UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

Mecanismos para prevenir la captura del regulador en la educación superior

Juan Sebastian Forero Cordoba

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia
2024

Mecanismos para prevenir la captura del regulador en la educación superior

Juan Sebastian Forero Cordoba

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:

Magister en Derecho

Directora:

Dra. María Angélica Sánchez Álvarez

Línea de Investigación:

Derecho Administrativo

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho

Bogotá, Colombia

2024

A mi madre Claudia y a Lorenzo. Los amo mucho gracias por animarme y acompañarme.

Resumen

Mecanismos para prevenir la captura del regulador en la educación superior

La facultad reglamentaria del ejecutivo es uno de los factores que han permitido materializar el principio de orden justo predicado del Estado social de Derecho, puesto que es el instrumento que desarrolla la voluntad del legislador para intervenir en el mercado y perpetuar el bienestar general. En desarrollo de estas funciones se espera que el ejecutivo pueda emitir regulaciones con el mayor rigor técnico, sin extralimitarse de las facultades otorgadas por normas superiores. Sin embargo, una de las principales causas que generan riesgos a estas atribuciones es la posibilidad de que los destinatarios de las regulaciones o los representantes de los sectores políticos del gobierno puedan influir en el ejercicio de esta función administrativa con el propósito de obtener un beneficio privado.

En el sector administrativo de la educación superior, el esquema de intervención diseñado para garantizar la prestación del servicio que también ostenta la connotación de derecho presenta varios rasgos que ponen en riesgo la objetividad del ejecutivo al momento de emitir regulaciones. El diseño institucional establecido concentra en la instancia política del Ministerio de Educación, varias de las funciones establecidas en el esquema de intervención y fomento, lo cual pone en riesgo la facultad reglamentaria, en virtud de las diferentes instancias en las cuales se establecen relacionamiento con instancias políticas y los sujetos regulados. Los mecanismos oficiales y particulares de información disponible al público sobre el servicio no son completamente objetivos y con la rigurosidad técnica esperada, fomentando un ambiente propicio para le generación de elites interesadas en influenciar al regulador.

Palabras clave: (Regulación, captura, educación superior, influencia, estructura institucional, ejecutivo, elites).

Abstract

Mechanisms to prevent regulator capture in higher education

The regulatory power of the executive is one of the factors that have made it possible to materialize the principle of just order predicated on the social rule of law, since it is the instrument that develops the will of the legislator to intervene in the market and perpetuate the general welfare. In carrying out these functions, it is expected that the executive will be able to issue regulations with the greatest technical rigor, without exceeding the powers granted by higher regulations. However, one of the main causes that generate risks to these attributions is the possibility that the recipients of the regulations or the representatives of the political sectors of the government can influence the exercise of this administrative function with the purpose of obtaining a private benefit.

In the administrative sector of higher education, the intervention scheme designed to guarantee the provision of the service that also has the connotation of law has several features that put at risk the objectivity of the executive when issuing regulations. The institutional design established concentrates in the political instance of the Ministry of Education, several of the functions established in the intervention and promotion scheme, which puts at risk the regulatory power, by virtue of the different instances in which relations are established with political instances and the regulated subjects. The official and private mechanisms of information available to the public about the service are not completely objective and with the expected technical rigor, fostering an environment conducive to the generation of elites interested in influencing the regulator.

Keywords: (Regulation, capture, higher education, influence, institutional structure, executive, elites).

Contenido

Pág.

Resumen ..... **VII**

Lista de tablas **3**

Lista de Símbolos y abreviaturas **4**

Introducción **5**

1. Conceptualización de la regulación y su papel en el Estado Colombiano **9**
1.1 Elementos para la definición de regulación 9
1.2 Orígenes de la Regulación como instrumento de intervención estatal 11
1.3 La regulación desde el derecho 16
1.4 El papel de la regulación en el Estado colombiano 19

2. La captura o influencia del regulador **27**
2.1 Contexto de la captura o influencia 27
2.2 Aproximación al concepto de captura 28
2.3 Elementos que describen un escenario de captura 31
2.4 Los sujetos regulados 36
2.5 Riesgos de captura en el contexto colombiano 38
2.6 Soluciones al riesgo de captura 41

3. Concepto de la educación superior **45**
3.1 Aspectos relevantes desde el Estado Social de Derecho 45
3.2 La Educación como Derecho y Servicio 52
3.3 La Educación Superior: Importancia y Funcionamiento 57

4. Escenario Regulatorio de la Educación Superior en Colombia **72**
4.1 Las Instituciones de Educación Superior 72
4.1.1 Instituciones de carácter Publico 76
4.1.2 Instituciones de carácter privado 79
4.1.3 Aspectos relevantes 83
4.2 Mecanismos de Intervención 86
4.2.1 Participación del Estado en la Prestación del Servicio 86
4.2.2 Fomento y Financiación 86
4.2.3 Inspección y Vigilancia 101
4.2.4 Participación en Instancias de Decisión 103
4.2.5 Barreras de Entrada. 104
4.2.6 Estructura Regulatoria 110

4.2.7 Entidades del sector Administrativo 114
4.2.8 Órganos Asesores 116
4.2.9 Sistemas 120
4.3 Otros Aspectos que Inciden en el Mercado 122
4.3.1 Los Rankings internacionales 122
4.3.2 El Modelo de Indicadores del Desempeño de la Educación – MIDE 124
4.4 Aspectos Relevantes del escenario regulatorio 126
4.5 Riesgos de Captura del Regulador en la Educación Superior 134

5. Panorama de otros sectores para Mitigar el riesgo de captura 139
5.1 Sector Financiero 139
5.2 Sector de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones (TICs) 144
5.3 Sector Salud 148
5.4 Consideraciones Sobre los Esquemas De Intervención 152

6. Conclusiones y recomendaciones 153
6.1 Conclusiones 153
6.2 Recomendaciones 158

Bibliografía 159

Lista de tablas

Pág.

Tabla 4-1: Distribución de IES por la tipología establecida en la Ley 30 de 1992..... 75
Tabla 4-2: Distribución de IES por su naturaleza jurídica……..75
Tabla 4-3: Distribución de IES públicas por su orden territorial……77
Tabla 4-4: Distribución públicas por su carácter académico……77
Tabla 4-5: Cruce distribución de IES publicas por su orden territorial y carácter académico……..……..77
Tabla 4-6: Distribución de IES privadas por su naturaleza jurídica……79
Tabla 4-7: Distribución de IES privadas por su carácter académico……..80
Tabla 4-8: Cruce distribución de IES privadas por su carácter académico y naturaleza jurídica……..80
Tabla 4-9: Distribución de IES privadas por su década de constitución (Según SNIES)……81

Lista de Símbolos y abreviaturas

Abreviaturas

Abreviatura	Término
MEN	Ministerio de Educación Nacional
CNA	Consejo Nacional de Acreditación
AIN	Analisis de Impacto Normativo
AIR	Analisis de Impacto Regulatorio
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
CONPES	Consejo Nacional de Política Económica y Social
PMN	Política de Mejora Normativa
MIPG	Modelo Integrado de Planeación y Gestión
SUCOP	Plataforma desarrollada y administrada por el Departamento Nacional de Planeación que busca fortalecer las consultas públicas en los procesos de producción normativa
DNP	Departamento Nacional de Planeación
ONU	Organización de las Naciones Unidas
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
ICFES	Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación,
IES	Institución de Educación Superior
CESU	Consejo Nacional de Educación Superior
ET	Estatuto Tributario
ICETEX	Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior
CESU	Consejo Nacional de Educación Superior
CONACES	Comisión Nacional Intersectorial de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior
SNIES	Sistema Nacional de Información de la Educación Superior
SPADIES	Sistema para la Prevención de la Deserción de la Educación Superior
MIDE	Modelo de Indicadores del Desempeño de la Educación

Introducción

La regulación es uno de los principales conceptos que ha sido objeto de estudio en varias de las ciencias sociales y económicas. Su origen data de formas intermedias que abogan por la intervención del Estado en la economía, sin afectar de manera directa el libre mercado en un contexto globalizado. En dicha línea, es el mecanismo del Estado Social de Derecho que procura promover buenas prácticas en el mercado para mantener el bienestar general.

