

LA CAPTURA REGULATORIA Y SU RELACIÓN CON LAS FALLAS DEL MERCADO*

1

Germán Vallejo Almeida

Si una empresa produce un bien determinado en un ambiente competitivo, lo hace porque el valor de ese bien para la sociedad es mayor que el costo social que implica producirlo.

Case y Fair, 1997, p. 314

Introducción

Los cambios sociales influyen en el diseño de las reglas y estructuras que adoptan los ordenamientos jurídicos. La globalización e internacionalización han modificado las normas, no solo del Derecho Privado —en la medida en que las han hecho más flexibles para facilitar las transacciones comerciales—, sino del Derecho Público, en general, y del Derecho Administrativo, en particular.

Desde el advenimiento del Estado de Derecho se han implementado diversos modelos de administración pública con la intención de respetar y satisfacer los derechos y las libertades que les han sido reconocidos a los asociados. Cabe

.....
* Este capítulo contiene resultados del proyecto de investigación “Grandes transformaciones del Derecho Público en la actualidad. Fase I”, en desarrollo de la línea de Derecho Administrativo, del grupo Derecho Público y TIC, del Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

señalar que la redefinición del rol de la Administración y de sus mecanismos de acción, desde del Estado de policía hasta el Estado regulador, han sido guiados por distintas realidades sociales.

La revolución económica de los últimos años ha dado pie para que se materialice un desarrollo sin precedentes, de tal suerte que se estructuran profundos cambios, entre ellos, la formación de la sociedad de la información, la reducción de las distancias, el mejoramiento en las condiciones sociales y la existencia de una población cada vez más educada.

Pese al arrollador ritmo de innovaciones, varios actores del mercado se han fortalecido, al punto de construir verdaderos monopolios que afectan tanto al mercado como a los ciudadanos. Quien dirige el monopolio ofrece cada vez menos calidad de servicios a los asociados por un mayor precio, con lo que se presentan verdaderos fallos del mercado y, en ocasiones, inexistencia del mismo, por las razones que más adelante explicaremos. Como respuesta a este fenómeno surgió el Estado regulador, orientado a estructurar cuerpos normativos que incentiven la competencia y protejan los derechos de los ciudadanos en las relaciones asimétricas en las que se ven envueltos para la satisfacción de sus necesidades básicas.

En procura de cumplir con sus funciones, la Administración forma agencias regulatorias, las cuales están en la obligación de vigilar el mercado e intervenir en él siempre que sea necesario proteger el bienestar de la sociedad, bien sea con el reglamento en promoción de la competencia, con el diseño de estándares mínimos en la relación calidad-precio o con la institución de normas tendientes a garantizar la prestación presente y futura del servicio.

Sin embargo, en ocasiones, estas agencias reguladoras son capturadas por los intereses del mercado hacia el cual va dirigida su función, ya porque las grandes empresas tienen relaciones con los agentes (una vez estos cesan su labor con el Estado se vinculan con tal sector) o porque existe corrupción. En cualquier caso, la industria termina influenciando en el diseño y la estructuración de la reglamentación de la que es objeto, lo que afecta los cimientos del Estado social de Derecho, puesto que el cumplimiento de la regulación conlleva a la satisfacción de intereses particulares y no al bien de la comunidad.

•La captura regulatoria y su relación con las fallas del mercado•

En este escrito se desarrollarán y profundizarán los temas ya enunciados. En primera medida, se hará una aproximación al desarrollo que han tenido los modelos de Administración Pública hasta llegar al Estado regulador. Luego, se pormenorizará sobre el concepto de regulación y se precisará en qué consiste la teoría de la captura regulatoria, para pasar a estudiar los fallos del mercado. Por último se expondrán las conclusiones.

Una aproximación al modelo Estado regulador

El tránsito del Estado absolutista al Estado de Derecho¹ supuso la reivindicación y la reafirmación del individuo frente a este, en la medida en que se empiezan a reconocer derechos y libertades a los asociados, quienes imponen al Estado el deber de respetarlos y garantizarlos. Se han encuadrado tres modelos de Estado: i) gendarme; ii) intervencionista, y iii) regulador.

Estado gendarme

El 14 de julio de 1789, miles de parisinos armados se tomaron la fortaleza de la Bastilla. Por su estratégica ubicación —sus cañones se dirigían hacia los barrios obreros— resultó trascendental, pues, junto con otros tantos actos revolucionarios derivados de ella, constituyó un punto de inflexión que permitió la conquista de una nueva forma de Estado (McPhee, 2007).

El modelo de Estado gendarme y la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789, son dos de las consecuencias más relevantes de la Revolución Francesa. En este modelo de Estado, el Derecho Administrativo estaba conformado por el grupo de acciones que materializaban el poder de policía², entendido como la facultad de la que disponen las autoridades para expedir normas que limitan las libertades, con el exclusivo fin teleológico de mantener o restablecer el orden público.

.....
1 El Estado de Derecho supone la existencia de un orden jurídico estructurado mediante el diseño de un ejercicio del poder público que no permita la vuelta al Estado absolutista. De tal manera, el poder se ve controlado por medio de la fragmentación de su labor: el Legislativo es el creador de leyes y, por tanto, de límites; el Ejecutivo lleva a cabo el mandato del Legislador y la Rama Judicial resuelve conflictos surgidos por el quebrantamiento de la ley.

2 La Corte Constitucional (2010) manifestó: “El poder de policía se caracteriza por su naturaleza normativa y por la facultad legítima de regulación de actos de carácter general, impersonal y abstracto, orientados a crear condiciones para la convivencia social, en ámbitos ordinarios, y dentro de los términos de salubridad, seguridad y tranquilidad públicas que lo componen”.

De tal manera, el Estado solo interviene cuando se presentan alteraciones en el orden público y con el único objetivo de restablecerlo. Bien lo afirmó Agustín Gordillo: “[...] la policía es la suprema potestad que se ejerce para evitar los males futuros en el estado de la cosa pública interna [...] la promoción del bien común no pertenece a la esfera de la policía” (Gordillo, 1975, p. 123). Cesada la perturbación, debía finalizar la intervención del Estado, pues el bienestar general era una tarea que debía asumir y dirigir la sociedad civil.

En materia económica, se aplicaron los postulados del liberalismo clásico (leseferismo); en lo relativo al orden público, al estar circunscrito al orden y a la salubridad públicos y al orden moral y religioso (Alfonso, 1984), se siguieron las reglas del poder de policía. La estructura de la Administración era mínima, debido a que su ámbito de intervención estaba restringido.

Estado intervencionista

En el modelo de Estado gendarme, el ejercicio de las libertades y los derechos que le habían sido reconocidos a los asociados propició la industrialización, lo que supuso explotación económica, trabajo no digno, culto al mercado y migración de la población rural a las urbes. Esto quiere decir que si bien el Estado permitió un amplio ejercicio de la libertad, los postulados revolucionarios no se materializaron, porque no hubo una mejora en las condiciones sociales (Restrepo, 2007).

