturaleza, deban ser ejercidas por ellos.
- La regionalización de las superintendencias mediante convenios con alcaldías, veedurías, personerías, cámaras de comercio y universidades, entre otros.
- La consolidación de un sistema de información articulado centro-regiones para compartir información prioritaria entre las instancias de control del nivel nacional y las del nivel territorial.
- El fortalecimiento de modelos de autocontrol vía participación ciudadana, a través de la simplificación y difusión de los procesos de participación ciudadana, elevando el nivel de educación de los ciudadanos.
- El fortalecimiento de la coordinación institucional para diferenciar y alinear las funciones de intervención del Estado en la economía.

En esa medida, el nuevo esquema institucional que se diseñe para el cumplimiento de la función de control, de acuerdo con el marco conceptual definido por el DNP, debe responder a las siguientes características:

1. Implementación de las funciones de inspección, vigilancia y control solamente cuando exista un interés general específico que no pueda ser adecuadamente protegido mediante la utilización de los mecanismos judiciales al alcance de los directamente afectados.
2. Integralidad del control solamente en los casos en que el riesgo está íntimamente asociado a la actividad que desarrollan algunas personas o empresas. En la generalidad de los casos las funciones de control deben ejercerse acorde y en estricta proporcionalidad con el origen del riesgo que pueda afectar negativamente el interés general específico.
3. Supervisión sobre el riesgo que implique la identificación del interés jurídicamente protegido y el riesgo que lo amenaza, el diseño de una forma idónea de seguimiento a la evolución del riesgo y la posibilidad de que se usen facultades de prevención, corrección y sanción, según corresponda.
4. Que las sanciones previstas para las infracciones sean de naturaleza y cuantías que efectivamente produzcan un desestímulo a la infracción reiterada de la ley, y que sean calculadas con base en la cuantía de los daños

- causados a la sociedad por el incumplimiento de la norma regulatoria y la probabilidad de detección del infractor.
5. Debate público del control, mediante la divulgación obligatoria y profusa, en forma simple y fácilmente comprensible, de los proyectos de decisiones y la invitación a la participación de controlados, consumidores, usuarios y terceros interesados.
 6. Autonomía de los controladores (superintendencias), de manera que cuando excepcionalmente una decisión requiera de la participación del Presidente de la República o del ministro respectivo, se abra el espacio para que esa participación sea pública, y se evite una segunda intervención por parte de los organismos de control donde la ley haya conferido discrecionalidad al vigilante. Para garantizar la autonomía se establecerá un severo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios de las entidades controladoras y un nivel de remuneración adecuado con el rango y el tipo de responsabilidades que les son asignadas.
 7. Correspondencia del ejercicio de las funciones de supervisión y control con la razón que justifica la existencia de la respectiva entidad, definida de manera clara, de modo que no se le asignen propósitos que puedan reñir entre sí o que fuercen al funcionario a elegir entre ellos.
 8. Adecuación del presupuesto de los organismos de control a los requerimientos de sus funciones y financiación con contribuciones de los controlados, sin sujeción a restricciones después de su aprobación ni límites a la autonomía del gasto o la contratación.
 9. Con el fin de disminuir los costos de la supervisión, reducir el número de trámites y generar sinergias entre las superintendencias, establecimiento y operación de una central única de información y riesgos, un sistema y procedimiento liquidatorio único, un sistema armonizado de radicación, correspondencia y archivo, un listado único de peritos, un sistema de bibliografía y biblioteca conectado, un sistema de cobro coactivo unificado y una red común de oficinas y seccionales.
 10. Para que exista uniformidad de políticas y criterios en los aspectos de la actividad que les son comunes, establecer, por lo menos, el Consejo Nacional de Normas Contables, con participación de la Contaduría General y las entidades encargadas de la regulación y el control, y el Consejo Nacional del Consumidor y la Competencia, no solo con la posibilidad de emitir conceptos, sino con la prerrogativa de señalar parámetros vinculantes.
 11. Adscribir o vincular las superintendencias a un ministerio o departamento administrativo según si las responsabilidades son principalmente sectoriales o si tienen impacto sobre todos los sectores de la economía.
 12. Adoptar el régimen jurídico de las facultades y los aspectos procedimentales aplicables al ejercicio de sus funciones por parte de las superintendencias en una norma única.

13. Para los eventos en que ello sea posible, utilizar esquemas de autocontrol y de delegación de las tareas de apoyo a la función de supervisión. Para tal efecto se fortalecerá la participación de los revisores fiscales y los auditores externos como auxiliares de las superintendencias, y con ese fin habrá discrecionalidad de las superintendencias en el señalamiento de los eventos en que esa participación es requerida y en la manera de recibir los reportes, esquemas severos de responsabilidad administrativa en caso de incumplimiento de sus funciones, solidaridad entre la persona que cumpla las funciones y la firma a la cual pertenece, un sistema de nombramiento, remoción y remuneración que asegure la independencia de criterio y dotación técnica y financiera así como acceso a la información relevante que permita el cumplimiento de sus responsabilidades.

II. REDEFINICIÓN DEL MARCO NORMATIVO DE LA REGULACIÓN Y EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

La definición del alcance de la intervención estatal en la economía, de la que son reflejo el “Marco conceptual para reformar y consolidar el esquema institucional de regulación⁹ y control de la actividad empresarial”¹⁰ y el documento “Visión Colombia Segundo Centenario”¹¹, a partir de los cuales se ha venido ajustando el sistema normativo colombiano, no es fruto de una creación nacional, sino que hace propios contenidos definidos en otras latitudes y por operadores jurídicos distintos de los estatales.

La nueva institucionalidad para la regulación y el control de la actividad económica es uno de los procesos transversales del Programa de Reforma de la Administración Pública (PRAP)¹², orientado a crear y consolidar una política de Estado de modernización y gestión de la administración pública, mediante el establecimiento de un Estado gerencial que se caracterice por su responsabilidad fiscal.

La puesta en marcha del PRAP ha recibido el apoyo financiero del Banco Interamericano de Desarrollo, el cual ha definido un marco de referencia para su acción en los programas de modernización del Estado y fortalecimiento de la sociedad civil, que incluye propuestas en cuatro áreas de acción

9 Para estos efectos se entiende por regulación el conjunto de organizaciones, leyes y normas formales que gobiernan el comportamiento de los individuos y de las empresas en su actividad productiva, cuyo objetivo es contribuir al bienestar social y a una mayor eficiencia en la asignación de recursos a través del fomento de un entorno más competitivo y del correcto funcionamiento de los mercados.

10 Ob. cit., supra nota 1.

11 Ob. cit., supra nota 8.

12 Sobre los programas transversales del PRAP puede consultarse la ponencia presentada por Claudia Jiménez sobre los orígenes y la concepción del programa e incluida en las memorias del Foro internacional sobre modernización del Estado llevado a cabo en Bogotá en febrero de 2009.

interrelacionadas: poder ejecutivo, sistema judicial, órganos legislativos y sociedad civil¹³.

En el ámbito del primero, para responder a los desafíos del nuevo rol del Estado, dentro de los campos prioritarios de apoyo por parte del BID, se encuentra el fortalecimiento de la capacidad institucional y normativa de regulación, en la medida en que se está reformulando la relación entre el Estado y el mercado, para que aquel pueda disponer de instrumentos que le permitan apoyar la competencia¹⁴, la equidad social y de género, la defensa ambiental y la mayor eficacia global del sistema.

El documento de estrategia del programa de modernización del Estado del BID identifica como una de las áreas de acción para esa entidad la de “Estado, mercado y sociedad”, encaminada a desarrollar mercados más amplios y dinámicos mediante una acción estatal que propicie una buena interacción entre los agentes económicos y sociales, para lo cual es necesario, entre otros factores, fortalecer las instituciones de regulación económica y social y los procesos de protección de los consumidores.

Señala el BID que *“el tránsito hacia un mayor protagonismo del mercado no ha sido suficientemente acompañado por el desarrollo de capacidades efectivas de regulación que promuevan la competencia, reduzcan el rentismo y protejan los intereses generales; además, el tránsito al mercado ha sido desigual y, en no pocos casos, ha estado en función de la capacidad de los intereses organizados en tomar ventaja o resistir la apertura”*.

Por ello, la necesidad de perfeccionar las instituciones de regulación económica y social para que cumplan al menos las siguientes funciones cruciales: definir y asegurar la eficacia de los derechos reales y contractuales; canalizar información sobre los actores y las condiciones del mercado para permitir una toma de decisiones más informada y transparente; incrementar la competencia en los mercados y proteger a los consumidores y grupos vulnerables de las externalidades negativas de la actuación de las fuerzas del mercado.