Bajo estas premisas, en Colombia casi todas las actividades de orden económico se encuentran en mayor o menor medida sujetas a las reglamentaciones establecidas por las autoridades. Históricamente se han concebido las actividades regulatorias como una serie de requisitos que se deben cumplir para llevar a cabo una actividad determinada, donde la población en general no se encuentra en la capacidad de verificar las condiciones en que se suministran bienes y servicios al público y el Estado es el garante para mantener la confianza del público en el mercado. No obstante, la regulación es una situación que conlleva el incremento de costos y cargas a los oferentes en el mercado, convirtiéndola en un activo estratégico de la intervención del Estado. Situación que genera que los agentes del mercado estén motivados a influenciar las decisiones que los gobiernos tomen para la protección del interés general.

La educación superior al ser un servicio, susceptible de ser prestado por agentes públicos y privados no escapa de las dinámicas propias de los escenarios regulatorios y del mercado. Sin embargo, más que un servicio transable, es un derecho garantizado en la constitución y un servicio público que de fondo es un activo propicio para: el desarrollo social, el conocimiento científico y la solución de necesidades insatisfechas, que es tomado como referencia para la formulación de políticas y nuevas aplicaciones para mejorar la calidad de vida.

La diversidad de connotaciones de la educación superior requiere un adecuado ejercicio de intervención de las autoridades, por cuanto es necesario formular una estructura institucional apropiada que responda de manera adecuada a las practicas asumidas por los agentes del mercado. Sin embargo, la estructura institucional establecida para

intervenir no es suficiente para cumplir con dicho propósito, porque pone en cabeza de una instancia la mayor cantidad de funciones relevantes para el cumplimiento de estas funciones.

Por otra parte, dicho mercado está conformado por una elite de universidades privadas que son susceptibles de acaparar una gran cantidad de los recursos que son destinados del presupuesto nacional para subsidiar este servicio, ya que el esquema de incentivos trazados en las diferentes políticas se encuentra estructurados bajo estándares de calidad extraídos de fuentes externas y del mercado, que se encuentran enfocados bajo el estándar de la universidad con enfoque investigativo, impidiendo un adecuado desarrollo de los demás niveles de educación superior, afectando su acceso y calidad.

Dichas circunstancias son los principales factores de riesgo para que el esquema regulatorio pueda ser influenciado o capturado por los intereses privados de dichas elites o de algunos sectores políticos, visto que el esquema institucional puede ser insuficiente para hacer frente a este tipo de prácticas. El propósito del presente escrito consiste en evidenciar las diferentes circunstancias de orden institucional que propician que el regulador de la educación superior pueda ser capturado, recomendando algunas estrategias para mitigar la causa del riesgo o los efectos derivados de las mismas.

La orientación metodológica tiene un enfoque interdisciplinario basado en la aplicación de algunos elementos de los paradigmas de la investigación cualitativa. Respecto del enfoque, si bien su propósito es dar una solución desde el campo jurídico, se toman algunos conceptos que son abordados con mayor precisión desde las ciencias económicas, la sociología, la ciencia política o la pedagogía, para explicar las dinámicas propicias que explican los escenarios de influencia, sin la pretensión de aplicar metodologías propias de estas áreas del conocimiento. Así mismo, busca entender la problemáticas y dinámicas propias de la estructura institucional y los aspectos externos, que explican la búsqueda de rentas a través de la influencia de las Instituciones de Educación Superior o el ejecutivo sobre la regulación, la importancia de su mitigación y sus efectos. Desde el paradigma de la investigación cualitativa, según la cual se busca comprender los fenómenos en su contexto actual mediante descripciones de situaciones, eventos e interacciones buscando generar una teoría sustantiva (Ramos, 2015, p. 16), se contrastarán los elementos propios de la estructura de intervención trazados en el

ordenamiento legal vigente y los extraídos en la literatura que explican los factores propios de un escenario de captura, con el fin de establecer la existencia de los rasgos propios de este escenario.

Bajo esta premisa el trabajo de grado se encuentra dividido en 5 capítulos. En el primero se abordarán conceptos básicos sobre el papel de la regulación en el Estado colombiano; en el segundo se establecerán algunos elementos que identifican escenarios propicios para la influencia y la descripción de algunas iniciativas trazadas por la academia, organismos internacionales y nacionales, que establecen buenas prácticas para mitigar el riesgo de captura o sus efectos. En el tercer capítulo se presenta un acercamiento a la educación superior desde un punto de vista conceptual mediante una revisión de los aspectos relevantes de esta Institución al interior del Estado Social de Derecho, la importancia de los derechos sociales en el mismo y el enlace que tiene la educación en el escenario del modelo actual de Estado colombiano.

En el cuarto capitulo se determinarán los principales factores neurálgicos en dicho sector, realizando un análisis de la dinámica institucional de la educación superior colombiana, atributos relevantes de la estructura del mercado y la revisión de aspectos favorables o problemáticos de la intervención estatal que determinarán la existencia de riesgos de captura en la actividad regulatoria. En el último capítulo se realizará un análisis comparativo del esquema de intervención en otros sectores administrativos, que permitan extraer elementos adicionales, que diluciden mejores prácticas para prevenir este riesgo.

1. Conceptualización de la regulación y su papel en el Estado Colombiano

La regulación es el producto de una función administrativa y responde al desarrollo de unas facultades que son otorgadas por instancias democráticas, ya sea en la elección del presidente o el desarrollo de leyes promulgadas por un congreso plural e igualmente electo por medios participativos. El proceso de creación de regulaciones reviste una especial atención, ya que es una actuación unilateral y no completamente discrecional, sujeta a mandatos de orden superior que exigen de los funcionarios con la competencia para formularlas y emitirlas el mejor criterio técnico, objetivo y democrático, enfocado al cumplimiento del interés general. Por lo cual se procederá a realizar una aproximación conceptual, histórica e institucional, con el fin de entender su papel dentro del Estado colombiano y las principales problemáticas rodean el ejercicio de la función regulatoria.

1.1 Elementos para la definición de regulación

El ordenamiento legal vigente está compuesto por normas que prescriben patrones de conducta, con el fin de mantener intereses de orden superior (interés general, garantía de los derechos, seguridad jurídica, entre otros). Para que dicho ordenamiento legal pueda ser funcional, debe seguir un patrón lógico, con el fin de evitar contradicciones en la imposición de dichos patrones. Sobre el particular, Hans Kelsen, estableció que el funcionamiento del sistema jurídico se podía definir mediante un elemento lógico comúnmente conocido como pirámide de Kelsen; sin embargo, para los efectos del presente escrito, dicha pirámide será entendida desde la perspectiva de la *construcción escalonada del orden jurídico* (Kelsen, 1984, p. 215), dicha construcción estaba estructurada bajo la existencia de los siguientes tipos de normas: la constitución, la ley, la

costumbre y la ordenanza reglamentaria[1]. En resumen, basa su funcionamiento en la especificidad de las normas, es decir, que la de mayor jerarquía debía establecer prescripciones más generales y la de menor jerarquía es considerada un mecanismo de desarrollo de los mandatos generales.