Como respuesta a este fenómeno surgió el Estado intervencionista, el cual, además de reconocer los derechos de segunda generación, se encargó de la prestación de los servicios básicos, “teniendo en cuenta la falta de interés de los particulares en acometerlas, por su falta de rentabilidad o por requerir ingentes sumas de dinero para el montaje de la infraestructura requerida para su prestación” (Restrepo, 2007, p. 38).

El Estado asume la función de satisfacer las necesidades básicas de la sociedad; por consiguiente, su estructura se amplía, porque al ser un Estado prestador, las actividades a su cargo se multiplican y, con ellas, el aparato estatal. Por otro lado, en el tránsito del Estado de policía al intervencionista surge la transformación del Estado de Derecho al Estado social de Derecho, debido a que a las autoridades se les puede exigir tanto la sujeción de sus actuaciones al principio de legalidad como su encauzamiento hacia la satisfacción del interés general.

•La captura regulatoria y su relación con las fallas del mercado•

El modelo de Estado intervencionista entró en crisis en razón de la sostenibilidad fiscal³, “el excesivo endeudamiento para atender las demandas sociales de servicios de una población creciente y cada vez más educada y la presión de los actores del mercado para obtener su liberalización” (Restrepo, 2007, p. 66). De ahí surgió el Estado regulador, porque la Administración asumió que es mucho más eficiente en la vigilancia del sistema económico que como gestor y prestador de los servicios públicos. El espectro de actuación del nuevo modelo estaba en:

[...] garantizar la prestación de los servicios demandados por la población, pero liberándolo de la obligación de asumir la prestación, trasladándola a los particulares y reservándose la potestad reguladora, empleada para forzar a los prestadores a brindar el acceso universal a los servicios y evitar prácticas monopolísticas de abuso de la posición dominante, en defensa de los derechos de los usuarios (Restrepo, 2007, p. 39).

Estado regulador

Un nuevo modelo de Estado surgió a finales de 1970, el cual incluyó entre sus postulados: privatización, liberalismo en materia económica, reformas de bienestar, descentralización administrativa⁴ y desregulación. En efecto, las características principales y distintivas del modelo de Estado regulador son la privatización y la desregulación (Majone, 1997).

La privatización⁵ ha sido definida como: i) “el traspaso de algunas empresas y actividades gubernamentales a inversionistas privados” (Glade, 1995, p. 11); ii) una práctica mediante la cual “el sector público cede a la iniciativa privada una

3 El Estado se endeuda para poder prestar los servicios básicos. Ante la poca rentabilidad, se genera una nueva deuda para pagar la anterior, por lo que el endeudamiento ya no está destinado a la prestación del servicio.

4 En Colombia, la descentralización administrativa tiene la particularidad de que aparte de ser una modalidad de acción de la organización administrativa, también es un principio fundante del Estado. La descentralización puede ser funcional o por servicios, territorial y por colaboración. Es funcional cuando el traslado de una competencia se hace a una persona jurídica del mismo nivel, como cuando por ley se traslada la competencia de un Ministerio a un establecimiento público del orden nacional. Es territorial cuando el traslado se hace de la Nación a una región y es por colaboración cuando, como expresión del principio de un Estado participativo, el traslado se hace a personas jurídicas de Derecho Privado, para lo cual deberá encuadrarse dentro de alguno de los siguientes títulos habilitantes que permiten a particulares el ejercicio de funciones administrativas: i) asignación constitucional y desarrollo legal; ii) asignación y desarrollo legal, y iii) asignación legal y desarrollo administrativo (Vidal, 2005).

5 En sentido amplio, la privatización va mucho más allá de la transferencia de la propiedad estatal y comprende toda modificación en los modos de actuación de la Administración como consecuencia de la transferencia de empresas o actividades al sector privado o de su adecuación a las reglas del mercado; la privatización en sentido estricto exige la transferencia de la titularidad o del control de la empresa estatal a manos de agentes privados (Muñoz, 2004).

serie de recursos productivos para que esta última lleve a cabo su explotación con una mayor eficiencia y racionalidad de modo que el conjunto de la sociedad resulte beneficiada” (Tafur, 1993, p. 185), y iii) “reclutar energías privadas para mejorar el funcionamiento de tareas que, en cierto sentido, seguirían siendo públicas” (Donahue, 1991, p. 296). La desregulación no es entendida como la no existencia de regulación, sino como el surgimiento de una regulación menos restrictiva y rígida (Majone, 1997).

Con estos parámetros, la reforma al modelo:

[...] debiera conducir a un Estado fortalecido, con sus finanzas recuperadas y, con su administración obedeciendo a criterios gerenciales de eficiencia. Igualmente a [...] que el Estado asegure que las actividades sociales, que no son monopolistas por naturaleza, sean realizadas competitivamente por el sector público no-estatal y por él controladas aunque con el apoyo financiero del Estado, de manera de lograr la ampliación de los derechos sociales (Bressers y Cunill, 1998, p. 29).

Esto quiere decir que, además de la crisis en las políticas de intervención del *welfare State*, el cambio de modelo de Estado tuvo como causa la necesidad de un marco regulatorio que permitiera la intervención de los particulares en la economía y, sobre todo, en la prestación de los servicios públicos (Majone, 1994). A esto se suma que las empresas de propiedad pública entraron en crisis por no alcanzar su desarrollo social y sus objetivos económicos, por su desastrosa contabilidad y por su tendencia a ser capturadas por los políticos y los sindicatos (Majone, 1997).

El surgimiento del modelo de Estado regulador trajo consigo la creación de un nuevo concepto: lo público no estatal. Se dice nuevo en la medida en que “lo que es estatal es, en principio, público. Lo que es público puede no ser estatal, si no forma parte del aparato del Estado” (Bressers y Cunill, 1998, p. 42). La regulación está encaminada a fomentar:

[...] organizaciones o formas de control “públicas” porque están volcadas al interés general; que son “no estatales” porque no forman parte del aparato del Estado. Por otra parte, [...] la existencia de una forma de propiedad no estatal encuentra un importante fundamento en ventajas que ella tendría tanto sobre la propiedad pública estatal como sobre la privada, ventajas tales que pueden redundar en la maximización

•La captura regulatoria y su relación con las fallas del mercado•

de los derechos sociales, vía prestaciones de mayor diversidad y calidad (Bressers y Cunill, 1998, p. 51)⁶.

Las principales características de este modelo de Estado son: liberalización (desmonopolización), desestatización de funciones y el paso de un Estado prestador a uno regulador de la competencia entre privados para la prestación de servicios básicos, lo que mejora calidad y precio para los ciudadanos.