Con esa finalidad, el BID¹⁵ define su apoyo a la modernización de la legislación mercantil, financiera y concursal y al desarrollo de la normativa y los procesos e instituciones de protección a los consumidores, para a partir de allí promover instrumentos de información que aseguren la transparencia,

13 En relación con los programas de modernización apoyados por el BID, véase el documento “Marco de referencia para la acción del Banco en los programas de modernización del Estado y fortalecimiento de la sociedad civil”, disponible en idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=1441510

14 Sobre este particular son de resaltar las reuniones recientes de la OCDE relativas a la definición de los momentos para mantener la regulación económica y aquellas para retroceder en ella dejando a los mercados sujetos a la normativa general de la competencia. En estos últimos, se confía en la competencia como un mecanismo productor de eficiencia social y tutelador del ejercicio efectivo de la libertad económica, reservando la potestad sancionatoria para casos de abuso de posición dominante, posiciones monopólicas o acuerdos colusorios.

15 Documento de estrategia de modernización del Estado del BID, disponible en www.iadb.org/sds/doc/SGC-GN-2235-1-s.pdf

fortalecer la independencia y profesionalidad de las instituciones reguladoras y modernizar los procedimientos regulatorios.

Indica el BID que los esfuerzos para mejorar el entorno productivo de la región deberían comenzar por promover una mayor independencia de las instituciones regulatorias de los ciclos económicos y la inestabilidad política, para lo cual será necesario que los arreglos institucionales incorporen compromisos explícitos y rendición de cuentas, que mitiguen la discrecionalidad y el ruido político en el proceso de regulación.

Esta perspectiva del BID para apoyar financieramente el proceso de modernización del Estado, y en particular el rediseño institucional de la regulación y el control, es coincidente con la del Banco Mundial¹⁶, entidad que recomienda al Estado colombiano adoptar “*modificaciones de tipo legal que permitan que las instituciones de regulación, vigilancia, control y defensa de la competencia funcionen de manera más autónoma y eficiente*”, mediante el establecimiento de mecanismos que aseguren la idoneidad de las autoridades de regulación para que sus decisiones gocen de legitimidad, esto es, de respeto y acatamiento por las empresas prestadoras, los usuarios y la academia.

Para lograr el anterior objetivo, el Banco Mundial recomienda fortalecer el organismo regulador y el procedimiento para la toma de decisiones, separando la formulación de políticas de la regulación, así como estableciendo mecanismos formales de consulta, divulgación y discusión de las decisiones regulatorias¹⁷ y creando un régimen jurídico unificado de promoción de la competencia. Añade el Banco que es menester modificar el sistema de selección de los reguladores y de los controladores (superintendentes), elevar el perfil requerido para el desempeño de sus cargos por tales expertos¹⁸, mejorar su remuneración y clarificar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Así mismo, el marco teórico que sirve de base a esas recomendaciones y que es acogido con rigurosa fidelidad por el DNP en los documentos que han servido como referente para las reflexiones sobre la presencia de la globalización del derecho administrativo en el ámbito de la regulación y el control, proviene de elaboraciones foráneas¹⁹, y el mismo se desarrolla en torno a

16 Banco Mundial. Colombia: desarrollo económico reciente en infraestructura (REDI). Balanceando las necesidades sociales y productivas de infraestructura. Informes de Base. El marco institucional para la regulación, supervisión y control de los servicios públicos en Colombia: propuesta para su fortalecimiento. Carlos Caballero Argáez, Alejandro Jadresic y Manuel Ramírez Gómez. Julio de 2004.

17 Por medio del Decreto 2696 de 2004 se definen reglas mínimas para garantizar la divulgación y la participación en las actuaciones de las Comisiones de Regulación, disponiéndose la obligación para estas entidades de facilitar el acceso a la información al público acerca de su organización y funciones, la difusión de la agenda regulatoria, el procedimiento para la elaboración de resoluciones de carácter general para garantizar la participación de los usuarios y regulados, y la presentación de informes de gestión y resultados.

18 Los decretos 775 y 2929 de 2005 establecen el sistema específico de carrera para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro del personal de las superintendencias, que es una regulación que avanza en ese sentido, pero aún no cobija al nivel directivo de las entidades de control.

19 *Regulations and Markets* (Spulber, 1989); *The Theory of the Firm* (Holmstrom y Tirole, 1989); *La*

la noción de regulación económica, el objetivo de la regulación, el proceso regulador, los organismos reguladores, la gobernabilidad de los organismos de regulación, la política sectorial y la regulación y la regulación sectorial y la competencia.

A partir del modelo propuesto en el Documento CONPES 3248 y definido en el “Marco conceptual para reformar y consolidar el esquema institucional de regulación y control de la actividad empresarial” y en el documento “Visión Colombia Segundo Centenario”, se han venido concretando normativamente los objetivos que se persiguen en materia de regulación y control con el cambio del modelo de Estado de prestador a regulador, lo que refleja la influencia de las políticas tanto del BID como del Banco Mundial y de otros actores internacionales, en los ámbitos que se indican a continuación.

1. CONTABILIDAD Y REGISTRO DE INFORMACIÓN FINANCIERA

En materia de contabilidad y registro de información financiera, que son herramientas fundamentales para el ejercicio de la función supervisora sobre los actores de los diferentes mercados, tanto el Banco Mundial como el Fondo Monetario Internacional señalaron un conjunto de observaciones y recomendaciones contenidas en el denominado Informe ROSC (Reports on the Observance of Standards and Codes)²⁰.

En ese informe se señalan como críticas al modelo contable de Colombia: el exceso de oferta de contadores públicos y la ausencia de un consejo superior encargado de expedir las normas de contabilidad y auditoría, la adopción incompleta de los estándares internacionales de contabilidad, la tendencia de los entes reguladores a expedir normas de contabilidad más que a hacerlas cumplir, y la inconducencia de los requisitos legales para generar informes financieros de alta calidad.

Para superar parte de esas disfunciones, dentro del concepto de Nueva Arquitectura Financiera Internacional, el Informe recomienda la adopción de estándares contables más acordes con las transacciones y flujos del mercado, mayor disponibilidad y transparencia de la información sobre políticas y datos económicos y financieros, principios adecuados de manejo corporativo y mejor supervisión y regulación.

En una incorporación directa de lo sugerido por el Banco Mundial y el FMI se adoptó la Ley 1314 de 2009, que regula los principios y normas de

Nueva Regulación (Jadresic, Blanlot y San Martin, 2001); *Regulatory, Policy Makers and The Making of Policy: What Does What and When Do They Do It?* (Ashley, 2002); *Regulatory Effectiveness* (Stern y Cubbin, 2003).

20 Dicho informe está referenciado por Juan Fernando Mejía y se encuentra disponible en actualicese.com/globalización/docs/Rosc_JuanFernandoMejia.html

contabilidad e información financiera y de aseguramiento de información aceptados en Colombia, señala las autoridades competentes²¹ y el procedimiento para su expedición, con amplia garantía de participación, y determina las entidades responsables de vigilar su cumplimiento.

Ello constituye una forma de intervención del Estado en la economía con el fin de lograr que los informes contables y, en particular, los estados financieros, brinden información comprensible, transparente, comparable, pertinente y confiable, útil para la toma de decisiones económicas por parte del Estado y de los particulares.

De esta manera, con la expedición de las normas de contabilidad, de información financiera y de aseguramiento de información, en los términos establecidos en esta ley, se busca mejorar la productividad, la competitividad y el desarrollo armónico de la actividad empresarial de las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras.

Con tal finalidad y con el propósito de apoyar la internacionalización de las relaciones económicas, se persigue que esa acción del Estado se dirija hacia la convergencia de tales normas de contabilidad, de información financiera y de aseguramiento de la información con estándares internacionales de aceptación mundial (como los recomendados en los principios relativos a los emisores del OPSR de IOSCO en lo atinente a contabilidad y auditoría), con las mejores prácticas y con la rápida evolución de los negocios, incluyendo el empleo del registro electrónico de la información.

2. PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

Por medio de la Ley 1340 de 2009 se actualizan las normas en materia de protección de la competencia para adecuarlas a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional.

Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es, acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales, y respecto de las mismas corresponde en forma privativa a la Superintendencia de Industria y Comercio conocer de las investigaciones administrativas, imponer las multas y adoptar las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación

21 Las autoridades regulatorias son los ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Comercio, Industria y Turismo, con fundamento en las propuestas que deberá presentarles el Consejo Técnico de la Contaduría Pública, como organismo de normalización técnica.

con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

Sin embargo, dado el conocimiento específico que de cada sector tienen las respectivas autoridades de regulación y control, deberán ser enteradas por la Superintendencia de Industria y Comercio de los procedimientos administrativos de integración empresarial y de las investigaciones por violación de la libre competencia que adelante, para que, si lo consideran, emitan su concepto técnico en relación con el asunto puesto en su conocimiento, y si bien este no será vinculante, si la Superintendencia se aparta del mismo, debe explicar los motivos jurídicos o económicos que la llevan a tomar una decisión en un sentido distinto del conceptuado.