En dicho contexto, se precisarán algunos elementos conceptuales importantes para la definición de regulación:

- Partiendo de la construcción escalonada del orden jurídico, Hans Kelsen entendía que las prescripciones normativas más específicas no debían estar en cabeza del constituyente o del legislador, sino que se encontraba en cabeza del ejecutivo, las cuales definía en los siguientes términos: *"(…) Las normas generales provenientes de organismos administrativos, y no del parlamento, son designadas ordenanzas reglamentarias, y pueden ser tanto reglamentos de aplicación, o reglamentos con fuerza de ley "* (1984, p. 239)
  Las primeras en su concepto podrían ser entendidas como provenientes de una función administrativa, mientras que los reglamentos con fuerza de ley hacen parte de un poder excepcional legislativo, otorgado al ejecutivo para expedir normas con superior orden jerárquico, que tienen cabida dentro de la definición de ley en sentido material.
- Desde el punto de vista semántico la real Academia de la Lengua ha definido el concepto de regulación en el ámbito de ajustar un concepto o cosa a un patrón determinado, o de establecer dichos patrones. En ese sentido, se puede evidenciar de la definición extraída, que regular no necesariamente quiere decir imponer, sino está relacionado con la acción de ajustar u ordenar algo.

Camilo Perdomo Villamil (Perdomo Villamil, 2014, p. 19), supone que el origen de la regulación no fue objeto de una construcción jurídica, sino de algunas ciencias exactas y sociales que buscaban dar explicación al orden general de la naturaleza o la sociedad (física, economía, sociología). Como se evidenciará en la explicación histórica, la

[1] Para Kelsen las ordenanzas reglamentarias eran" las normas generales provenientes de organismos administrativos, y no del parlamento" (pág. 239), lo anterior quiere decir que en la tradición jurídica colombiana eran actos administrativos generales o reglamentarios.

funcionalidad de la regulación no estará enfocada en imponer patrones de conducta, sino en ajustar las relaciones que se generan en las dinámicas del mercado, tal y como se extrae de su definición semántica.

1.2 Orígenes de la Regulación como instrumento de intervención estatal

Diferentes perspectivas desde las ciencias sociales y económicas han entendido el concepto de regulación como un mecanismo de intervención del Estado en las actividades de suministro de los bienes y servicios prestados por particulares -y a veces por el mismo Estado- a la comunidad en general, a fin de prevenir sus fallas y consecuentes externalidades negativas[2]. Lo anterior, dado que el mercado a veces no asigna de manera eficiente los recursos, en ese sentido las intervenciones estatales son compensadoras o sustitutivas de los mecanismos puros como los precios (Ayala Espino, 1992, p. 82). Dicha actividad está enmarcada en la función económica de asignación eficiente y equitativa de los recursos, toda vez que sus agentes no pueden corregir por si solos todas las desviaciones de la eficiencia económica.

Es necesario que el Estado intervenga mediante políticas públicas, supliendo en ciertos aspectos al mercado, determinando su tamaño para atender y prevenir los efectos que se deriven de las actividades económicas (1992, p. 81). Lo anterior dado que el Estado es una "(…) *institución con ventajas comparativas sobre otras instituciones para secularizar*

[2] Las fallas de mercado son generadas cuando los mercados no son totalmente eficientes, dado que el mismo no es perfecto, ya sea por la existencia de pocos agentes en alguno de los extremos del mercado (oferta o demanda); la información que tiene cada agente es asimétrica, hay barreras de entrada o salida para ingresar o salir del mercado o hay productos diferenciados en el mercado. La existencia de dichos factores puede incentivar actividades que generarían ineficiencias económicas (Monopolios, carteles, problemas de información, aumento injustificado de precios, entre otros) (Méndez Morales, s/f, p. 327), las fallas de mercado por lo general pueden generar externalidades negativas, las cuales se pueden definir con el siguiente supuesto: "(…)*cuando una determinada actividad productiva genera efectos perjudiciales, valorables económicamente* (o socialmente)*, sobre terceros ajenos completamente al proceso de producción(…)*"(Cantero Fernández, s/f), un ejemplo de externalidad negativa es la contaminación generada por una industria de químicos.

su presencia en todo el sistema (…)" (1992, p. 81), lo cual es propiciado por su condición legitimada de institución política.

Sobre la intervención económica, diferentes posiciones científicas y políticas existentes, tanto en la economía como en la ciencia jurídica, han encontrado puntos de discusión sobre el grado de injerencia estatal[3]. Aunque, ninguna de las posturas desestima la existencia de algún tipo de participación en la economía, estableciendo su importancia como una suerte de paradigma (Leguizamón Acosta, 2002, p. 221). La regulación económica, tiene su origen en dos hechos históricos puntuales:

- En las agencias reguladoras de los Estados Unidos creadas en los años 90, que eran entidades pertenecientes a la administración pública, su ámbito de competencia era de carácter federal y su necesidad de creación obedecía a que las normas estatales se quedaban cortas al momento de hablar de transacciones económicas o mercados creados a nivel federal. Estas agencias facilitaban la disciplina y establecían reglas claras para la corrección de las externalidades negativas, mediante el ejercicio de funciones legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales (Guinard-Hernández, 2017). No obstante, su pretensión no estaba en función de generar patrones de conducta para la creación del mercado, sino que las funciones de estas entidades estaban dirigidas a establecer mecanismos para mantener y perpetuar el mercado (Perdomo Villamil, 2014, p. 32), por tal motivo su propósito no era participar en el mercado, sino ajustar las reglas del juego para propiciar un mercado equilibrado.

  El origen de las agencias regulatorias se remonta a la creación de diversas instituciones gubernamentales generadas por las medidas de intervención estatal establecidas por el presidente Roosevelt en los años 30 conocidas como el *New Deal,* con el fin de conjurar y prevenir la situación política, social y económica

[3]Dado que algunas posiciones a favor del libre mercado o la reducción del tamaño del Estado (propio del neoliberalismo o de la economía neoclásica), están a favor de que la intervención debería ser mínima en procura a incentivar la eficiencia económica (por consiguiente oferta y demanda a menores costes para los agentes del mercado) o la eficiencia de las actividades gubernamentales mediante la disminución de la burocracia, y otras posturas a favor de una intervención fuerte (correspondiente a posturas progresistas o neo keynesianas) a fin de garantizar la participación de los agentes menos favorecidos o en desigualdad material, como mecanismo de justicia para una distribución equitativa de los recursos o la defensa de intereses superiores (Vallejo Almeida, 2016)..

generada la caída de la bolsa en 1929. Estas medidas estaban inspiradas en los planteamientos realizados por parte de Keynes quien, respetando la naturaleza liberal del Estado norteamericano, propendía por un manejo contra cíclico de la política macroeconómica, es decir, en las etapas en que la economía se encontraba contraída el Estado debía aumentar el gasto público y disminuir las imposiciones tributarias, con el fin generar empleo y estimular el consumo. Por otra parte, cuando la economía se encontraba expandida, el Estado debía disminuir el gasto e imponer mayores cargas tributarias, con el fin de estimular el ahorro de recursos para que sean utilizados en tiempos de contracción económica (2014, p. 27). Por tal motivo, el enfoque de estas agencias independientes consistía en establecer pautas de conducta en aspectos genéricos, como la salud, los derechos de los consumidores, la seguridad y el empleo, entre otros (Lenis Mejía, 2013, p. 119).

Con el surgimiento de la guerra de Corea en los años 50 se generaron altos costos e inversión en el sector defensa, lo cual trajo consigo una disminución de la producción, por lo que el gobierno de los Estados Unidos de América en cabeza del presidente Kennedy estableció medidas que aumentaran la intervención mediante la creación de más agencias regulatorias, en especial en el sector sanitario, de empleo y consumo, que estimuló la participación de los consumidores en las decisiones regulatorias y mitigó los efectos negativos causados por la guerra. A finales de los años 60, con el alza de los precios del petróleo y el aumento de la inflación, las medidas de intervención impulsadas por el gobierno de Nixon, como el congelamiento de precios y salarios, no pudieron conjurar la crisis económica. Gran parte del sector industrial veía en la intervención del Estado un obstáculo para conjurar la crisis e impulsar la productividad. Por este motivo un importante circulo de economistas de la escuela de Chicago, veía en la regulación un factor que desaceleraba la economía, aumentaba los precios y disminuía la productividad, los cuales eran factores para afirmar que las agencias regulatorias no eran el agente adecuado para arbitrar en las reglas del mercado, sino susceptibles de ser capturadas, es decir, influenciadas por sectores específicos de la economía (2013, p. 122).