Este modelo sufrió una transformación que lo llevó a ser más flexible en la gestión (modelo de Estado gerencial). Se incorporaron técnicas de gerencia del sector privado adaptadas al sector público, las cuales no fueron fácilmente incorporables por cuanto el Estado no funciona como la empresa privada⁷; esto produjo la aparición del modelo de la gobernanza, que identifica al Estado como un gestor o articulador de redes. El Estado reconoce que no es el único ni el principal protagonista de la vida social. La diferencia radica en que el Estado sigue siendo el único actor que representa el interés general de la sociedad (Organización de Naciones Unidas, 2005).

El involucramiento de las Cortes en la Administración es quizá la consecuencia más importante del surgimiento del Estado regulador, toda vez que lo

6 Bressers y Cunill (1998) enumeran las ventajas de la siguiente forma: "1) Pluralización de la oferta de servicios sociales frente a la provisión monopolista y autoritativa que caracteriza la oferta de servicios públicos desde el ámbito estatal [...] 2) Flexibilización y desburocratización de la gestión social. La producción no estatal de servicios sociales ofrece la posibilidad de obtener prestaciones adaptadas a los públicos concernidos, en oposición a las prestaciones uniformes que tienden a caracterizar la oferta pública estatal [...] 3) Responsabilidad. Los integrantes de las entidades de servicios públicos no estatales tienden a ser más responsables por los destinos de sus organizaciones" (p. 33). Sobre las diferencias entre la propiedad pública no estatal y la pública y privada, afirman: "[...] que la diferencia crítica que deslinda la propiedad pública no estatal respecto de la privada es que mientras ésta implica la acumulación de capital para ganancias privadas, aquella existe para servir un bien público. Por otra parte, compartiendo este mismo propósito con las entidades estatales, se distingue de ellas en que son ciudadanos privados, voluntarios y no políticos electos, los responsables por crear estas agencias, adoptar sus políticas y seleccionar a su personal" (p. 35).

7 Guerrero Orozco (2009) hace una fuerte crítica al modelo de Estado gerencial: "[...] en primer lugar, la Nueva Gerencia Pública constituye una visión privada sobre lo público. En segundo lugar, aunque lleva por nombre la voz 'gerencia', no es la gerencia su fundamento, sino la más general noción de empresa mercantil, que es el modelo que propone como sustituto del esquema 'burocrático' del Estado. Aunque la Nueva Gerencia Pública ostenta como apellido el vocablo 'público', nada lo vincula a tal noción, pues sus propósitos y resultados se encaminan a la privatización del Estado. En fin: emanada de los procesos de exprivatización de la década de los años de 1980, la Nueva Gerencia Pública personifica la endoprivatización de la gestión pública a través del establecimiento de mercados interiores y mecanismos de competitividad entre las oficinas gubernamentales, que aclaman la ganancia, el lucro y el individualismo egoísta, que ninguna relación tienen con el espíritu solidario de lo público. La Nueva Gerencia Pública es un infante de la segunda generación neoliberal, cuya cuna son los procesos comerciales y los mercados financieros" (p. 11).

que antes constituía controversia burocrática se externalizó y se transformó en conflictos entre la Administración y agentes autónomos de regulación (Majone, 1997).

El control judicial de las decisiones de una entidad reguladora incluye un examen de la conformidad de la decisión con la ley de habilitación que le otorga la facultad a dicha agencia. Asimismo, analiza la conformidad de la decisión con las normas de los procedimientos administrativos, de los derechos individuales y los valores democráticos. En efecto, en la revisión de las decisiones de las entidades, un tribunal imparcial puede vetar aquellas que no cumplan con la intención legislativa y los valores democráticos (McCubbins, Nool y Weingast, 1987).

¿Qué es la regulación?

Si estamos en presencia del modelo de Estado regulador, es categórico hacer una aproximación a una definición del concepto regulación. La doctrina ha identificado tres nociones: i) consiste en la promulgación de normas, por parte del Gobierno, acompañada de mecanismos de seguimiento y aplicación, por lo general mediante una agencia pública especializada; ii) es cualquier forma de intervención directa del Estado en la economía, y iii) es un mecanismo de influencia o control social que afecta todos los aspectos del comportamiento proveniente de cualquier fuente, ya sean intencionales o no (Black, 2002).

Las dos primeras son acepciones planteadas desde una perspectiva de centralización, en el entendido de que la regulación proviene del Estado. La tercera rompe ese vínculo, que no proporciona suficiente información respecto a los límites del concepto y deja un margen reducido de análisis (Black, 2002). En conclusión, la regulación es una actividad del Estado y, por eso, una conceptualización que la separe de este no podrá ser asumida como acertada por lo que tal fenómeno social o académico correspondería a otra categoría (Black, 2002).

Por otro lado, la OECD (1995) define regulación como la gama de instrumentos jurídicos con los que las instituciones de Gobierno imponen obligaciones o restricciones sobre el comportamiento del sector privado. Constituciones, leyes parlamentarias, legislaciones subordinadas, decretos, órdenes, normas, licencias, códigos y algunas formas de orientación administrativa pueden ser considerados como regulación.

En últimas, la regulación puede ser calificada como aquella intervención social o económica por una entidad burocrática mediante procedimientos administrativos (Fiorina, 1982). El estudio tradicional del Derecho Administrativo, considera los procedimientos administrativos como medio de asegurar la equidad y la legitimidad de las decisiones de los administradores. Sus fundamentos son los principios constitucionales y del *common Law* de la no delegación, la separación de poderes, el debido proceso y otros procedimientos que protegen contra las decisiones autocráticas y caprichosas tomadas por funcionarios del Gobierno (McCubbins *et ál.*, 1987).

La captura regulatoria

La captura regulatoria, teoría derivada de la escuela de Chicago (Guerrero, 2009), ha sido explicada como una de las formas en la que puede suceder la captura del Estado y que se constituye por: “[...] la influencia sobre el diseño e implementación de las políticas públicas (Vidal y De León, 2010)”. Esto implica la cooptación de las agencias regulatorias por representantes de las empresas reguladas mediante el rentismo —cuando determinados grupos de interés propugnan leyes y normas que les provean una renta garantizada. Los legisladores, por ejemplo, pueden modificar los distritos electorales para asegurar su reelección— y mediante la corrupción (Carrión, 2008).

A ese respecto se ha agregado:

The capture theory of regulations holds that no matter what the motive is for the initial regulation and the establishment of the regulatory agency, eventually the agency will be captured by the special interests of the industry being regulated. The following are a few of the interrelated points that have been put forth to support this theory:

In many cases, persons who have been in the industry are asked to regulate the industry because they know the most about it.