Ahora bien, en razón de ser la Superintendencia de Industria y Comercio la autoridad única nacional en materia de competencia, podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados, para lo cual las autoridades de regulación deben informarle de los actos administrativos que se pretendan expedir. Aunque el concepto no será vinculante, si la autoridad respectiva se apartara del mismo, deberá manifestar de manera expresa, dentro de las consideraciones de la decisión, los motivos por los cuales lo hace.

En el ámbito específico de las tecnologías de información y comunicaciones, la Ley 1341 de 2009, que determina el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector y su ordenamiento general, se ocupa de regular el régimen de competencia, la protección al usuario, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, y la regulación, control y vigilancia de los mismos.

3. REGULACIÓN DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

La International Organization of Securities Commissions (IOSCO), el más importante foro de cooperación internacional en el mundo para las instituciones reguladoras de valores, elaboró en el año 2003 el documento “Objetivos y Principios de la Regulación de Valores”²², el cual determina que tales objetivos son la protección de los inversores, la garantía de la justicia, eficiencia y transparencia de los mercados y la reducción del riesgo sistémico, para cuyo cumplimiento formula treinta principios, agrupados en ocho categorías.

Colombia, como miembro de IOSCO, se comprometió a asegurar la observancia de tales objetivos y principios, y en tal virtud asumió la obligación de promover los cambios necesarios en la legislación nacional para facilitar

22 Dicho documento puede ser consultado en www.superval.gob.sv/dno/principios_iosco/Resumen_%20Principios_IOSCO.pdf

su cumplimiento. Fiel reflejo de su incorporación al ordenamiento jurídico colombiano son las leyes 964 de 2005 y 1314, 1328 y 1340 de 2009.

En efecto, por medio de la Ley 964 de 2005 se dictaron normas generales y se señalaron en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores²³.

Dentro de ese marco, se indica que el Gobierno Nacional ejercerá la intervención en las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores, con sujeción a los siguientes objetivos y criterios:

a. Objetivos de la intervención:

1. Proteger los derechos de los inversionistas.
2. Promover el desarrollo y la eficiencia del mercado de valores.
3. Prevenir y manejar el riesgo sistémico del mercado de valores.
4. Preservar el buen funcionamiento, la equidad, la transparencia, la disciplina y la integridad del mercado de valores y, en general, la confianza del público en el mismo.

b. Criterios de la intervención:

1. Promover el desarrollo y la democratización del mercado de valores, así como su conocimiento por parte del público.
2. Ajustar la regulación y la supervisión del mercado de valores a las innovaciones tecnológicas, así como facilitar el desarrollo de nuevos productos y servicios dentro del marco establecido en la ley.
3. Agilizar, flexibilizar y clarificar las normas y los procedimientos. al igual que adoptar las decisiones administrativas en tiempos razonables y con las menores cargas administrativas posibles.
4. Hacer eficientes y asignar equitativamente los costos de la supervisión y la disciplina del mercado de valores, e imponer cargas a los participantes del mercado que tomen en cuenta la comparación entre el beneficio y el costo de las mismas.

23 Se entiende por valor todo derecho de naturaleza negociable que haga parte de una emisión, cuando tenga por objeto o efecto la captación de recursos del público, tales como: acciones, bonos, papeles comerciales, certificados de depósito de mercancías, cualquier título o derecho resultante de un proceso de titularización, cualquier título representativo de capital de riesgo, los certificados de depósito a término, las aceptaciones bancarias, las cédulas hipotecarias y cualquier título de deuda pública; no se consideran valores para estos efectos las pólizas de seguros y los títulos de capitalización. La regulación sobre estos valores se hace extensiva a los derivados financieros, tales como los contratos de futuros, de opciones y de permuta financiera, siempre que los mismos sean estandarizados y susceptibles de ser transados en las bolsas de valores o en otros sistemas de negociación de valores.

5. Evitar, impedir o restringir la competencia.
6. Dar prelación al sentido económico y financiero sobre la forma, al determinar si algún derecho o instrumento es un valor, o si alguna actividad es de aquellas que requieren autorización o registro y, en general, cuando expida normas dirigidas a la protección de los derechos de los inversionistas.
7. Proveer información oportuna, completa y exacta al mercado de valores.
8. Garantizar que las operaciones realizadas en el mercado de valores sean llevadas hasta su puntual y exacta compensación y liquidación.
9. Propender a que en la regulación y la supervisión se eviten los arbitrajes, procurando que exista uniformidad en las normas que se expidan.

Un grupo de los principios dados por IOSCO se refiere de manera particular a la regulación de la autorregulación, que es una de las principales tendencias de la globalización del derecho administrativo como técnica de intervención, y que tiene su origen tras el colapso del mercado bursátil en Estado Unidos, mediante la Ley de Intercambios de 1934, la cual obligaba a los operadores de la bolsa a obrar con disciplina de mercado; a partir de allí se fueron expidiendo normas que garantizaran la independencia del autorregulador respecto de los corredores, y finalmente la Securities Exchange Commission, como autoridad regulatoria, fue autorizada para supervisar los procesos de vigilancia y aplicar las sanciones, de tal manera que el regulador observara las decisiones del autorregulador.

En Colombia, la misma Ley 964 de 2005, y su desarrollo reglamentario mediante los decretos 1565 y 3516 de 2006, le dio vida a la autorregulación en el mercado de valores, desplazando de esa labor a sucesivas autoridades gubernamentales que habían sido creadas para ese propósito, con la finalidad de que el mercado financiero responda a criterios rectores que aseguren responsabilidad, idoneidad y transparencia en sus operaciones para la protección de los inversionistas.

Esa normativa sobre regulación de valores emplea varios mecanismos propios del derecho flexible; en efecto, se establece la obligatoriedad de que las sociedades comisionistas de bolsa cuenten con un contralor normativo y de que quienes realicen actividades de intermediación de valores se autorregulen.

En ese orden de ideas, el contralor normativo tendrá por lo menos las siguientes funciones:

- a. Establecer los procedimientos para asegurar que se cumpla con las leyes, reglamentos, estatutos y, en general, con toda la normatividad y las medidas internas de buen gobierno corporativo, los códigos de ética, buena conducta y transparencia comercial que tengan relación con las actividades de la entidad.

- b. Proponer a la junta directiva el establecimiento de medidas para asegurar comportamientos éticos y transparencia en las actividades comerciales y personales de sus funcionarios y terceros relacionados, prevenir conflictos de interés, garantizar exactitud y transparencia en la revelación de información financiera, evitar el uso indebido de información no pública.
- c. Informar y documentar a la junta directiva de las irregularidades que puedan afectar el sano desarrollo de la sociedad.
- d. Las demás que se establezcan en los estatutos sociales.

Por otra parte, quienes realicen actividades de intermediación de valores están obligados a autorregularse a través de cuerpos especializados para tal fin, tales como organizaciones constituidas exclusivamente con ese propósito, organizaciones gremiales o profesionales, las bolsas de valores, las bolsas de productos agropecuarios, agroindustriales o de otros *commodities* y las Sociedades Administradoras de Sistemas de Negociación a que se refiere la Ley 964 de 2005.

A la Superintendencia de Valores (hoy Financiera) le corresponde supervisar el adecuado funcionamiento de los organismos de autorregulación²⁴, y puede suscribir acuerdos o memorandos de entendimiento con los organismos autorreguladores, con el objeto de coordinar esfuerzos en materia disciplinaria, de supervisión e investigación.

La autorregulación comprende el ejercicio de las siguientes funciones, sin que ninguna de ellas constituya función pública:

- a. Función normativa: adopción de normas para asegurar el correcto funcionamiento de la actividad de intermediación;
- b. Función de supervisión: verificación del cumplimiento de las normas del mercado de valores y de los reglamentos de autorregulación;
- c. Función disciplinaria: imposición de sanciones por el incumplimiento de las normas del mercado de valores y de los reglamentos de autorregulación.

En materia de supervisión, no solamente IOSCO, sino el propio FMI²⁵ recomiendan que los organismos competentes sean independientes, condición que es vista como indispensable para superar uno de los principales factores que contribuyeron a la crisis financiera de los años noventa, dado que aquellos,

24 Sobre la autorregulación en el sector financiero puede consultarse el artículo de Alejandro González, “Los organismos autorreguladores: la experiencia internacional y la de Colombia”, disponible en www.deceval.com/InstructivosBoletines/Enfoque31-09.pdf, así como la ponencia presentada por Mauricio Rosillo Rojas en el VI Congreso de Derecho Financiero celebrado en Cartagena en el año 2007, con el título “El papel de la autorregulación del mercado de valores en Colombia: evolución, retos y perspectivas”, disponible en las memorias del Congreso.