Por tal motivo, se desmanteló la dinámica regulatoria del Estado, dejando en gran parte de los sectores económicos la conjuración de las crisis a las reglas del mercado. Sin embargo, no todos los sectores fueron desregularizados, sino que por razones de orden social o de interés general, algunas actividades actualmente están sujetas al control de estas agencias reguladoras (se destaca el sector salud, medio ambiente, seguridad, entre otros) [4].

La definición de regulación en este sistema está relacionada directamente con la existencia de las agencias, que se encuentra consignada en la orden ejecutiva 12666 del 30 de septiembre de 1999 expedida en el gobierno del presidente Clinton, así:

'*Regulation'' or ''rule'' means an agency statement of general applicability and future effect, which the agency intends to have the force and effect of law, that is designed to implement, interpret, or prescribe law or policy or to describe the procedure or practice requirements of an agency''* (USA, 1993)[5].

- La crisis del servicio público en Europa, mediante la cual se comprendió que el Estado podía ejercer funciones que no necesariamente se enmarcaban en el concepto de servicio público y los particulares podían realizar actividades asimilables al servicio público, evidenciando que el excesivo intervencionismo no era eficiente para la economía, ya que el tamaño del Estado implicaba una carga patrimonial que no compensaba las inversiones y obras realizadas por el mismo, generando la ausencia de incentivos económicos para mantenerlas, por lo cual se optó en disminuir el tamaño del mismo, pero mantener medidas de intervención que propendieran por un desarrollo económico y una equitativa redistribución del ingreso, dichas medidas vieron su asidero en la regulación como un mecanismo idóneo de intervención, cuyo propósito desembocó en favorecer el funcionamiento

[4] Dichas agencias se pueden consultar en la página del Gobierno de los Estados Unidos en el siguiente enlace: https://www.usa.gov/es/indice-agencias

[5] Reglamento" o "norma" significa una declaración de la agencia de aplicación general y efecto futuro, que la agencia pretende que tenga la fuerza y el efecto de la ley, que está diseñado para aplicar, interpretar o prescribir la ley o la política o para describir los requisitos de procedimiento o práctica de una agencia (traducción propia)

> de los mercados sin alcanzar objetivos políticos (Perdomo Villamil, 2014). Por tal motivo, el concepto de regulación no está dado en función de la existencia de una agencia, sino de todos los mecanismos que tiene el Estado para intervenir en la economía, es decir, la regulación no comporta la creación de una institución con funciones determinadas, sino que la misma se vale de otro tipo de instrumentos y políticas que de manera sistemática corrigen las fallas de mercado.

Se entiende que el aumento de las dinámicas de liberalización del mercado, la globalización y la aparición del Estado Social de Derecho, son aspectos que propician la concepción de un Estado Regulador. Se puede afirmar que este concepto es un punto intermedio entre el estado liberal clásico que no interviene y un estado fuertemente interventor encargado de la prestación de servicios públicos, que participa de manera directa en el mercado

En un Estado regulador, la garantía de los derechos de los consumidores es un mecanismo para mitigar las externalidades negativas, buscando promover la competencia de los agentes económicos, es decir, hay una ordenación pública que propende por el funcionamiento del mercado y del interés general. Si bien desde esta perspectiva se ha entendido la regulación como un instrumento de orden económico que tienen los gobiernos para corregir las fallas de mercado existente, se podría pensar que este concepto únicamente tiene un enfoque direccionado a que la regulación económica sea un mecanismo que interviene en todos los ámbitos sociales. Lo anterior, puede desembocar en una visión reduccionista de la sociedad en la que los únicos elementos de intervención tienen un carácter económico, por tal motivo Agustín Gordillo (2006), afirma que aparte de la regulación económica existe una regulación social cuyo campo de acción se dedicaría a los aspectos no tratados por parte de la regulación económica.

Sin embargo, para dicho Gordillo el tratamiento separado de ambas categorías no es útil y proclive a errores, ya que la regulación económica produce efectos en todas las escalas y

las regulaciones sociales tiene efectos económicos[6]. Para el presente ejercicio investigativo el concepto de regulación será entendido de manera conjunta, toda vez que la regulación toma elementos de orden social y económico para dar cumplimiento a sus propósitos como la reducción de las fallas de mercado, la corrección de fallas regulatorias[7], dar cumplimiento las políticas públicas, mitigar riesgos sociales y mantener el bienestar general.

1.3 La regulación desde el derecho

Para lograr un acercamiento teórico a la regulación en el derecho, Guinard-Hernández (2017, p. 44) establece varios supuestos conceptuales sobre esta[8], de los cuales se extraen lo siguientes elementos relevantes

- Los actos administrativos van a ser los mecanismos de regulación.
- Para su construcción requiere de la participación de los sujetos regulados, así como de otros mercados, dado el carácter técnico de la misma.
- Su independencia permitirá proteger los derechos de los consumidores y corregir fallas de mercado para una distribución equitativa del ingreso.
- La regulación no crea o genera mercado, sino es un instrumento para el mantenimiento de las dinámicas de mercado sin fallas (Perdomo Villamil, 2014).
- El regulador puede ser captado por sujetos regulados, por lo cual establece mecanismos jurisdiccionales de corrección (Perez Salazar, 2007).

---

[6] Más adelante se explicará que la aplicación de medidas que propendan por garantías sociales suele ser criticadas por la relación existente entre pertinencia y carga presupuestal

[7] Se da cuando una regulación no introducida en el pasado no genera los efectos esperados, causando productos no deseados.

8 “i) está en cabeza de la administración y por lo tanto se produce a través de actos de la misma; ii) es la conjugación de la técnica económica con la técnica jurídica; iii) se ocupa de mercados específicos; iv) disciplina fallas concretas del mercado; v) requiere de la participación de los agentes regulados; vi) la independencia del regulador es un factor de legitimidad de sus decisiones; vii) se hace necesario el control jurisdiccional de las medidas regulatorias para controlar su corrección frente al ordenamiento jurídico; viii) promueve la cobertura universal y la prestación de servicios mínimos; ix) analiza constantemente los mercados regulados con el fin de anticipar las patologías que puedan desembocar en crisis; x) vela por las condiciones de calidad en la prestación de los servicios, así como por los derechos de los consumidores”

Con el fin de ubicar a la regulación dentro de los elementos doctrinales del derecho administrativo, entendiendo su naturaleza jurídica de acto administrativo, es necesario establecer su alcance conceptual en los siguientes términos:

- Son actos administrativos de carácter general, dado que no resuelven una situación jurídica particular. Cierto sector de la doctrina afirma que los actos generales no son actos administrativos[9], toda vez que la regulación tiene pretensiones generalizantes, dado su carácter impersonal y no pretende reconocer derechos, imponer obligaciones o generar situaciones jurídicas específicas. No obstante, existen dos razones que pueden fundamentar su carácter de acto administrativo:
    - Pueden corresponder a manifestaciones de la administración como autoridad administrativa.
    - Son desarrollos de previsiones legislativas en virtud de la facultad reglamentaria (Sánchez Torres, 1998, p. 172).
- Proviene o es proferido por parte de una autoridad administrativa, en ejercicio de una función administrativa.
- Son actos jurídicos, ya que es una "(…) man*ifestación de la voluntad destinado a producir efectos en derecho, que contiene una decisión de naturaleza administrativa; en sentido orgánico y material es un acto decisorio de la administración pública, una manifestación unilateral de voluntad con el fin de producir efectos jurídicos* (…)"(Consejo de Estado de Colombia -Sección Segunda, 1983)-
- Son denominados reglamentos en virtud de la facultad reglamentaria establecida en la Constitución en cabeza del presidente, al respecto el Consejo de Estado ha establecido los límites de dicha facultad así:

  "*La sumisión del acto administrativo reglamentario a la ley es absoluta y por lo mismo, se trata de decisiones necesitadas de justificación, con posibilidades restringidas en*

9 Una parte de los doctrinantes especializados en la teoría de los actos administrativos establece que la regulación, entendida como acto administrativo general, no puede encajarse en la definición de acto administrativo, en tanto no produce efectos jurídicos concretos y que los actos administrativos toman de los actos regulatorios fundamentos para su creación y motivación. Para más información sobre dicha discusión: Cordero Quinzacara, Eduardo. (2019). Los reglamentos como fuente del derecho administrativo y su control jurisdiccional. Ius et Praxis, 25(1), 285-334. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000100285

el campo de la regulación, lo cual explica que su ámbito de acción sea restringido y que, por lo mismo, no tengan la fuerza suficiente para derogar, subrogar o modificar un precepto legal, ni mucho menos para ampliar o limitar su alcance o su sentido. Lo anterior explica su carácter justiciable, pues es claro que la administración no puede contradecir los mandatos del legislador, ni suplir la Ley allí donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular cierto contenido" (Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Consejo de Estado, 2009).