Members of the regulated industry make a point of getting to know the members of the regulatory agency. They may talk frequently about business matters; perhaps they socialize. The bond between the two groups grows stronger over time, possibly having an impact on regulatory measures.

After they either retire or quit their jobs, regulators often go to work for the industries they once regulated (Arnold, 2008, p. 550).

La captura regulatoria puede materializarse en conexidad con corrupción o sin esta. En aquella, la influencia en el proceso de formación de la regulación se hace por medio de pagos ilegales, favores, dádivas y otras contraprestaciones a los legisladores. La segunda:

[...] puede ocurrir de dos formas: influencia y fallas de agencia. La influencia es la capacidad de empresas y otros grandes actores para incidir sobre la formación de las reglas del juego, sin necesidad de acceder a pagos privados a funcionarios y reguladores, haciendo uso de su tamaño o de la interacción frecuente con funcionarios. En el caso de las fallas de agencia ocurre por la asimetría de información y de problemas de acción colectiva, como cuando el proceso político que da por resultado la formación de normas contestado de manera diferenciada por diferentes actores (Sandoval, 2009, p. 147).

Fallas del mercado. Mi beneficio es su coste

Las fallas del mercado⁸ son situaciones en las que el mercado no logra alcanzar la eficiencia⁹ porque “la búsqueda individual del propio interés genera malos resultados para la sociedad en su conjunto” (Krugman y Wells, 2006, p. 3).

A continuación se describirán las principales causas de los fallos del mercado.

Inestabilidad de los ciclos económicos

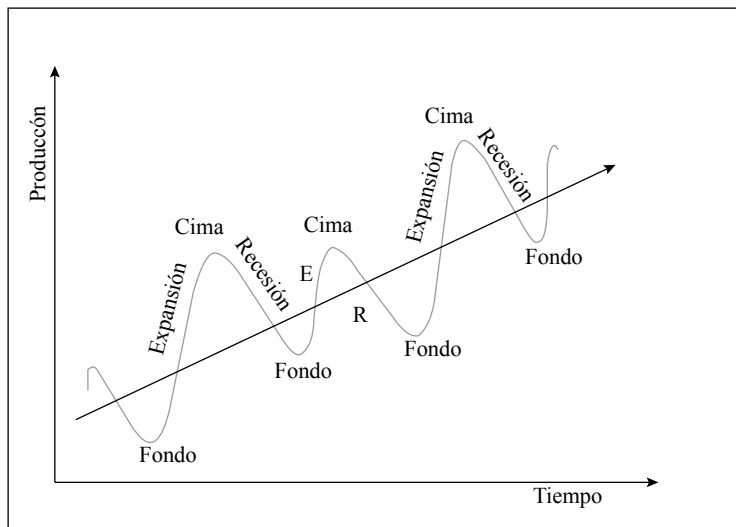
Los ciclos económicos “son fluctuaciones de la actividad económica en fases alternas de expansión y recesión” (Spencer, 1993, p. 123). En determinados períodos, los recursos productivos permanecen improductivos; de ahí que esta sea la causa de fallas del mercado más importante, puesto que eleva los porcentajes de desempleo en un país. Este fenómeno de los ciclos económicos es continuo y casi imposible de revertir (Figura 1). Por ello, las políticas sociales que adopte el Gobierno deberán estar orientadas a mitigar el impacto de un lapso de recesión en la economía en los sectores de la sociedad menos privilegiados, ya que en ese sector los efectos de esta falla del mercado son mayores al encarecerse los productos de primera necesidad.

8 Producida cuando los recursos están mal asignados o se asignan de forma ineficiente.

9 Las decisiones son ineficientes cuando los costos o los beneficios sociales se pasan por alto o se excluyen al hacer los cálculos.

•La captura regulatoria y su relación con las fallas del mercado•

Figura 1. Los ciclos económicos



Fuente: Spencer (1993, p. 126)

En cuanto a la política económica, el Gobierno tiene dos opciones: según la escuela de Adam Smith (1776)¹⁰, el Gobierno no debe intervenir y el mercado se debe autorregular sin la intervención del Estado como una mano invisible que lo equilibra. Para Keynes (1936)¹¹, la política a seguir en períodos de recesión es fomentar políticas orientadas a aumentar la producción y el consumo de bienes y servicios. Durante la crisis económica de 1929, John Maynard Keynes escribió el

.....
¹⁰ "(Kirkcaldy, Gran Bretaña, 1723-Edimburgo, id., 1790). Economista escocés. Su principal aportación teórica es el análisis del mecanismo mediante el cual el libre juego de mercado (tanto a escala interna como en las relaciones comerciales con otros países) entre los diversos sectores de la economía genera el máximo beneficio económico del conjunto. Como consecuencia, se mostró siempre contrario a cualquier intervención o regulación de la actividad económica, reduciendo el papel del Estado al de garante de las reglas del juego" (Smith, 1776).

¹¹ "Economista inglés (Cambridge, 1883-Firle, Sussex, 1946). Recibió una educación de élite en Eton y Cambridge, en 1909 entró como profesor en el King's College de Cambridge, donde enseñaría Economía hasta su muerte. Su obra decisiva fue la *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero* (1936), con la que dio una respuesta definitiva a la grave depresión económica desencadenada en todo el mundo a partir del crash de la Bolsa de Nueva York de 1929. Retomando intuiciones olvidadas de los teóricos del subconsumo (como Malthus), Keynes indicó que la causa de la crisis era la insuficiencia de la demanda, debida a la creciente propensión marginal al ahorro de las sociedades desarrolladas (esto es: que a medida que aumenta la renta, es mayor la parte de ésta que se destina al ahorro y menor la que se dedica al consumo, con lo que una parte de la producción no encuentra comprador).

En su opinión, el desempleo así originado no podía remediarse únicamente con medidas monetarias. La debilidad del consumo privado sólo podía remediarse incrementando el gasto público en periodos de recesión, haciendo que el Estado incurriera en un déficit para crear demanda adicional. La importancia de los puntos de vista contenidos en aquel libro fue tal que fundó toda una rama de la teoría económica moderna, la macroeconomía, dedicada a explorar las relaciones entre los grandes agregados de la renta nacional" (Keynes, 1936, p. 14).

libro *La teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, en el que criticaba a los defensores del liberalismo económico, porque sostenía que en una situación de crisis extrema como la de la década del treinta, con un índice de desempleo altísimo, la economía no podía reaccionar por sí sola. Entonces, Keynes propuso que la salida de la crisis solo era posible mediante la intervención directa del Gobierno, con el fomento de políticas orientadas a aumentar el consumo y el gasto público, en aras de estimular la reacción de los mercados.