25 Agustín G. Carstens, Daniel Hardy y Ceyla Pazarbasioglu, “Cómo evitar la crisis bancaria en América Latina”, disponible en www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2004/09/pdf/carstens.pdf

aún conociendo sus funciones, por la falta de independencia enfrentaron la oposición de grupos de interés para cumplirlas. Esa independencia garantiza que frente a las crisis el organismo de supervisión esté en condiciones de imponer requisitos prudenciales y sanciones cuando sea necesario. Aunque en Colombia el marco conceptual se orienta en esa dirección, aún no se ha trasladado al nivel legislativo la incorporación de esa recomendación para las entidades de supervisión (superintendencias).

Una segunda normativa que atañe al sistema financiero, está contenida en la regulación estatal de la presentación de la información contable y financiera prevista en la Ley 1314 de 2009, a la cual se ha hecho referencia en un acápite anterior, en la cual a la Superintendencia Financiera como autoridad de supervisión le corresponde vigilar que los sujetos bajo su inspección, vigilancia o control cumplan con las normas en esa materia, y aplicar las sanciones a que haya lugar por infracciones a las mismas; así mismo, le compete expedir normas técnicas especiales, interpretaciones y guías en materia de contabilidad y de información financiera y de aseguramiento de información.

En la Ley 1328 de 2009²⁶, de reforma financiera, se definen los principios específicos a los cuales debe sujetarse la Superintendencia Financiera en el ejercicio de sus facultades y funciones de inspección, vigilancia y control, en los siguientes términos:

“1. Principio de materialidad: La Superintendencia Financiera de Colombia ejercerá sus funciones y facultades de inspección y vigilancia, así como de control, dando especial relevancia y atención a aquellos hechos que por su naturaleza, cuantía o circunstancias coyunturales, afecten de manera grave la confianza pública en el sistema financiero, asegurador y en el mercado de valores, pongan en peligro la continuidad del servicio, o comporten un riesgo sistémico.

“2. Principio de acceso a la información para la protección de la estabilidad y confianza en el sistema financiero: Cuando a juicio del Superintendente Financiero existan elementos que previsiblemente puedan llegar a vulnerar la estabilidad, seguridad y confianza en el sistema financiero, asegurador o en el mercado de valores, la Superintendencia Financiera de Colombia podrá requerir, en cualquier tiempo, cualquier información de entidades que ordinariamente no se encuentren bajo su inspección y vigilancia o control.”.

Adicionalmente, la ley contempla nuevas funciones y facultades respecto de la supervisión comprensiva consolidada y permite a la Superintendencia Financiera ordenar a las entidades vigiladas la contratación de auditorías externas, evento en el cual el Gobierno Nacional deberá, mediante normas

26 El contenido de esta ley corresponde a las recomendaciones contenidas en el Documento Conpes 3399 sobre reforma de la institucionalidad para la regulación y la supervisión de los mercados financieros, disponible en www.dnp.gov.co/archivos/documentos/Subdireccion_Conpes/3399.pdf

de carácter general, establecer los objetivos y eventos de las mencionadas auditorías, así como la forma en que las mismas deberán llevarse a cabo, el contenido de los informes y los demás aspectos relacionados con la manera como se realizarán.

Igualmente, con el propósito de promover una sana competencia en el ofrecimiento y suministro de los productos y servicios financieros prestados masivamente, las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera deberán establecer un esquema de autorregulación que permita identificar prácticas restrictivas que incidan en la determinación de las tarifas y comisiones de los productos y servicios financieros.

En virtud de tal esquema, las entidades deberán establecer mecanismos que garanticen el desarrollo de la actividad financiera, dentro de parámetros razonables que estimulen la profundización del sistema y el acceso del consumidor financiero al mismo.

Por otra parte, para el cumplimiento del objetivo de protección de la libre competencia económica previsto en la Ley 1340 de 2009, a la Superintendencia Financiera, como entidad gubernamental encargada del control y vigilancia del sector financiero, le corresponde prestar el apoyo técnico que le sea requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio cuando adelante una investigación administrativa por infracción de las disposiciones en esa materia por parte de los sujetos vigilados por aquella.

No obstante haberse establecido que la Superintendencia de Industria y Comercio es la única autoridad nacional para la competencia, la propia ley establece que las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia, y en particular, las relativas al control de operaciones de integración empresarial, no se aplican a los institutos de salvamento y protección de la confianza pública ordenados por la Superintendencia Financiera ni a las decisiones para su ejecución y cumplimiento.

Por ello, en los procesos de integración o reorganización empresarial en los que participen exclusivamente las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, es esta quien conoce y decide sobre la procedencia de dichas operaciones. En estos casos, tendrá la obligación de requerir, previamente a la adopción de la decisión, el análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el efecto de dichas operaciones en la libre competencia; y esta última podrá sugerir, de ser el caso, condicionamientos tendientes a asegurar la preservación de la competencia efectiva en el mercado.

4. PROVISIÓN DE BIENES Y SERVICIOS PÚBLICOS

Tratándose de la provisión de bienes y servicios públicos también se advierte una clara injerencia sobre definición del contenido y alcance de la función regulatoria de los Estados por parte del Sistema de Naciones Unidas. En efecto,

a partir de la presentación de los procesos de reforma y modernización del Estado iniciados en la década de 1980, que generó un proceso de privatización de empresas y servicios públicos, se señala por parte de las agencias de la ONU que esa situación genera la necesidad de una nueva regulación de los distintos actores e intereses involucrados con el fin de encauzar el comportamiento de los agentes privados para contrarrestar actitudes del mercado y crear garantías para cubrir las asimetrías surgidas por el debilitamiento de los principios de solidaridad o equidad.

La necesidad de la regulación en este campo aparece porque en la provisión de bienes públicos y en la prestación de servicios públicos los mecanismos de libre mercado han probado ser insuficientes por sí mismos para crear condiciones de eficiencia y equidad en la asignación de recursos, de manera que allí se requiere rescatar la función rectora del Estado en la formulación de las políticas públicas de regulación para crear incentivos sobre los comportamientos de los agentes del sector.

En todas las prestaciones atendidas por el mercado, se contraponen los intereses de los usuarios, quienes buscan aportar en función de su capacidad y pretenden recibir en función de su necesidad, procurando acceder a la máxima cobertura; los entes financiadores o aseguradores que tienden a asegurar la máxima rentabilidad; y los prestadores directos del servicio que buscan mantener la autonomía en la toma de decisiones frente a los usuarios y asegurar su estabilidad económica.

Ante estos intereses, el papel del Estado como regulador debe garantizar el acceso universal a los bienes públicos y considerar las tendencias de descentralización de funciones hacia los entes territoriales en materia de financiamiento y contratación de proveedores de servicios y de expansión de la oferta por parte de empresas transnacionales que buscan insertarse en los mercados nacionales en formación.

Teniendo en cuenta los anteriores factores, la regulación debe actuar como equilibrador frente a la situación de disparidad que se presenta entre oferentes y demandantes del servicio, de tal manera que se creen las condiciones para asegurar que las personas tengan una variedad de opciones al ejercer la libre elección, corregir las asimetrías existentes entre empresas prestadoras y usuarios y prevenir la competencia imperfecta entre los proveedores.

En atención a que el modelo económico determina un desplazamiento hacia el sector privado de los recursos para acceder a la prestación de bienes y servicios públicos y a la vez que un debilitamiento del mercado laboral formal, en virtud del cual muchos individuos solamente tienen acceso a un esquema institucional limitado o elemental condicionado por su nivel de ingresos, el Estado no puede limitarse a su papel de regulador, sino que está en la obligación de recurrir a la compra pública de servicios.

Un ejemplo paradigmático de la afectación del acceso a un bien o servicio público por el nuevo esquema institucional de prestación es el de la salud, en relación con el cual, para garantizar la efectividad de la equidad en el acceso, la OPS/OMS, siguiendo las propuestas de Ross (1999)²⁷, formula los siguientes principios sobre la interacción entre usuarios, proveedores y financiadores/aseguradores:

Acceso a la información: los consumidores y afiliados tienen el derecho a recibir información fidedigna sobre los beneficios del plan al cual suscriben.

Red adecuada de proveedores: cada plan de salud debe ofrecer un complejo suficiente de proveedores.

Acceso a especialistas: los afiliados deben tener acceso directo a especialistas.

Continuidad del servicio: los nuevos afiliados suscriptores que se encuentren bajo tratamiento de dolencias crónicas y cambien de plan, deben continuar recibiendo tratamiento por parte de su red anterior de proveedores.