- Son objeto control ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ya sea a través de los medios de control de nulidad por inconstitucionalidad o nulidad simple y de manera excepcional por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en los términos del artículo 138 de la ley 1437 de 2011.
- El concepto de violación o los motivos de nulidad se encuentran insertos en los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011 y son las razones jurídicas por las que estos actos se pueden demandar en sede judicial.

Aunque, hay algunos elementos que permiten diferenciar los actos regulatorios del concepto general de actos administrativos, los cuales de acuerdo con lo establecido por Eduardo Cordero Quinzacara (2019), se pueden resumir en los siguientes:

- Junto con la constitución y las normas de orden legislativo, el acto regulatorio como acto administrativo general puede ser el marco de validez de actos administrativos especiales. Sin embargo, los actos regulatorios pueden crear, modificar o suprimir situaciones jurídicas particulares; excepcionalmente estarían sujetos al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho[10], porque pueden otorgar derechos o generar situaciones jurídicamente relevantes por delegación del legislativo y una asignación de requisitos específicos para la configuración de la situación especial.

[10] El párrafo 2 del artículo 138 del CPACA establece lo siguiente: "**Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo**, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel".

- El mecanismo de publicidad se realiza mediante la publicación en un diario oficial, mientras los actos administrativos especiales se suelen notificar a los directos interesados o afectados por sus efectos. No obstante, es un requisito formal y no sustancial para la definición de un acto administrativo.
- Los actos administrativos regulatorios pueden ser total o parcialmente derogados, mientras los actos administrativos especiales por regla general pueden ser sujetos a recursos o revocados mientras no afecten o menoscaben derechos adquiridos, en dicho caso se requerirá de la aceptación de revocatoria por parte de los potenciales afectados y en caso de que la autoridad no pueda obtener dichas autorizaciones deberá interponer la acción de lesividad.

1.4 El papel de la regulación en el Estado colombiano

Desde la expedición de la Constitución Política de 1991 y el nacimiento del Estado Social de Derecho en el territorio nacional, se estableció la concepción del constitucionalismo garantista el cual busca materializar los derechos. Dicha perspectiva enuncia que los derechos dejarán de ser espacios autónomos frente al Estado y son garantizados mediante la prestación de algún servicio o bien público, atendiendo al interés general y proporcionando mecanismos de protección de orden institucional y jurisdiccional .

Sobre el concepto de regulación en el Estado Colombiano, Camilo Perdomo Villamil (2014, p. 65) expone que de los elementos con contenido mayormente axiológico en la Constitución Política (preámbulo, fines del estado, etc.) se puede deducir que las finalidades del Estado Colombiano o su materialización pueden tener un carácter económico (por ejemplo, la garantía del orden económico, la función social de la propiedad privada, la libertad de empresa, la libre competencia, entre otros,), los cuales se materializan mediante la generación de políticas e instituciones que tienen el propósito de proteger y fomentar las mencionados intereses, como por ejemplo: las funciones de policía administrativa que le son asignadas a algunas entidades o la asignación de recursos para programas sociales.

En ese sentido, del numeral 21 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia se puede concluir que la expedición de leyes por parte del Congreso es el primer mecanismo de intervención estatal en la economía, dichas leyes atienden directa o indirectamente al

cumplimiento de los fines del Estado. Vale aclarar que en el presente caso las leyes no son un mecanismo para fomentar la libertad económica, sino para restringirla mediante disposiciones, que busquen incentivar o proteger intereses de mayor jerarquía a las libertades, como por ejemplo el bienestar general, ya que dicha libertad, en principio, se garantiza mediante una serie de abstenciones legitimadas por la constitución, por ejemplo la protección a la propiedad privada y los derechos adquiridos establecido en el artículo 58 de la Constitución.

El segundo mecanismo normativo que establece la Constitución Política de intervención estatal en la economía se puede desprender principalmente de los numerales 4, 10, 11, 16, 17, 20, 21, 22, 24 y 26, del artículo 189 de la Constitución Política, en tanto el papel del presidente, tiene una obligación genérica relacionada con los fines y objetivos establecidos en la constitución respecto del mantenimiento del orden general, el cual está sujeto a la constitución, las leyes y mediante el ejercicio de sus facultades discrecionales o reglamentadas en el marco de la función administrativa que se materializa mediante actos y operaciones administrativas.

Por otra parte, otros artículos relevantes son los 333 y 334, los cuales, si bien describen el modelo económico o las limitantes a la libre actividad económica, no tienen únicamente componentes de orden económico, toda vez que los límites de la libertad económica están dados por objetivos de carácter social: como el bien común, interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. De igual manera, establece el papel interventor del Estado, el cual está limitado por la sostenibilidad fiscal (elemento introducido por el Acto Legislativo 3 de 2011) y cuyo enfoque es el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano, entre otros.

De la lectura de los artículos anteriormente enunciados y sustrayendo, por un momento, los elementos no económicos, se puede divisar la presencia de algunos visos del “nuevo Constitucionalismo económico” [11] (Medina, 2007), según el cual, la actividad de la

[11] Según Mark Tushnet, la novedad de este nuevo constitucionalismo es que el desarrollo del funcionamiento del estado y los derechos no se basa únicamente en una comprensión hermenéutica de la constitución, ni del activismo judicial generado en la Corte Suprema de los Estados Unidos, sino que su alcance es mayor y está dado también por las agencias reguladoras que han sido

administración estará volcada hacia funciones de carácter regulatorio, entendidas como mecanismos generadores de intervención económica, en pro de la corrección de fallas de mercado que puedan generar externalidades negativas.

El concepto de regulación es relacionado en el texto constitucional en el plano de los servicios públicos, como lo establece el artículo 365 según el cual *"(…)el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios (…)",* así mismo la Corte Constitucional con el ánimo de dar un concepto extenso y generalizado de la regulación enunció en sentencia de constitucionalidad que "*En un sentido amplio, todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad constituyen una forma de regulación económica y social. Sin dicha regulación general del Estado, el mercado económico no podría existir ni funcionar"* (Corte Constitucional de Colombia, 2003).

Si bien la misma Corte admite que dicho concepto de regulación tiene un carácter amplio, se establece que la regulación, es un efecto derivado de la actividad del Estado respecto de las dinámicas sociales y económicas de los asociados, que tiene su origen en unos parámetros de conducta general, trazados por principios que rigen la actuación de la administración pública respecto de los administrados, como orientadores del eficaz y racional actuar de las autoridades, encaminando la actividad de las mismas dentro del interés general (Vargas Rozo, s/f).