La existencia de bienes públicos

El mercado produce los bienes y servicios que la comunidad demanda. En el caso de los bienes públicos, “productos o servicios que brindan beneficios colectivos a la sociedad y, en cierto modo, se consumen colectivamente” (Case y Fair, 1997, p. 313), no sucede esto, toda vez que no generan la rentabilidad necesaria para seducir la inversión de un particular.

Este fenómeno basa su ocurrencia en una razón fundamental: por un lado, resulta casi imposible impedir el uso generalizado de determinados bienes (vías públicas, servicios judiciales o de policía, salud pública, etc.) sin que los ciudadanos tengan que hacer algún tipo de erogación, lo que genera consumidores parásitos (aquellas personas que no efectúan pagos por el uso de bienes o servicios públicos).

En estos casos, el Estado deberá proveer a la sociedad estos bienes o servicios, a los cuales no tienen acceso mediante la producción propia (educación, sanidad, policía, etc.) o con subvenciones parciales que permitan su adquisición (vivienda, educación, etc.).

Las externalidades

La tercera fuente de los fallos del mercado es “la presencia de costos y beneficios externos que se impone o transmite a un grupo o individuo ajeno, o externo, a la transacción; [...] es aquello que afecta a terceros” (Case y Fair, 1997, p. 313). El ejemplo más común está relacionado con las consecuencias que genera el mercado en el ambiente debido a la contaminación de los páramos, la contaminación auditiva, la contaminación visual, etc., que son los efectos que tiene alguna actividad económica de consumo o producción sobre otros agentes económicos.

•La captura regulatoria y su relación con las fallas del mercado•

En la mayoría de las situaciones no se consideran las externalidades, no se valora el coste o beneficio social de la acción; por ejemplo, una empresa minera que sigue la regla de conducta racional de máximo beneficio tratará de evitar un coste adicional que impida la contaminación, el gasto desmedido de las aguas o el daño a la fauna y flora de un ecosistema. En estos casos, será el Estado el llamado a obligar a los agentes económicos a tener en cuenta esta falla del mercado dentro de sus actividades diarias, todo lo cual se materializa con la regulación.

Al desarrollar su actividad, la empresa genera unos costes internos o de producción a causa de la utilización de sus factores productivos, los cuales son medibles. Sin embargo, en ocasiones, dicha actividad tiene consecuencias negativas sobre el entorno que no son asumidas por la empresa. Lo anterior se denomina coste social y es soportado por personas ajenas a la organización. Dichos costes sociales, como se venía diciendo, no influyen en la estructura de costos de la organización y tampoco se reflejan en el precio de venta; por lo tanto, el mercado falla.

Las externalidades pueden ser positivas o negativas, de acuerdo con la situación. Por ejemplo, una externalidad positiva podría ser el incremento del uso de transporte público o el uso de la bicicleta, con las disminuciones de CO₂ que ello implicaría.

Puesto que el mercado no asume el costo de las externalidades, se hace necesario que el Estado intervenga y adopte medidas como el establecimiento de límites de contaminación o fijación de impuestos. Mediante estas políticas, se deberá intentar que las empresas hagan interno el coste social o prohibir algunas actividades en aras del bien común. Es preciso que los Gobiernos se esmeren por orientar sus medidas a la prevención y al cuidado del ambiente, en lugar de obtener una compensación económica y crear conciencia de evitar a toda costa el deterioro ambiental (cambio climático, desaparición de especies, agotamiento de recursos naturales, destrucción de hábitats, etc.).

Encaminados a lograr un desarrollo sostenible¹² a largo plazo, deberían esforzarse por contabilizar los costes de las externalidades negativas, con el fin de corregir su resultado nocivo sobre la sociedad. Para enmendar estos efectos, la

.....
12 Se puede llamar desarrollo sostenible a aquel que es capaz de satisfacer las necesidades actuales, sin comprometer las posibilidades de las futuras generaciones. Hoy sabemos que una buena parte de las actividades humanas, como están planteadas, no son sostenibles a mediano y largo plazo.

Economía Ambiental¹³ concentra sus estudios en cuantificar esos costes externos negativos; sin embargo, en la práctica, esta tarea es bastante complicada. ¿Cómo evaluar el coste de la contaminación de un río o de la muerte de especies?

La competencia imperfecta

En un mercado ideal existiría un número plural de compradores y vendedores, de forma que ninguno de estos tenga la posibilidad de influir en el precio de un bien o servicio. No obstante, cuando una empresa tiene algún control sobre el establecimiento del valor de un producto, se origina un fenómeno conocido como competencia imperfecta, como sucede cuando una sola compañía ofrece un bien o servicio, caso en el cual el monopolio se ve restringido por la demanda del producto.

En Economía, las posiciones dominantes de mercado se pueden resumir de manera sencilla: los precios de un determinado bien o servicio no se establecen por su oferta o demanda, esto es, por las reglas del mercado, sino porque una empresa (monopolio) o algunas (oligopolio) que dominan el mercado lo imponen.

Un ejemplo de competencia imperfecta en Colombia puede evidenciarse en el sector de la salud, producto de comparar el precio internacional de los medicamentos con el valor al que lo distribuyen internamente. En el sector agropecuario, podemos contrastar los precios de los insumos agrícolas, sobre todo, aquellos controlados por las multinacionales, que son un escollo importante en la estructura de costos para los empresarios colombianos de este campo. El precio del combustible se convirtió en un excesivo impuesto que afecta en particular al sector transportador y a la logística y estructura de costos del transporte de alimentos. En este caso se configura una posición dominante del Gobierno mismo.

Ante este fenómeno es imperativa la intervención del Estado, en aras de intentar subsanar estas desigualdades en la economía que generan el fenómeno de la competencia imperfecta. En materia de comercio exterior, existen ciertas medidas que puede usar el Estado para este fin: aranceles, permisos especiales, cuotas

.....
13 "La economía ambiental es el estudio de la conservación de los recursos naturales. Aplica instrumentos analíticos a las decisiones económicas que repercuten en el medio ambiente, considerando este como un proveedor de recursos ecológicos, naturales, de servicios recreativos, etc. Surge para plantear vías favorables que deriven a la optimización de la explotación de los recursos naturales que son escasos pero con diversos usos por los cuales hay que optar" (Aguilera, 1994, p. 42).

•La captura regulatoria y su relación con las fallas del mercado•

especiales, cupos, boicots y bloqueo total, entre otros¹⁴. La existencia de este tipo de factores obedece a muchas situaciones propias de los países: protección de sus sectores productivos, cierre de su economía al exterior, razones políticas, etc.

El comercio exterior ha tomado mayor importancia con los nuevos esquemas de integración mundial. En este escenario hallamos la posibilidad de incursionar en otros mercados y dar a conocer productos y servicios nacionales al mundo; hay un sinfín de oportunidades comerciales para importar y exportar. Peso a ello, una oportunidad para algunos sectores puede constituir una verdadera amenaza para otros.