Acceso a atención de urgencia: acceso a atención de emergencia cuando existan síntomas que, a juicio de cualquier persona, deban ser objeto de este tipo de atención.

Prontitud de las autorizaciones de reembolso por servicios: las decisiones de los planes de salud a este respecto deben llevarse a cabo dentro de un plazo prudencial.

Prohibición de cláusulas para la limitación de información (gag clauses): los planes de salud no deben prohibir a los proveedores brindar información sobre opciones de tratamiento, ni influenciarlos para no hacerlo.

Derecho de apelación: los afiliados deben tener acceso a instancias imparciales de apelación en el caso en que se denieguen sus derechos.

Posibilidad de elegir planes: debe tener carácter de obligatoriedad.

En lo que respecta a los proveedores, la *Patient Access to Responsible Care Alliance* (PARCA) ha establecido lo siguiente (Ross, 1999):

- La necesidad médica debe ser determinada exclusivamente por el proveedor que atiende el caso. Se pretende así preservar la autonomía de la decisión del proveedor. El asegurador-comprador solo debe pagar la cuenta.
- Los planes de salud no pueden diferenciar entre proveedores de igual calidad y condición.
- Los profesionales de una misma especialidad serán los únicos capacitados para juzgar la decisión de otro profesional del mismo nivel sobre la pertinencia de un tratamiento.

27 Las propuestas de Ross se encuentran referidas en el documento de la OMS denominado “Marco jurídico para la regulación del financiamiento y aseguramiento del sector de la salud”, disponible en www.paho.org/Spanish/HDP/hdd/mbolis.pdf

- El profesional que atiende el caso es el único capacitado para tomar la decisión en cuanto al tiempo de internación. También se trata del ejercicio de la autonomía de la decisión del profesional. El asegurador-comprador solo debe cancelar los costos.
- La posibilidad de optar por redes alternativas y atención integrada y coordinada debe ser obligatoria.
- Debe existir igualdad de honorarios para proveedores dentro y fuera de la red.
- Los planes de salud no deben diferenciar reembolsos con base en el licenciamiento: un psicólogo debe ser reembolsado de la misma manera que un psiquiatra.
- El ingreso anual de proveedores debe ser obligatorio aunque existan suficientes proveedores.
- Los pagos por capitación y por ajuste con base en el riesgo dirigidos a crear incentivos indirectos para limitar servicios deben ser prohibidos.
- El profesional tratante debe ser el único capacitado para determinar la manera y condiciones en que se debe prestar la atención. Se trata de otra situación de autonomía en el ejercicio de la profesión; el asegurador-comprador solo debe cancelar la cuenta.

En el caso colombiano resulta interesante constatar cómo también ha habido una influencia sobre la definición del marco regulatorio del servicio de salud, pero la misma no ha sido introducida al ámbito nacional a través del Gobierno o de la actividad legislativa, sino por la vía jurisdiccional en materia de protección constitucional del derecho a la salud.

En efecto, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008²⁸, en orden a garantizar el acceso a los servicios de salud de calidad y de manera oportuna y eficaz, ordenó al Ministerio de la Protección Social, a la Comisión de Regulación en Salud y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud adoptar las medidas necesarias, de acuerdo con sus competencias, para superar las fallas de regulación en los planes de beneficios, asegurando que sus contenidos sean precisados de manera clara, sean actualizados integralmente, sean unificados para los regímenes contributivo y subsidiado, y sean oportuna y efectivamente suministrados por las Entidades Promotoras de Salud, de manera que esta nueva regulación incentive a las EPS y a las entidades territoriales a garantizar el acceso a los servicios de salud y desincentive su denegación por parte de las mismas.

28 Disponible en www.elabedul.net/Documentos/Leyes/2008/T-760-08.pdf

III. LA REDEFINICIÓN NORMATIVA DE LA REGULACIÓN Y EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA PRIVADA EN FUNCIÓN DE LAS TENDENCIAS DE LA GLOBALIZACIÓN²⁹

Con el fin de no quedar al margen del proceso de integración mundial de las economías a través de la producción, el comercio, los flujos financieros, la difusión tecnológica, las redes de información y las corrientes culturales, los Estados han creado políticas públicas, definido su planeación e instrumentado jurídicamente unas y otra de acuerdo con los estándares materiales pretendidos por los agentes de la globalización.

De manera particular, en materia económica lo que se busca por dichos agentes es proveer estabilidad jurídica al desarrollo de esa actividad, y por ello presionan a los Estados para generar cambios tanto en sus políticas como en las normas jurídicas a través de las cuales ellas se instrumentan, que incorporen postulados o principios considerados de carácter global, de tal manera que haya un alto grado de certeza sobre el actuar transparente de la administración pública, así como continuidad y previsibilidad respecto de las reglas de acción.

En el caso colombiano, la base de la definición de la política pública en materia de regulación y control de la actividad económica de los particulares se encuentra en el Programa de Reforma de la Administración Pública (PRAP), como una estrategia transversal en el campo de las acciones de mediano y largo plazo, orientadas a crear y consolidar una política de Estado de modernización y gestión de la administración pública, mediante el establecimiento de un Estado gerencial que se caracterice por su responsabilidad fiscal.

De manera general, como se pudo evidenciar en el apartado anterior, el PRAP responde a las estrategias de modernización de los Estados promovidas por el BID en la misma línea de la condicionalidad para la financiación de proyectos por parte del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional; y de manera específica, los contenidos de la redefinición de la política pública en materia de regulación y control de la actividad económica de los particulares, evidenciada en las normas que la instrumentan, muestran que su origen responde a las tendencias globales sobre la materia.

En efecto, las fuentes de derecho interno que manifiestan la presencia de las tendencias de la globalización jurídica que es funcional a la globalización económica tienen sus antecedentes en reuniones organizadas formalmente por instituciones internacionales como las referidas o en los foros de los grupos de expertos, de donde han surgido las declaraciones o cartas que

29 La formulación tanto de las categorías analíticas como de las preguntas que sirven para su desarrollo fueron propuestas por los expertos internacionales Alex Schubert, Manuel Jacques y Walter Albán, consultores del Programa FORTALESER de la GTZ.

condensan los principios, lineamientos y recomendaciones para el desarrollo y materialización posterior de nuevas estructuras normativas ajustadas a las condiciones particulares de cada Estado.

La comprobación realizada en el apartado anterior, sobre la recepción por el ordenamiento jurídico nacional de los contenidos impulsados por agentes de la globalización, pone en evidencia una transformación del sistema de fuentes y de producción jurídica, en la medida en que las normas generadas en los contextos globales son incorporadas en los ámbitos nacionales, bien sea mediante la expedición de leyes, de reformas incluso del orden constitucional o mediante el mecanismo de mutación constitucional.

Por ello, el presente apartado de este artículo pretende avanzar de manera exploratoria en las implicaciones que esa transformación está generando, analizando cómo se está llevando a cabo por parte del Estado la incorporación de los contenidos impulsados por los agentes de la globalización, de qué manera se están aplicando, cómo se lleva a cabo el control judicial de tales contenidos y la protección de los derechos frente a los mismos y, finalmente, de qué manera se afecta la relación entre el Estado y el derecho.

1. DESARROLLO NORMATIVO GLOBAL

a. ¿QUIÉN IMPULSA EL DESARROLLO NORMATIVO GLOBAL?

Si bien es claro que el proceso de ajuste de la institucionalidad de la regulación y el control de la actividad económica se ha llevado a cabo por los cauces que establece el derecho interno, también lo es que para su formulación y ejecución han concurrido agentes externos determinantes para que el Gobierno impulsara la agenda de reforma ante el legislativo. Sin perjuicio de lo explicado al presentar los orígenes de las normas que configuran el nuevo orden jurídico de la regulación y el control de la actividad económica en Colombia, dos ejemplos puntuales sirven para ilustrar esta afirmación.

En primer lugar, la Nación celebró el 23 de noviembre de 2005 con el Banco Mundial el contrato de empréstito 7334 CO, “Primer empréstito programático de política de desarrollo para la productividad y eficiencia en los negocios”, dirigido a financiar acciones para promover el crecimiento y reducir la pobreza, dentro de las cuales se encontraban un conjunto de reformas para fortalecer la competitividad y productividad del sector financiero y el mercado de valores.

De ellas provinieron acciones encaminadas a respaldar el proceso de fusión entre las superintendencias Bancaria y de Valores que había sido dispuesto mediante el Decreto 4327 de 2005, que se vieron complementadas con la firma el 6 de diciembre de 2006 del “Segundo empréstito programático de política de desarrollo para la productividad y eficiencia en los negocios”, en el cual

se asignaron recursos para financiar acciones dirigidas a la expedición de la legislación para el aumento de la independencia legal y presupuestal de la Superintendencia Financiera.