Perdomo Villamil ha afirmado que Colombia "(…*) es un estado cuyo modelo económico y de intervención en y sobre la economía imponen la armonización de objetivos con connotación económica y no económica* (…)" (Perdomo Villamil, 2014, p. 68), lo que permite afirmar que la regulaciones económicas y sociales se han gestionado desde una perspectiva discriminada, lo cual ha causado que la comprensión de la regulación genere barreras innecesarias propias de un estado paternalista. Sin embargo, una inadecuada comprensión de este instrumento puede generar ineficiencias económicas y costos de transacción injustificados para el desarrollo económico y el patrocinio de inequidades

---

creadas con ocasión a las diferentes reformas programáticas e institucionales. New Deal. Mark Tushnet, The New Constitutional Order. Princeton University Press, Princeton, 2003.

sociales que pueden atentar contra la progresividad de los derechos sociales, como propiciadores de otros derechos[12]. Por tal motivo, la regulación debe revisarse con un enfoque neutral, cuyo único propósito sea el equilibrio económico y la disminución de las fallas de mercado, lo cual, si se aplica desde una perspectiva del costo social, que tenga en cuenta los efectos de la intervención (como la pobreza, los efectos ambientales, la productividad, entre otros), a fin de materializar los derechos y promover el desarrollo económico.

Para lograr una debida relación entre lo económico y lo social, René Ureña (2016) trae el concepto de Estado Regulador Constitucional entendido como una instancia que permite conciliar la visión de un Estado regulador encaminado a corregir fallas de mercado y la visión neo constitucional en la cual la Constitución es un mecanismo para realizar o forzar cambios estructurales en la sociedad, a fin de establecer políticas redistributivas que busquen alcanzar la igualdad material entre los asociados. En dicha perspectiva, la regulación es una herramienta útil para el cumplimiento de los fines del Estado, por cuanto es importante establecer una política pública a este nivel, con el fin de fortalecer con un enfoque técnico y social los instrumentos legales de intervención establecidos. En un estudio realizado por la OCDE en el año 2013 sobre la política regulatoria en Colombia, se emitieron importantes conclusiones sobre la situación actual de la regulación en Colombia, realizando diversas recomendaciones para fortalecer la dinámica reglamentaria en el Estado Colombiano, dentro de las cuales se destacan las siguientes:

- No existen directrices claras sobre la emisión de regulaciones en Colombia, que contemplen análisis serios y estructurados para determinar el impacto de la implementación de estos instrumentos en Colombia, así como de herramientas que permitan establecer o sistematizar las regulaciones emitidas por parte de las diferentes entidades a nivel nacional y tampoco se evidencian mecanismos estructurados de coordinación entre las diferentes instancias encargas de la función regulatoria (2014, pp. 48–51). Por cuanto se requiere establecer una política regulatoria a nivel nacional que establezca los parámetros básicos para realizar un análisis global de las regulaciones, contemplando los posibles impactos

[12] En otro capítulo se mencionará el papel de los derechos sociales como mecanismos de compensación, previa la debida distribución y reconocimiento de garantías individuales.

mediante las actividades de intervención, establezca mecanismos de coordinación y en todo caso tenga en cuenta la calidad del instrumento legal con un enfoque técnico (2014, pp. 48–51).

Sobre este aspecto dicha política debe ser estructurada bajo la línea establecida por los Análisis de Impacto Regulatorio (AIR) o Análisis de Impacto Normativo (AIN), que consisten en diversas metodologías que han sido implementadas en diferentes países del mundo y buscan bajo una línea técnica y participativa la implementación de regulaciones teniendo en cuenta aspectos administrativos, económicos, sociales, políticos y culturales de las regulaciones, así como buenas prácticas a nivel internacional, desde la perspectiva de gestión del riesgo (2014, p. 105).

- Es importante establecer una instancia institucional encargada de ejecutar la política regulatoria a nivel general, que coadyuve a las diferentes autoridades en la formulación, análisis y emisión de regulaciones, mediante directrices, acompañamientos y socializaciones que internalicen la cultura de la política regulatoria en la estructura estatal (2014, pp. 69–70).

- No hay una tendencia general de la administración dirigida a establecer requisitos administrativos para la mejora de las regulaciones y los que existen están dispersos en varios instrumentos legales que únicamente aplican a determinados sectores. No existen mecanismos de control y calidad que aseguren el cumplimiento de dichas disposiciones, dejando a discreción de las autoridades la implementación de herramientas regulatorias, sin considerar una perspectiva sistemática (2014, p. 103).
- No se cuenta con registro integral y universal del acervo de las regulaciones emitidas, lo que dificulta su transparencia y aplicación homogénea (2014, pp. 125–126). Dicha circunstancia impide establecer una estrategia regulatoria de alto impacto, que permita la simplificación a largo plazo del acervo normativo y, en consecuencia, la disminución de cargas regulatorias innecesarias (2014, p. 129).
- El control judicial de las regulaciones deja en evidencia que los jueces de la república, si bien buscan una revisión conforme el ordenamiento legal vigente, suelen estar apoyados en concepto técnicos para fundamentar sus decisiones. En

> este caso, se requiere la implementación de jueces especializados en temas regulatorios o capacitar a los operadores judiciales en temas regulatorios para mejorar la calidad de las decisiones judiciales.(2014, p. 141). De igual forma, se busca que las decisiones sancionatorias basadas en regulaciones sean tomadas por una autoridad diferentes a la que formula o emite las regulaciones (2014, p. 142).

Conforme el estudio realizado por la OCDE, el gobierno nacional promulgó el documento Conpes 3816 de 2014 (mejora normativa: Análisis de Impacto), según el cual se reiteraron las conclusiones establecidas en el Estudio sobre política regulatoria de Colombia. En dicho documento se afirmó la existencia de niveles bajos de confianza, eficacia, transparencia y calidad en la producción normativa, proponiéndose implementar una política de Mejora Normativa a Nivel Nacional, con el fin de establecer medidas coordinación, articulación y promoción en las diferentes autoridades del nivel nacional de la rama ejecutiva.

Dentro de las estrategias establecidas en el Documento CONPES, se establecieron medidas a corto plazo, a tres años, y otras de largo aliento, que a la fecha no se han implementado en la forma proyectada por el Gobierno Nacional. En primer lugar, se estableció un comité para la mejora normativa conformado por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Departamento Nacional de Planeación que corresponde a la instancia de alto nivel responsable de la coordinación, gestión e implementación de la Política de Mejora Normativa (PMN) (Departamento Nacional de Planeación, 2014, p. 28) y que en el largo plazo debía ser reemplazada por una instancia independiente, situación que no se ha materializado. Dicha instancia, si bien ha establecido acercamientos con actores claves en la estructura estatal, para desarrollar su papel dentro de la PMN, ha establecido algunas bases para estructurar estrategias de mejora normativa a nivel nacional y territorial, no ha podido establecer diálogos de alto nivel con todos los sectores administrativos encargados

de emitir regulaciones, como es el caso de los sectores educación y cultura[13]. Así como, no ha vuelto a sesionar desde el mes de marzo de 2023[14].

Otra estrategia consiste en implementar medidas para que los funcionarios públicos, puedan tener herramientas conceptuales para implementar las medidas esperadas en la PMN. A través del Decreto 1299 de 2018 se incluyó la PMN como una Política de Gestión y Desempeño Institucional dentro del Modelo Integrado de Planeación y Gestión (MIPG)[15], lo cual permite que las entidades deban establecer esfuerzos para que su talento humano se capacite en los aspectos básicos de la PMN, ya a partir del año 2020 y anualmente se deben cargar en el Formulario Único de Reporte de Avances de la Gestión, las evidencias de cumplimiento de implementación del MIPG, lo cual ha permitido una mayor aprensión de las mejores prácticas regulatorias (Padilla Berrío et al., 2022, p. 4). No obstante, su implementación ha sido tardía y no se evidenciaron los resultados en los términos proyectados.