En el mercado interno, fenómenos como el *dumping* o las subvenciones¹⁵ hacen que el Gobierno deba estar atento a emitir medidas de salvaguardias¹⁶ sobre algunos productos.

.....
14 Arancel: son impuestos o gravámenes que se aplican a los bienes que son objeto de importación o exportación. Esto se hace con el objetivo de incrementar el precio final de los productos para emparejar el precio con los productos nacionales idénticos o similares.

Permiso especial: un permiso especial, ya sea por tipo de mercancía, por sector al que se destina, por el tipo de uso, etc., tiene como objetivo desmotivar la importación (en casos raros, la exportación) de las mercancías que necesiten dicho permiso.

Cuotas especiales: son gravámenes especiales para una situación especial, ya sea un tipo de mercancía, un uso, un sector, un proceso de producción, etc. De la misma manera que los impuestos, tienen el objetivo de incrementar el precio final del producto para desmotivar la operación.

Cupo: es un límite al cual se debe ajustar una operación de comercio exterior y puede ser en el volumen de importación o exportación de un determinado producto.

Boicot: es la promoción negativa de un producto o una mercancía.

Bloqueo total: es la prohibición tajante del comercio de una determinada mercancía.

15 Se considera *dumping* cuando el precio de exportación es menor al valor normal del bien en el lugar de origen, comparados en el mismo grado de comercialización. Se considera subvención cuando un Gobierno financia directamente a algún sector o una empresa de la economía de su país. El Ministerio de Comercio Exterior o el Incomex, según el caso, "podrán determinar y ordenar el cobro de derechos 'antidumping' o de derechos compensatorios, definitivos, o provisionales, a la importación de todo producto objeto de 'dumping' o de subvención, respecto del cual se haya comprobado que causa, amenaza causar un perjuicio importante a la producción nacional, o retrasa sensiblemente el establecimiento de una producción en Colombia" (Sandoval, 2009, p. 479).

16 "Consiste en una limitación temporal de las importaciones, que puede tomar la forma de un arancel o una restricción cuantitativa y ser aplicada para prevenir o reparar el daño grave o la amenaza de daño grave a una rama de la producción nacional, así como facilitar su ajuste a las condiciones de competencia con el mercado internacional. Estas medidas deben ser apropiadas para facilitar el ajuste económico de la rama de producción, de tal manera que se logren beneficios económicos y sociales superiores a los costos que se deriven de la medida.

Una salvaguardia se adopta cuando se ha determinado que las importaciones de cierto producto han aumentado en tal cantidad y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de producción nacional que produce productos similares o directamente competidores.

El artículo XIX del GATT de 1947 constituye el marco jurídico internacional inicial sobre salvaguardias, que posteriormente fue recogido y modificado por el Acuerdo sobre Salvaguardias establecido en la Ronda Uruguay y

El Gobierno ha fomentado procesos de transformación productiva, de generación de redes y clústeres (Sandoval, 2009), de financiamiento e inversión en la agroindustria, de asesoramiento técnico y consultoría para los negocios internacionales, de inversión en infraestructura y de educación, ciencia y tecnología para mitigar los efectos de la internacionalización de la economía y la disparidad en la capacidad de producción entre los Estados. La pregunta es si estas medidas son suficientes para proteger al productor nacional mientras avanza la integración y desgravación arancelaria de los productos.

La distribución desigual de la renta

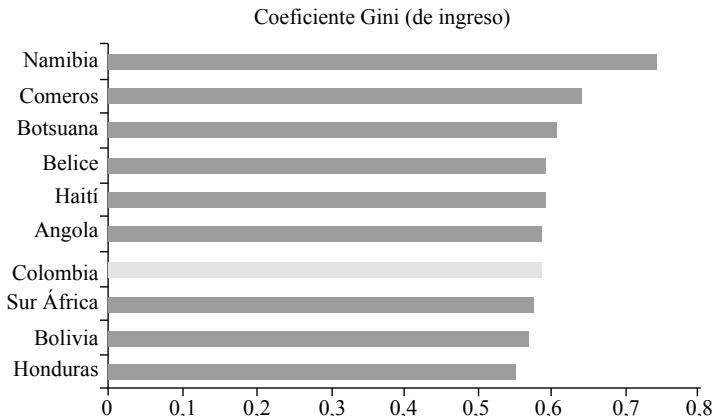
En las economías de mercado, el consumidor elige de conformidad con sus gustos o preferencias, pero el mercado solo está dispuesto a satisfacer las exigencias de aquellos que tienen capacidad económica. Por ello, se afirma que en ocasiones la “existencia de mercados competitivos puede generar una distribución de la renta muy desigual y dejar a algunas personas unos recursos insuficientes para vivir” (Stiglitz, 2003, p. 103). Esto ocasiona que una de las funciones primordiales del Estado sea la redistribución de la renta.

Como se aprecia en la Figura 2, Colombia es el séptimo país más desigual del mundo. De ahí que la distribución dispar de la renta se configure como el problema más evidente en nuestro país, es decir, el que genera el mayor impacto.

Frente a este fallo del mercado, en Colombia se han adoptado medidas que pueden tener un impacto positivo sobre la desigualdad a mediano plazo: la Ley de víctimas y restitución de tierras, la Reforma del sistema de regalías, la minirreforma tributaria y las reformas en el sector salud. Sin embargo, la política fiscal aún no se está aprovechando de una manera efectiva para lograr este objetivo. El sistema tributario debe ser más progresivo (los hogares ricos tributan más que los pobres en comparación con su ingreso). En lo relativo al gasto público, este debe focalizarse (monetario y no monetario) hacia los hogares de menores ingresos.

adoptado como norma multilateral por la OMC. Las salvaguardias no pueden ir dirigidas exclusivamente contra las importaciones de un determinado país” (Sandoval, 2009, p. 479).

Figura 2. Colombia es el séptimo país más desigual del mundo



Fuente: PNUD (2010)

La política fiscal de un país es aquella que le concierne al sector público en torno a sus decisiones sobre gasto, impuestos y endeudamiento. Con ella no solo se puede enfrentar el flagelo de la desigualdad, sino también el crecimiento del PIB, la inflación, el desempleo, etc.

En cuanto a los instrumentos de política fiscal, desde el punto de vista de los ingresos, el Estado tiene la potestad de controlar a quién y en qué cantidad se deben cobrar los impuestos, así como desarrollar mecanismos eficientes para evitar al máximo la evasión. Desde el punto de vista del gasto, el Estado tiene influencia en el aumento de salarios año tras año, las contrataciones y los dineros que se envían a otros municipios, departamentos y entidades del país.