El segundo ejemplo se refiere al otorgamiento de una donación japonesa al Gobierno Nacional dentro del marco del segundo empréstito, con cuyos recursos se contrataron diversos estudios que sirvieron como punto de partida para la sustentación del proyecto de ley de reforma financiera que finalmente se convirtió en la Ley 1328 de 2009. Además, con la misma donación se contrataron estudios que analizaron las implicaciones del TLC con Estados Unidos, y otros que sirvieron como base para la adecuación del marco de supervisión de las entidades financieras a un mercado más integrado como el actual.

b. ¿BAJO QUÉ PRINCIPIOS POLÍTICOS SE IMPULSA?

Asegurar el buen funcionamiento de los mercados, lo cual, en los Estados en transición hacia la liberalización, requiere de reformas estructurales que permitan la entrada de nuevos operadores al mercado y regulen el uso de las instituciones esenciales para lograr la competencia real y efectiva.

El papel central de la regulación y el control es asegurar el buen funcionamiento de los sectores estratégicos para la marcha de la vida social y económica del país, con independencia de la orientación política que prevalezca en un momento determinado.

c. ¿CON QUÉ PROCEDIMIENTOS SE IMPULSA?

La incorporación de los instrumentos de derecho globalizado no se ha hecho mediante la sustitución de los mecanismos previstos a nivel nacional para velar por los derechos de los consumidores o para garantizar la transparencia y proteger la confianza en el sistema económico y financiero, pero ello no significa dejar de lado que el nuevo orden jurídico en esta materia ha implicado que internamente se haya apelado a la cooperación internacional y se hayan acogido las sugerencias y recomendaciones de organismos y expertos internacionales.

Puesto desde otra perspectiva, al menos en cuanto hace al proceso transversal de la regulación, la supervisión y el control de la actividad económica por parte de la administración pública, las recientes modificaciones al orden jurídico interno se han inspirado en las mejores prácticas y la experiencia internacional, acogiéndolas formalmente a través de leyes expedidas por el Congreso y de reglamentaciones de las mismas por parte del Gobierno Nacional.

Uno de los ejemplos paradigmáticos de la situación descrita es el de las recomendaciones dadas por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, las cuales han llevado a la adopción en Colombia de instituciones y herramientas

de supervisión; así, a la creación del Fondo de Garantía de las Instituciones Financieras, la adopción de normas técnicas para la calificación y provisión de las carteras de crédito e inversiones, la promulgación de un estatuto para regular y vigilar la solvencia de las instituciones con base en el riesgo de los activos, al igual que a nuevas regulaciones sobre cupos de crédito y a la adopción de un Plan Único de Cuentas.

d. ¿A QUÉ MATERIAS SE REFIERE?

En cuanto a los bienes jurídicos protegidos, el énfasis de las normas jurídicas presentadas se pone en la calidad de la información que se suministra al mercado y en la razonabilidad de la información de la situación financiera de sus operadores, mediante la asignación de atribuciones de reglamentación técnica y seguimiento *in situ* y *extra situ* a las instituciones vigiladas por parte de las autoridades de supervisión, con la finalidad de mantener la confianza pública en el sistema económico, conservar la integridad y eficiencia de los mercados y velar por el respeto a los derechos de los consumidores garantizando una prestación debida de los servicios.

e. ¿EN QUÉ PRINCIPIOS JURÍDICOS SE BASA, CUÁLES PROMUEVE Y CUÁLES SUPERA?

Los principios sobre los cuales se funda el nuevo esquema institucional para la regulación y el control de la actividad económica son los siguientes:

- La estabilidad del valor de la moneda y la seguridad del sistema financiero.
- La objetividad y veracidad de la información económica y la contabilidad nacional.
- La limpieza, transparencia y liquidez de los mercados de valores, a los cuales pueden recurrir los ahorradores con confianza.
- La limpieza y apertura de los mercados, presididos por una competencia efectiva y leal.

El marco de política para el ejercicio de la regulación y el control cambia el espíritu, los objetivos y los instrumentos de la regulación. Se busca la superación del modelo clásico de administración pública, jerarquizado, intervencionista y centralizado, que concentra e identifica de manera exclusiva el interés público, cuyo beneficiario pasivo es el ciudadano, por una administración descentralizada, participativa, neutral y respetuosa del mercado.

Lo anterior implica que los objetivos se desplazan de los intereses del Estado-Nación a los de la sociedad, articulando y componiendo, cuando no lo haga el mercado, los intereses particulares y los intereses públicos, que serán

ante todo de defensa del sistema, permitiendo, a través de la competencia, la universalidad y la continuidad en la prestación de los servicios.

f. ¿CON QUÉ FUNDAMENTOS POLÍTICO-IDEOLÓGICOS SE PROMUEVE?

El fundamento de las reformas legales es propiciar la estabilidad del sistema económico, proteger mejor al consumidor, fortalecer la supervisión y la regulación, para concluir en la expedición de un conjunto normativo que reorganiza, moderniza y adecua el marco regulatorio e institucional a través de esas reformas para el correcto funcionamiento futuro del mercado y sus actores.

2. ADOPCIÓN POR LOS ESTADOS NACIONALES

a. ¿CÓMO ES LA EXPRESIÓN INSTITUCIONAL DEL DERECHO?

El modelo jurídico constitucional hace posible la aparición de tendencias que concretan la globalización jurídica, en la medida en que:

- Consagra expresamente el principio de eficiencia de la gestión pública.
- Reconoce que la responsabilidad del Estado no es la prestación directa de bienes y servicios sino la orientación y coordinación.
- Consagra expresamente el proceso de internacionalización de la economía.
- Confiere mayor flexibilidad a la organización de la estructura administrativa en todos los ámbitos.

Sin embargo, para el Departamento Nacional de Planeación³⁰ los documentos técnicos del Gobierno que incorporan recomendaciones de entidades internacionales, como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, no constituyen instrumentos jurídicos vinculantes, y menos una clara evidencia de un fenómeno de globalización jurídica.

Esa contundente aseveración la relativiza el DNP cuando señala que, en la medida en que el Estado adopta o asimila directa o indirectamente una normatividad internacional o similar a la de otros países sobre un tema relativo a las transacciones económicas, esto puede buscar varios efectos.

El principal efecto buscado a través de dicha adopción o asimilación de la normatividad internacional o de la de otros países es disminuir los costos de transacción de las empresas locales para acceder o invertir en mercados internacionales o incentivar a las empresas interesadas en acceder al mercado local o invertir en el mismo y aumentar y hacer más efectiva la intervención

30 Departamento Nacional de Planeación, Oficio dg-20091000794321 del 19 de noviembre de 2009.

de las entidades de regulación y control sobre los agentes económicos, con el propósito de generar mercados más competitivos que ofrezcan bienes y servicios a los usuarios o consumidores con mejores precios y calidad.

En todo caso, el Gobierno Nacional es reticente a la hora de reconocer la influencia de la globalización jurídica, y en esa medida sostiene que si bien gran parte de las normas que se expiden en estas materias se inspiran en las mejores prácticas y la experiencia internacional, ello no implica *per se* que el Gobierno Nacional al promover las reformas legales con las que se ha ejemplificado la presencia de globalización del derecho administrativo en Colombia esté honrando compromisos con la comunidad internacional o con algunos de sus miembros en particular, ni que las disposiciones que se adoptan en las leyes tengan necesariamente el propósito de elevar a rango legal acuerdos previos con otras naciones³¹.

3. APLICACIÓN DEL DERECHO GLOBAL

a. ¿CÓMO SE APLICA EL DERECHO GLOBAL EN POLÍTICAS, RESOLUCIONES Y REGLAMENTOS?

La adopción de las recomendaciones de los actores internacionales identificados como impulsores de las reformas en el ámbito analizado se ha producido a través de documentos técnicos elaborados por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), en los cuales se ha determinado que en razón de la nueva racionalidad regulatoria que corresponde al Estado en relación con la economía, es conveniente ajustar su normatividad a ese modelo.

Con base en esas recomendaciones se han presentado a consideración del Congreso iniciativas legislativas de origen gubernamental, que han conducido a la expedición del marco legal que contiene muchos de los elementos sugeridos en documentos de recomendaciones de índole general para los países en desarrollo o que específicamente han tenido como destinatario al Estado colombiano.

b. ¿CÓMO SE CONTROLA EL DERECHO GLOBAL POR LA JUSTICIA?

Frente a la inobservancia por parte de los sujetos sometidos a la regulación y el control de las autoridades de intervención económica de las mejores prácticas recomendadas por el Banco Mundial, el FMI o el BID, la solución de las controversias surgidas se tramita de acuerdo con la normatividad interna y con los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano.