La implementación e institucionalización de los Análisis de Impacto Normativo (AIR), es una de las principales estrategias trazadas en el documento CONPES, puesto que le permitiría entregar a las autoridades regulatorias metodologías y herramientas para optimizar la calidad de las regulaciones emitidas. La implementación de dicha estrategia permite establecer un requisito de obligatorio cumplimiento para la emisión de regulaciones y que, sin el cumplimiento de este, puede estar sujeto a los medios de control establecidos en la Ley 1437 de 2011. No obstante, institucionalizar esta herramienta de manera obligatoria, únicamente ha sido posible para el trámite de emisión de reglamentos técnicos

---

[13] Conforme el registro de actas que puede ser consultado en el Minisitio del Documento Conpes, en la sesión XVI del mes de febrero de 2021, se proyectaba iniciar un proyecto de depuración normativa en estos sectores. Sin embargo, en los registros de actas posteriores no hay evidencia de dicho sector. Para más Información: https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/ModernizacionEstado/ERel/2021-02-09_ACTA_CMN_Sesi%c3%b3n16.pdf

[14] .Desde el año 2020 y hasta el 2022, se registra un total de 15 sesiones.

[15] El artículo 2.2.22.3.2 del Decreto 1083 de 2015, establece que: "(…) El Modelo Integrado de Planeación y Gestión - MIPG es un marco de referencia para dirigir, planear, ejecutar, hacer seguimiento, evaluar y controlar la gestión de las entidades y organismos públicos, con el fin de generar resultados que atiendan los planes de desarrollo y resuelvan las necesidades y problemas de los ciudadanos, con integridad y calidad en el servicio (…)".

conforme lo dispone el Decreto 1468 de 2020, con una perspectiva de protección a la seguridad de los consumidores (2022, p. 6).

Otro de los pilares del documento CONPES, consistió en la racionalización y depuración del inventario normativo emitido por parte de las diferentes autoridades. Para lo cual se establecieron herramientas como el SUCOP el cual permite realizar una compilación del acervo regulatorio emitido a nivel nacional y gestionar las diferentes instancias de participación de los grupos de interés. En esta vía, el gobierno nacional desde el año 2015 realizo una tarea de compilación normativa, recogiendo las diferentes disposiciones emitidas mediante decretos reglamentarios por sector administrativo.

No obstante, los esfuerzos internacionales e institucionales, para la realización de estudios que permitan establecer mejores prácticas regulatorias, únicamente se enfocan en sectores que tradicionalmente han seguido la cultura de lo regulatorio y no en otros que requieren de dicha rigurosidad técnica para mejorar la prestación de servicios públicos o de la provisión de bienes y servicios, como es la educación, la cultura, entre otros. Lo cual ha conllevado un bajo nivel de aprehensión de buenas prácticas en la generalidad de la estructura de la administración nacional, causado por un bajo compromiso por las altas instancias del gobierno nacional, por tanto, se requiere de mecanismos que permitan evidenciar los impactos positivos que conllevan la implementación de buenas prácticas regulatorias a nivel nacional y territorial (2022, p. 7).

2. La captura o influencia del regulador

Teniendo en cuenta que la regulación es un elemento fundamental para direccionar el cumplimiento de los fines del Estado, mediante controles a la libre actividad económica de los particulares y del Estado. Es importante resaltar que la objetividad es un elemento fundamental para que estas sean formuladas bajo un criterio técnico y participativo, que garantice el bienestar general. Aunque, al ser una instancia de control, puede estar sujeto a influencias por parte de los sujetos regulados y los sectores políticos, con el propósito de disminuir los costos que se derivan de la prestación de bienes y servicios, pero que al no responder a la objetividad esperada, pueden generar costos sociales que desembocan en efectos adversos para la población y el incremento de la productividad. Por tal motivo, es importante que en el proceso de formulación de políticas y regulaciones, se tenga en cuenta que la captura es un riesgo latente y presente, que requiere ser mitigado mediante mecanismos institucionales tales como incentivos y controles al talento humano que interviene en el proceso regulatorio o el diseño institucional trazado por el legislador.

2.1 Contexto de la captura o influencia

La función regulatoria del Estado puede presentar fallas, toda vez que es producto de las relaciones humanas, que se pueden identificar cuando no se atiende de manera directa a los objetivos por los que se encuentra diseñada, circunstancia que puede atentar contra la eficiencia del mercado y las garantías otorgadas por parte del ordenamiento legal vigente a los consumidores. Estas circunstancias pueden ser concebidas como “fallas de gobierno”, que afectan la gobernabilidad de las autoridades administrativas en el ejercicio de las actividades de intervención.

Dichas fallas se pueden presentar por acción (exceso de regulación aumentando los costos de producción o transacción) o por omisión (deterioro de la infraestructura de los bienes y servicios o imposibilidad para mantener la estructura existente) (Ayala Espino, 1992, pp. 92–93). La cantidad de regulaciones emitidas para un sector o actividad especifico no es un factor que necesariamente de solución a los problemas sociales o económicos que se pretenden conjurar con esta, toda vez que, al establecer barreras o flexibilización de

requisitos para la prestación de bienes y servicios, se puede afectar su acceso mediante el incremento de costos o disminuyendo su calidad.

2.2 Aproximación al concepto de captura

Dentro de las diversas causas que pueden originar las fallas del gobierno, se pueden destacar los riesgos que afectan la independencia del regulador (Guinard-Hernández, 2017), la literatura disponible ha denominado esta situación como la captura o influencia del regulador. Este concepto puede ser definido, en términos generales, como la posibilidad de que las industrias o sujetos regulados puedan tomar el control de la regulación o regulador con el propósito de obtener beneficios económicos (Boehm, 2005)[16].

Las definiciones enunciadas por la literatura disponible generalmente están enfocadas en que la única motivación para afectar la independencia del regulador es el pago de beneficios económicos a los funcionarios públicos que ejercen la actividad regulatoria. Sin embargo, al ser un concepto que en la realidad conlleva situaciones más complejas, resulta relevante realizar una aproximación a otros elementos o fenómenos, que ayudan precisar dichas circunstancias, a saber:

- Captura: "(…) *la determinación en la formación de las reglas básicas del juego (por ejemplo, leyes, reglas, decretos y regulaciones) a través de pagos privados ilícitos y oscuros a funcionarios públicos (…)"*(S. Hellman et al., 2001, p. 35).
- Influencia: "(…) *se refiere a la capacidad de la empresa para tener un impacto sobre la formación de las reglas básicas del juego sin efectuar pagos privados a funcionarios públicos (…)"*(S. Hellman et al., 2001, p. 36)
- Corrupción (administrativa): "*los pagos privados a funcionarios públicos para distorsionar la prescrita implantación de reglas y políticas oficiales"* (2001, p. 36). La relación de los conceptos de corrupción y captura está determinada en términos de género y especie (Boehm, 2005), ya que tanto en la captura, como la corrupción se trata de influenciar en la voluntad del regulador para recibir un beneficio privado.

[16] Otra aproximación concepto ha sido definido por Joel Hellman y Daniel Kaufman en los siguientes términos: "*Por captura del Estado entendemos los intentos de las empresas para influir en la formulación de las leyes, las políticas y la reglamentación del Estado a cambio de pagos ilícitos —con carácter privado— a los funcionarios públicos*" (Hellman & Kaufmann, 2001, p. 31).

No obstante, el propósito de la captura consiste en establecer mecanismos para influir en la creación de regulaciones [17].

- Captura Cultural: en el presente caso no hay un ejercicio claro de influencia u ofrecimiento del sector regulado. Si no que, por factores relacionados con la cultura organizacional de las autoridades regulatorias, los funcionarios encargados de ejercer dicha función apropian los intereses de los sujetos regulados (EnfoqueDerecho.com, s/f).

De los conceptos enunciados, se puede afirmar que las causas que generan la captura no se derivan de manera exclusiva de la influencia ejercida en el regulador por las firmas con el fin de obtener beneficios económicos, sino que la cultura organizacional del regulador es un factor que tiene el mismo potencial de influencia. No obstante, esta causa no está relacionada con las actividades de influencia realizadas por los sujetos regulados, sino en el rigor técnico y diseño institucional establecidos para la intervención estatal.