Existen dos clases de políticas fiscales: expansionista y contraccionista. La primera se presenta cuando aumenta el gasto del Gobierno o se reducen los impuestos. La segunda surge al reducir el gasto del Gobierno o aumentar los impuestos. Por ejemplo, en situaciones cuando la economía está estancada, el Gobierno puede formular medidas para incrementar el consumo, como la reducción de impuestos; esto causará que las personas tengan más ingresos para comprar bienes y servicios en general. Del mismo modo, el Estado puede gastar más dinero en la economía y hacer inversiones que jalonan la producción de las empresas.

Los sesgos cognitivos

Los sesgos cognitivos son consecuencia directa de las situaciones que se perciben; en general, las percepciones de un sujeto son erróneas, ilógicas, inexactas e irracionales debido a dos factores que comprueban ese mismo desacierto, esto es, la poca información con la que cuenta y el impulso para tomar posiciones o decisiones.

El hecho de que la información sea parcial, distorsionada o errónea hace que el resultado sea adverso o desfavorable; los sesgos cognitivos también se presentan en temas como la toma de decisiones y el manejo de las probabilidades en determinadas situaciones que, según el psicólogo Daniel Kahneman (Tversky y Kahneman, 1981), son las intuiciones y el razonamiento¹⁷.

[La información] juega un papel sumamente importante y en este sentido se pueden tomar decisiones bajo certeza, bajo completa ignorancia o con cierto riesgo. La toma de decisiones bajo certeza o completa ignorancia no son problema, el caso más interesante es la toma de decisión con riesgo en el que se supone que el sujeto tiene alguna información y puede evaluar las probabilidades de los distintos estados de la naturaleza (p. 62).

En efecto, la toma de decisiones que conllevan algún riesgo es el estudio que adelanta el psicólogo Kahneman y lo orienta con un método heurístico¹⁸, es decir, como juicios o decisiones a los que un sujeto se encuentra sometido al no contar con toda la información. Dentro de los sistemas cognitivos, la toma de decisiones bajo riesgo o incertidumbre se ha denominado sistema de la intuición, en el cual la información incompleta de una situación hace que unas veces la decisión sea correcta y en otras, errónea.

En el estudio de los psicólogos Tversky y Kahneman (1981) sobre la teoría de la perspectiva, se establecieron los sesgos cognitivos presentes en la toma de decisiones de la siguiente manera:

- La creencia en la ley de los pequeños números: se materializa en los juegos de azar. Un jugador cree que, al lanzar un dado que en repetidas

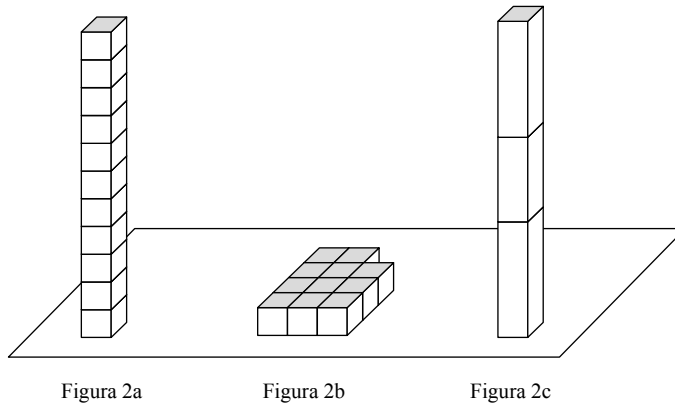
17 Lo establecido por Kahneman (Tversky y Kahneman, 1981) consiste en los tres sistemas cognitivos y es a partir de la percepción que se encuentra integrada por dos sistemas: el sistema I, la intuición, cuenta con un proceso rápido, sin esfuerzo, automático y de aprendizaje lento y el sistema II, el razonamiento, a diferencia de la intuición, posee un proceso con esfuerzo, controlado y neutral.

18 Un procedimiento heurístico es el que provee ayuda en la solución de un problema, pero no de manera justificada.

ocasiones ha mostrado números grandes, ocurrirá un desvío y la próxima vez aparecerá un número pequeño. Se establece entonces que el proceso mediante el cual llega a la conclusión es errada, porque el hecho de lanzar tantas veces el dado no corresponde a una cadena, un proceso o ciclo natural; por el contrario, son acciones independientes una de la otra, lo que explica que unas veces sí pueda ocurrir y otras no.

- Los juicios de incertidumbre: son análisis de los sujetos frente a las decisiones que deben tomar cada día, en los cuales se evidencia que no siempre responden a juicios de razonabilidad, sino al azar, puesto que cada juicio lleva un componente subjetivo que varía de acuerdo con las experiencias del sujeto ante decisiones fáciles o difíciles. Como tan solo se cuenta con una parte de la información, las elecciones pueden ser correctas o incorrectas (Cortada de Kohan, 2008).
- Las elecciones riesgosas: son la decisiones que el sujeto toma sin contar con un conocimiento posterior o las consecuencias que implicarán. Es claro el ejemplo de salir a la calle con un paraguas porque no se sabe si lloverá. La mayoría de los individuos tiene aversión al riesgo, es decir, al tomar una decisión, no se siente cómoda con la incertidumbre; por el contrario, quiere estar muy segura de su decisión.
- Teoría de la perspectiva: según el psicólogo Kahneman (1981), a partir de la teoría de la perspectiva, las personas piensan de acuerdo con ganancias, pérdidas y resultados neutrales, lo que trae como consecuencia inmediata la elección a riesgo que hace el sujeto, dado que sus pensamientos se mueven entre lo que gana, lo que pierde y lo que lo deja en un escenario igual al que se encontraba antes de tomar la decisión.
- Accesibilidad: con base en subjetividades y vivencias personales, el sujeto determina la probabilidad, o sea, valora sus pensamientos mediante la intuición. Kahneman (1981) utiliza el ejemplo de las torres 2a y 2c: ambas cuentan con la misma altura, pero como la torre 2a tiene cuadros uniformes y la torre 2c solo tres cuadros separados, las personas creen que la más alta es la 2a (Figura 3).

Figura 3. Los sesgos cognitivos



Fuente: Tversky y Kahneman (1981, p. 239)

- Dominancia e invariancia: la dominancia supone que, si una de dos opciones (A) es solo un poco mejor que la otra (B), siempre se preferirá A. La invariancia sostiene que lo que determina la preferencia por una u otra expectativa no depende del detalle de cada una, pues si son similares, no debe existir favoritismo por una u otra. La invariancia respecto de los hechos no se presenta, dado que las decisiones de los sujetos siempre tienen connotación subjetiva, además de las experiencias reiteradas que hacen que el sujeto sea adverso o no al riesgo.
- El sesgo de sobreconfianza: se entiende como el exceso de seguridad personal frente a las determinaciones propias cuyos resultados resultan ser desfavorablemente distantes respecto a las conclusiones realmente obtenidas.