31 Superintendencia Financiera de Colombia, Oficio 20099074590-002-000 del 6 de octubre de 2009.

En esa medida, como lo indica la Superintendencia Financiera, si esas entidades y organismos solamente emiten recomendaciones, opiniones y principios mínimos sobre las materias de su competencia, a pesar de su acogida en el mercado internacional por su reconocimiento, se encuentran desprovistos de jurisdicción y capacidad de reglamentación vinculante para los Estados.

Lo anterior implica que no hay ningún tipo de sanción imponible por la vulneración de las recomendaciones de aquellas entidades internacionales si las mismas no se han incorporado en una norma de derecho interno que las haga vinculantes, de tal manera que sólo en esos eventos los consumidores podrían efectuar una reclamación para la protección de sus derechos por las transgresiones en que los operadores del mercado incurran.

En materia de protección de los derechos frente a eventuales conflictos, si bien los organismos promotores de esas recomendaciones carecen de jurisdicción dentro del territorio nacional y sobre los operadores del mercado en su interior, se han conferido potestades preventivas a las autoridades de regulación y control, más que a los jueces, para evitar que se generen privilegios contractuales a favor de las entidades vigiladas y sancionar las conductas que vulneren el régimen de publicidad.

4. SUJETOS JURÍDICOS DEL DERECHO GLOBAL

a. ¿CUÁLES SON Y QUÉ ROL CUMPLEN LOS NUEVOS SUJETOS JURÍDICOS DEL DERECHO GLOBAL?

Dentro del cambio del modelo de Estado de prestador a garante de la prestación, que conduce al fin de los monopolios públicos y a la liberalización de la prestación de los servicios públicos, el rol del Estado como regulador es garantizar la competencia real y efectiva, pero ello solamente será posible mediante la existencia de reguladores independientes.

Por ello, en el caso colombiano, aunque se ha venido produciendo una progresiva transformación del papel del Estado acorde con el modelo regulatorio, la desmonopolización y liberalización de muchos sectores no es creíble por la ausencia de organismos reguladores independientes que controlen su buen funcionamiento³².

No es papel de las autoridades reguladoras y de control la definición de las políticas sectoriales, por lo cual no deben tener asignadas atribuciones que impliquen potestades de apreciación política, que son de difícil control judicial. Su rol es el de otorgar licencias y concesiones, supervisar la defensa de la competencia, fijar los términos de acceso a redes, cálculo y aprobación de tarifas, estándares de medición o consumo.

32 Como lo señala Ariño Ortiz, sin esa autoridad reguladora independiente la liberalización es falsa, porque las empresas siguen dependiendo del poder político y en lugar de liberalización se produce un auténtico *management* público en la sombra.

Comoquiera que la regulación y el control de la actividad económica son instrumentos de realización de las políticas públicas, la acción de las autoridades reguladoras, si bien debe ser independiente de las autoridades políticas y de las empresas del respectivo sector, también debe garantizar su sujeción al servicio de los intereses generales. Ello se logra con la aplicación concurrente de los principios de transparencia, participación, rendición de cuentas y control judicial.

b. ¿DE QUÉ MANERA SE LOGRA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS?

Como lo señala Bernal Pulido³³:

“En la misma época en que se han expedido las constituciones hoy vigentes, en su mayoría muy generosas en consagración de derechos sociales, los gobiernos de turno han adoptado las irreversibles directivas neoliberales de reducción de la administración pública impuesta por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Como consecuencia de estas políticas, el Estado, y sobre todo la administración pública, ha perdido su capacidad efectiva de satisfacer los derechos sociales establecidos en la Constitución mediante una prestación de servicios públicos orientada por el interés general. Vastas áreas de la economía han sido privatizadas y asuntos como la salud, las pensiones o la educación han quedado al albur del interés económico particular. La paradoja es inocultable. Cada individuo es titular de ciertos derechos sociales que el Estado debe pero no puede cumplir”.

En esa medida, su satisfacción solamente se logra en muchos casos a través de la intervención de los jueces, a quienes desde la política se les acusa de un activismo que invade las órbitas de las otras ramas del poder público, creando derecho y ordenando gastos, desconociendo, como lo señala Carrillo Flórez³⁴, que *“los poderes judiciales se han refundado, los jueces han dejado de ser la boca muerta de la ley como lo legó la Revolución Francesa y la función judicial tiene ahora más preeminencia que la función legislativa. En ello se equivocan quienes creen que es posible retrasar el reloj de la democracia para devolver a los jueces a la marginalidad del sistema, donde vegetaron por mucho tiempo”.*

33 Carlos Bernal Pulido, *Democracia y globalización en América Latina*, en *El derecho en el contexto de la globalización* 226 (G. Ramírez Cleves, ed., Universidad Externado de Colombia, 2007).

34 Fernando Carrillo Flórez, *Se perdió la brújula*, en *El Espectador*, 17 de noviembre de 2009, disponible en www.elespectador.com/columna172693-se-perdio-brujula

5. EFECTOS JURÍDICOS GLOBALES

a. ¿CÓMO SE PRESENTA LA DIALÉCTICA DEL DESARROLLO JURÍDICO MUNDIAL?

Siguiendo a Jordan Flórez³⁵, cabe señalar que en este siglo se empiezan a hacer visibles, en algunos sectores de la sociedad, signos de comprensión de esa nueva realidad, y que se ha empezado a actuar de manera consistente en dirección a interconectarse con el mundo, a realizar nuevos tratados de carácter comercial, a implementar serias políticas de movilidad e interconexión con el sistema mundial educativo, a fortalecer los niveles de presencia en las redes mundiales financieras y bancarias, y a actuar de una manera proactiva con sus políticas en los organismos multilaterales y diplomáticos mundiales.

Pero en Colombia, en el escenario político e intelectual, pareciera que no se otorga mayor importancia de vinculación a la discusión teórica de estos aspectos y cesuras contemporáneas, y por ende se tiende a observar parte de las transformaciones en curso como unos componentes más de la normalidad, de lo cotidiano, y se actúa frente a ellas con herramientas, conceptos y metodologías que parecieran no corresponder a las exigencias y posibilidades del presente.

En ese sentido, todavía existe un alto grado de propensión a actuar como si lo determinante fuese lo local, lo que acontece en los límites de las fronteras físicas de ese Estado-Nación de la modernidad. La tendencia de centrar el análisis sociopolítico y económico en el ámbito de lo nacional se ha venido transformando paulatinamente, sin que ello permita afirmar que Colombia es un actor de significancia en los procesos globales y que tiene un rol de significativa importancia en la participación proactiva en la construcción del nuevo orden en formación.

La realidad local y los indicadores internacionales muestran que Colombia está lejana a una posición que le permita estar entre quienes pueden sacarle provecho a la globalización; su propia realidad la hace débil y perdedora en los intercambios globales. La globalización del derecho es un tema de competitividad para el país frente a la llegada de inversión extranjera y a la salida de empresas nacionales a conquistar otros mercados, y Colombia ha sido de los últimos en comenzar a incursionar en el tema.

b. ¿CÓMO SE DA LA RELACIÓN ENTRE ESTADO Y DERECHO?

En la definición del marco de política pública sobre el ejercicio de las funciones reguladora y controladora del Estado, que se ha venido plasmando normativamente en algunos ámbitos de especial relevancia para la econo-

35 Fernando Jordan Flórez, coord. académico, *Realidades del Estado colombiano en el siglo XXI en un escenario globalizado* (CGR y ESAP, Bogotá, 2009).

mía, es evidente la influencia en aquella y la incorporación en estas de las recomendaciones de entidades como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo, de las agencias del Sistema de Naciones Unidas, así como de foros internacionales como IOSCO.

Los contenidos tanto de esas recomendaciones como de las normas jurídicas en que ellas se concretan responden al nuevo papel que se le asigna al Estado como árbitro de las relaciones entre el mercado y la sociedad, y que corresponde a la superación de su rol de agente directo de la economía y a su asunción como facilitador de las condiciones que permitan que los agentes privados asuman la prestación de los servicios y el suministro de los bienes públicos que antes estaban a cargo del Estado.

En tal sentido, el énfasis que se pone en el papel del Estado como regulador y controlador y no como prestador, refleja un proceso progresivo de desestatización de funciones a favor del mercado, al igual que un repliegue de la actividad estatal, tanto empresarial como prestacional, que lleva a la reducción del tamaño del Estado y del gasto público, mediante procesos concurrentes de tercerización, liberalización, privatización y fomento.

Ese proceso implica una reconfiguración del régimen aplicable a la administración pública, para que sea capaz de resolver las tensiones que se presentan entre los intereses del mercado, propios de la prestación de servicios a cargo de particulares y no del Estado, y los intereses de los ciudadanos, que responden a su papel activo como protagonistas de su desarrollo en el Estado social de derecho.

Fiel reflejo de esa reconfiguración son las reformas contenidas en las leyes 964 de 2005, 1314, 1328, 1340 y 1341 de 2009, que perfilan las funciones públicas de regulación y control sobre los mercados financieros, el registro de la contabilidad y la información financiera, la protección de la competencia y las tecnologías de información y comunicación, cuyos contenidos responden a las recomendaciones de los actores globales antes referidos.

Esas nuevas normas jurídicas ponen de presente el nuevo papel de la Administración: autorizar a los particulares su ingreso al mercado como prestadores y proveedores de servicios y bienes; inspeccionar y vigilar que la prestación se verifique según la regulación, especialmente en defensa del derecho a la libre competencia y de los derechos de los usuarios como consumidores; y sancionar a los prestadores por las violaciones a la regulación.

El cumplimiento de ese nuevo rol de la Administración implica una adaptación de las técnicas de intervención, que pasa por la simplificación normativa y la racionalización procedimental, la sustitución de la potestad reglamentaria gubernamental por la potestad reguladora de autoridades independientes, el empleo cada vez más extendido de instrumentos de *soft law* y la ampliación de los espacios de autorregulación y autocontrol por parte de los sujetos regulados y controlados.

CONCLUSIONES

La definición del marco de política general de la regulación y el control como instrumentos de intervención en la economía, a partir del encuadramiento del alcance de la misma en los objetivos de los dos últimos planes nacionales de desarrollo, pone en evidencia cómo aquella está permeada por las tendencias contemporáneas de la globalización económica.

En cuanto hace a la política general y a la visión formuladas por la autoridad de planeación nacional para el año 2019, aparece con claridad la opción institucional por el modelo de Estado Garante en sustitución del modelo de Estado Intervencionista, definición que incide de manera determinante en la desestatización de funciones a favor del mercado, que se va concretando en procesos concurrentes de privatización, liberalización, contractualización y fomento.

Así mismo, y es el mayor énfasis advertido, la funcionalidad del cambio de modelo descansa sobre la existencia de autoridades regulatorias y controladoras autónomas e independientes, a cuya futura gestión así establecida se contribuye con la estructuración de un régimen común simplificado y, tímidamente, con algún apoyo para el ejercicio de la función policiva en la autorregulación.

Por último, aunque no hay una referencia explícita al modelo de administración pública, hay una preocupación fácilmente advertible por la eficiencia de la gestión de las autoridades reguladoras y de control, principalmente en tanto en cuanto su papel se concibe como un mediador de las relaciones entre la sociedad y el mercado.

Para lograr esa eficiencia se introducen algunos mecanismos propios del modelo de la gobernanza, relacionados con la revalorización de la dedicación al sector público, el establecimiento de mecanismos que garanticen la transparencia de reguladores y controladores, y la consideración del valor de la participación ciudadana en los procesos de toma de decisión por parte de estos últimos.

Se produce en consecuencia una adaptación del régimen jurídico aplicable por parte del Estado a la actividad económica privada, que se nutre de los contenidos promovidos por la globalización jurídica, que es funcional a la globalización económica. Ejemplo de esa incorporación es la expedición de las leyes 964 de 2005 y 1314, 1328 y 1340 de 2009, en las cuales se muestra la influencia que el derecho global tiene sobre la creación del ordenamiento jurídico nacional.

Ahora bien, dado que los contenidos normativos que facilitan la aplicación de la política pública redefinida en materia de regulación y control de la actividad económica privada se nutren principalmente de ciertos presupuestos contenidos en las distintas cartas o declaraciones creadas o promovidas por

los agentes globalizadores, y que esos derroteros constituyen las bases de la racionalidad sobre la que se soportan los cambios legales, la consecuencia inmediata es la proliferación de nuevas fuentes, distintas de las del sistema tradicional, situación que incide sobre la seguridad jurídica nacional y obliga tanto a los creadores como a los operadores y aplicadores de las normas jurídicas a considerar los potenciales conflictos que se pueden presentar al entrar en colisión las antiguas y las nuevas fuentes del derecho administrativo nacional, al menos en la materia analizada.

BIBLIOGRAFÍA Y CIBERGRAFÍA

- Banco Interamericano de Desarrollo, “Marco de referencia para la acción del Banco en los programas de modernización del Estado y fortalecimiento de la sociedad civil” (2000), disponible en idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=1441510
- Banco Interamericano de Desarrollo, “Modernización del Estado. Documento de estrategia” (2003), disponible en www.iadb.org/sds/doc/SGC-GN-2235-1-s.pdf
- Banco Mundial, “El marco institucional para la regulación, la supervisión y el control de los servicios públicos en Colombia: propuesta para su fortalecimiento” (2004), disponible en www-w.ds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2005/07/14/000011823_20050714175027/Rendered/PDF/320940CO0REDI01bkgd0paper0to0303791.pdf
- Bernal Pulido, Carlos, *Democracia y globalización en América Latina*, en *El derecho en el contexto de la globalización* (G. Ramírez Cleves, ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).
- Carrillo Flórez, Fernando, *Se perdió la brújula*, en *El Espectador*, 17 de noviembre de 2009, disponible en www.elespectador.com/columna172693-se-perdio-brujula
- Carstens, Agustín G., Hardy, Daniel C. y Pazarbasioglu, Ceyla, “Cómo evitar la crisis bancaria en América Latina”, disponible en www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2004/09/pdf/carstens.pdf
- González, Alejandro, “Los organismos autorreguladores: la experiencia internacional y la de Colombia”, disponible en www.deceval.com/InstructivosBoletines/Enfoque31-09.pdf
- Jiménez J., Claudia, *Orígenes y concepción del Programa de Renovación de la Administración Pública en Colombia*, en *Memorias del Foro Internacional sobre Modernización del Estado* (Bogotá, 2009).
- Jordan Flórez, Fernando, coord. académico, *Realidades del Estado colombiano en el siglo XXI en un escenario globalizado* (CGR y ESAP, Bogotá, 2009).
- Mejía, Juan Fernando, “Estándares internacionales de contabilidad. Algunas anotaciones importantes del informe ROSC sobre la contabilidad y la auditoría en Colombia”, disponible en actualicese.com/globalizacion/docs/Rosc_JuanFernandoMejia.html
- Organización Internacional de Comisiones de Valores, “Objetivos y principios para la regulación de los mercados de valores”, disponible en www.superval.gob.sv/dno/principios_iosco/Resumen_%20Principios_IOSCO.pdf
- Organización Mundial de la Salud, “Marco jurídico para la regulación del financiamiento y aseguramiento del sector de la salud”, disponible en www.paho.org/Spanish/HDP/hdd/mbolis.pdf
- Rentería, Carolina, *Resultados en seis años de reforma del Estado en Memorias del Foro Internacional sobre Modernización del Estado* (Bogotá, 2009).
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación, “Marco conceptual para reformar y consolidar el esquema institucional de regulación y control de la actividad empresarial”, disponible en www.dnp.gov.co/archivos/documentos/

PRAP_Trasnversales_Documentos/Marco_conceptual_para_reformar.PDF

República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación, “Visión Colombia Segundo Centenario. Consolidar un Estado eficiente y transparente y un modelo óptimo de intervención económica”, disponible en www.dnp.gov.co/archivos/documentos/2019_Documentos/Documento_Cosolidar_un_estado_eficienrte.pdf

República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3196, “Régimen jurídico del CONPES”, disponible en www.dnp.gov.co/archivos/documentos/Subdireccion_Conpes/3196.pdf

República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3248, “Renovación de la administración pública”, disponible en www.dnp.gov.co/archivos/documentos/Subdireccion_Conpes/3248.pdf

República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3399, “Reforma de la institucionalidad para la regulación y la supervisión de los mercados financieros”, disponible en www.dnp.gov.co/archivos/documentos/Subdireccion_Conpes/3399.pdf

República de Colombia, Presidencia de la República, Directiva presidencial No. 10 de 2002, disponible en www.presidencia.gov.co/prensa_new/direc/2002/directiva22de03.pdf

Restrepo Medina, Manuel Alberto, *Derecho administrativo contemporáneo, ¿derecho administrativo neopolicial?*, en *Retos y perspectivas del derecho administrativo* (Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009).

Restrepo Medina, Manuel Alberto, *La respuesta del derecho administrativo a las transformaciones recientes del Estado social de derecho*, en *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI* (Universidad del Rosario, Bogotá, 2007).

Rosillo Rojas, Mauricio, *El papel de la autorregulación del mercado de valores en Colombia: evolución, retos y perspectivas*, en *Memorias del VI Congreso de Derecho Financiero* (Cartagena, 2007).

Vivas Munar, Diana Margarita, *Estado actual de la reforma*, en *Memorias del Foro Internacional sobre Modernización del Estado* (Bogotá, 2009).