Los bienes y servicios no se distribuyen de la mejor manera, debido a que la actuación de los individuos en la toma de decisiones afecta al mercado, pues al no contar con la información completa sobre una situación, las apreciaciones que se obtienen tienden a ser equivocadas. Es posible observar como ejemplo claro de la situación la ocurrencia de pánico económico —en nuestra legislación se tiene como cualquier acto que se divulgue en medios públicos, información falsa o inexacta— que conlleva la pérdida de confianza de algún sector de la economía, como el de los inversionistas.

Frente a las fallas del mercado, el Estado puede optar por intervenir o por no hacerlo. En Colombia, el Artículo 333 de la Constitución Política establece:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Acerca del mencionado Artículo, la Corte Constitucional (2012a) manifestó:

Esta disposición señala que la empresa tiene una función social que implica obligaciones, prevé que la libre competencia supone responsabilidades, e indica que la ley delimitará el alcance de la libertad económica “cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Con base en esta disposición de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha concluido que las libertades económicas son reconocidas a los particulares por motivos de interés público. Por esta razón, en reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha aclarado que las libertades económicas no son en sí mismas derechos fundamentales. Teniendo en cuenta que estas libertades no son absolutas y que el Estado tiene la obligación de intervenir en la economía para remediar las fallas del mercado y promover desarrollo con equidad, la Corte ha precisado que las libertades económicas pueden ser limitadas.

Del texto constitucional y de la interpretación hecha por la Corte Constitucional se desprende que el Estado colombiano sigue el modelo de Administración pública, regido bajo los preceptos de la regulación para la competencia y, por consiguiente, está en la imperiosa obligación de intervenir activamente en la economía para remediar los fallos del mercado y promover el desarrollo de la sociedad civil en un marco de equidad.

Conclusiones

Las realidades sociales influyen en la estructuración de los modelos de Administración pública, pues con estos se pretende dar respuesta a los retos que impone el progreso humano. De ahí que desde el surgimiento del Estado de Derecho se hayan implementado diferentes modelos de gestión, que pasan por el Estado gendarme, el intervencionista y el regulador.

Este último sufrió una transformación que lo llevó a ser más flexible en la gestión (modelo de Estado gerencial) y se incorporaron técnicas de gerencia del sector privado adaptadas al sector público. Estas no fueron fácilmente incorporables, por cuanto el Estado no funciona como la empresa privada, lo que produjo el surgimiento del modelo de la gobernanza, el cual identifica al Estado como un gestor o articulador de redes. El Estado reconoce que no es el único ni el principal protagonista de la vida social. La diferencia radica en que el Estado sigue siendo el único actor que representa el interés general de la sociedad.

Según este modelo y los preceptos constitucionales contenidos en los Artículos 333 y 334, se puede afirmar que Colombia es un Estado regulador que pugna por el mantenimiento o la generación de competencia en la prestación de servicios básicos. Sin embargo, puede intervenir en ciertas circunstancias (bien sea mediante regulación¹⁹ o por medio de una entidad que responda al concepto de descentralización administrativa funcional o por servicios) para racionalizar la economía o hacer una distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo. En esa dirección se ha agregado:

Aun cuando el mercado sea eficiente en el sentido de Pareto, existen razones que justifican la intervención del Estado. En primer lugar, el mercado competitivo puede dar lugar a una distribución de la renta que no sea deseable desde el punto de vista social y, en segundo lugar, hay quienes creen que los individuos, aun cuando estén bien informados, no juzgan correctamente los bienes que consumen, lo que justifica las reglamentaciones que restringen el consumo de algunos bienes y la provisión pública de otros (Stiglitz, 2003, p. 107).

Pese a ello, no se debe caer en un “mesianonormativismo”, esto es, regular todos los aspectos del mercado, motivados en la falsa ilusión de que las normas

.....
19 La regulación tiene dos orientaciones: liberalizar aspectos del servicio propios del devenir del mercado y fijar ciertos parámetros de protección a los usuarios en los aspectos cercanos al monopolio.

•La captura regulatoria y su relación con las fallas del mercado•

constituyen el manual de la tierra prometida y nos llevarán al mercado perfecto, no solo porque se perdería el valor de la regulación misma, sino porque se intervendría en la economía sin que tal situación sea una imperiosa necesidad.

En cuanto a los fallos del mercado, se puede concluir que estos afectan la eficiencia del mismo e impiden la asignación de los recursos para obtener resultados eficientes, lo que legitima al Estado para intervenir en la economía.

En el difícil equilibrio entre mercado y regulación, la competencia es el objetivo y la regulación el instrumento para defender la competencia o crearla cuando no exista o sustituirla cuando existan elementos de monopolio natural. El mercado tiene muchas ventajas, pero exige que el Estado cree un sistema jurídico institucional que impone limitaciones y deberes a aquellos que actúan en estos sectores. Así pues, la regulación siempre será necesaria pero debe ser sólo imprescindible, decreciente, subsidiaria y complementaria del mercado. La regulación promueve el mercado, lo reconstruye, lo defiende pero no lo sustituye (Ariño, 2004, p. 606).

Cuando el Estado interviene, surge la problemática de la captura regulatoria, que afecta el funcionamiento del Estado:

[...] y se convierte en un serio obstáculo para la equidad y el desarrollo. Su efecto es muy dañino ya que promueve el menosprecio por la legalidad y el Estado de Derecho, ya que cumplir la ley no hace sino desviar cada vez más los fines del gobierno (Sandoval, 2009, p. 147).

Considero que para evitar esta problemática, que socava las bases sobre las cuales se fundó el Estado, se deben establecer mecanismos para que los miembros de las entidades de regulación sean elegidos mediante concursos abiertos de mérito; que los organismos de control, vigilancia y regulación sean de carácter técnico y su financiación no se obtenga de contribuciones de los regulados, pues esto afecta su autonomía; que, una vez posesionados sus miembros, queden sujetos a los regímenes de inhabilidades²⁰, incompatibilidades²¹ y conflictos de interés²².

.....
20 Las incompatibilidades son un impedimento para que una persona ostente dos calidades simultáneamente. No puede haber relación de parentesco entre el ordenador del gasto de una entidad estatal y un oferente dentro del marco de un proceso de contratación administrativa (Consejo de Estado, 2011a; Corte Constitucional, 2012b).

21 La jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que las inhabilidades no son una sanción, sino una falta de capacidad (Consejo de Estado, 1999; Corte Constitucional, 2013).

22 La jurisprudencia del Consejo de Estado (2011b; 2011c) define el conflicto de interés como la concurrencia de intereses antagónicos en quien ejerce funciones públicas, por lo que puede afectarse la transparencia de las decisiones que le competen y llevar al funcionario a adoptar determinaciones de aprovechamiento particular, en detrimento del interés público.