En principio, el concepto de captura fue acuñado inicialmente como una "teoría" estructurada por un grupo de economistas pertenecientes a la escuela de chicago y, en especial, por Joseph Stigler, quien afirmaba que las firmas pueden obtener rentas a partir del poder coercitivo del Estado y en especial de la facultad regulatoria de las autoridades. Sin embargo, esta posición desde el punto de vista teórico también ha sido atacada por Richard Posner (Posner, 1974), según el cual, la acción regulatoria puede revisarse desde las siguientes posiciones:

- La teoría de la elección publica[18]: es una explicación de enfoque económico a la acción política de los gobernantes, que buscan maximizar el interés común y el bienestar general de los ciudadanos. Aunque, esta teoría asume que todos los

[17] Para el concepto de captura que se va abordará en el presente ejercicio se desestimará el de corrupción, puesto que su finalidad radica en la capacidad de influir en la aplicación de políticas o reglamentos establecidos y no en su creación

[18] Para mayor ilustración se recomienda la vista a una entrevista realizada a Martin Krause por la Universidad Francisco Marroquín quien en Latinoamérica ha expuesto y explicado estas posturas en diferentes ámbitos académicos: https://www.youtube.com/watch?v=O6U47eT0xEE

agentes en la acción política (gobernantes y votantes) van a actuar bajo el supuesto de la maximización del interés personal.

- La teoría de la captura del regulador: Posner expone que el origen de la captura del regulador proviene de 3 posturas: (i) desde el marxismo, según la cual los grandes capitalistas por su condición de ser dueños de los medios de producción pueden cooptar la institucionalidad estatal (dentro de las cuales se encuentra la regulación con el fin de apropiarse, de los ingresos que pueden ser generados por la clase trabajadora) (Azuero, 2018, p. 192); (ii) desde el punto de vista de la ciencia política, la influencia es ejercida por ciertas industrias sobre algunas agencias regulatorias; y (iii), según el cual se admite que los únicos grupos de presión o interés no son las firmas, sino que pueden enmarcarse en dicha esfera otro tipo de agentes, como los sindicatos (Stigler, 1971) [19].

Para Posner dichas posturas tienen falencias para lograr una adecuada aproximación al concepto de captura. Desde el punto de vista de la teoría de la elección publica, se puede afirmar que la existencia de bajos incentivos de la comunidad para realizar un adecuado control social a las autoridades facilita el ocultamiento de información sobre la toma de decisiones regulatorias[20]. Sin embargo, es una teoría que se enfoca únicamente en los gobernantes, sin tener en cuenta a otros factores o grupos de presión al momento de analizar los desbalances en el mercado o la afectación del bienestar general (Posner, 1974, pp. 336–337). Conforme a dichas circunstancias, es importante generar incentivos con el propósito de que la ciudadanía pueda tener interés en obtener información y ejercer

[19] En algunos casos el capital y el trabajo pueden establecer un bloque de grupos de interés para influenciar la voluntad del regulador (Azuero, 2018, p. 192), toda vez que la posibilidad de abrir o cerrar el campo de la competencia puede ocasionar efectos colaterales en los trabajadores, no solo los que pueden ser retirados del mercado laboral, sino en aquellos que pueden quedar (Posner, 1974, p. 349).

[20] Azuero (2018, p. 192) propone diferentes estrategias que facilitan el ocultamiento de información: (i)Instrumentos regulatorios que distribuyan los costos de manera amplia, dificultando la percepción sobre la perdida; (ii) Asociar la actividad generadora de rentas a un objetivo encaminado al bienestar general y; (iii) Utilizar mecanismos complejos para ocultar la distribución de rentas: lenguaje muy técnico y de difícil comprensión, distribución del mecanismo en diferentes normas o instrumentos, entre otros.

mecanismos de control social, así como regulaciones dispuestas con un lenguaje claro y sencillo.

Por otra parte, la teoría de la captura del regulador en su versión más estructurada tiene dificultades al momento de realizar demostraciones de carácter empírico (Posner, 1974, p. 356). No obstante, es importante el esfuerzo de las ciencias económicas en dar explicación a los fenómenos generados en el marco de un campo político o económico.

2.3 Elementos que describen un escenario de captura

La captura del regulador, más que una teoría, es un hecho que se manifiesta en el escenario político y ha sido demostrada a través de diversos análisis empíricos. En un estudio realizado por Joel Hellman y Daniel Kaufman (S. Hellman et al., 2001), bajo un enfoque macroeconómico, se evidencian los rasgos caracteristicos de las economías capturadas, desde el punto de vista de la conformación de los oferentes en el mercado y la capacidad institucional para hacer frente a la influencia, destacando los siguientes:

- La Economías con baja propensión a la captura están en reforma y en etapa de implementación de medidas para la privatización y el sector privado es mínimo, incipiente y con poca experiencia, además que *"(…) son los que más avanzaron en liberalizar su economía, hacer rendir cuentas a la burocracia y alentar la competencia política (…)"* (Hellman & Kaufmann, 2001, p. 32).
- "*(…) el índice de captura del Estado es sistemáticamente más bajo en los países que* han *puesto en práctica una reforma económica de mayor cobertura* (…)" (2001, p. 32), a diferencia de economías donde las reformas se han implementado de manera parcial, ya que se pueden presentar atrasos o políticas obsoletas para atender las nuevas dinámicas del mercado.
- El estudio también llega a la conclusión de que las empresas que operan a nivel internacional pueden obtener mayores incentivos para obtener rentas o beneficios económicos a través de la influencia (2001, p. 33), visto que tienen la capacidad financiera y operativa para influir en el ejecutivo.

Otro elemento para tener en cuenta en este tipo de prácticas es la motivación que los sujetos pueden tener para poder influir la actividad regulatoria. La teoría disponible enuncia que los sujetos regulados en una actividad relacionada con la captura están motivados con

la búsqueda de rentas, concepto que ha sido acuñado por las ciencias económicas desde la teoría clásica[21] y marxista[22]. Conforme el desarrollo teórico, los primeros economistas neoclásicos, establecieron que el factor determinante de la búsqueda de rentas es *"(…) la oferta limitada o la indestructibilidad de un recurso (sin necesidad de mantenimiento)* (…)" (2018, p. 186), es decir, la capacidad de limitar el acceso al bien o servicio, sin que este fuera a escasear[23]. Por otra parte, las corrientes Keynesianas afirmaban que la figura del rentista debería ser eliminada, siendo reemplazada por la del "hombre de negocios" que era admisible en la medida que la ganancia fuera totalmente correspondida con las actividades que hayan contribuido a la sociedad (2018, p. 186).

En el marco de los escenarios de captura, la de renta es un concepto con las ganancias injustificadas que se derivan de una actividad económica, lo cual puede generar externalidades negativas o disminución de la productividad, toda vez que estos valores son excedentes del precio de equilibrio o al costo de oportunidad

Por otra parte, Tollison[24] (1982) afirmaba que las rentas pueden ser generadas de dos formas: (i) Son productos naturales del comportamiento de los precios, en este caso esta desviación es producto del comportamiento del mercado o "mano invisible"; y (ii) pueden ser producto de una restricción artificial que en la mayoría de los casos corresponden a acciones de orden, es decir, producto de las decisiones gubernamentales (2018, p. 187). En ese sentido, la construcción de barreras artificiales mediante políticas y

[21] Según Francisco Azuero, en primera instancia los economistas clásicos y en especial David Ricardo, asimilaban el concepto de rentas al pago que tienen los dueños del suelo por su uso y eventual explotación (2018, p. 185).

[22] En la teoría marxista este concepto continuó ligado al uso del suelo y únicamente diferenciando los conceptos de una renta absoluta como el hecho de que la propiedad de alguna porción de suelo genera renta y una renta diferencial la cual se establecía con la posibilidad mayor o menor del suelo para generar más rentas por sus condiciones endógenas o exógenas (2018, p. 186)

[23] Así mismo, estos economistas contemplaban la existencia de otro concepto a saber: "*cuasi-renta*", este concepto a diferencia del concepto general de la renta se caracterizaba por ser temporal, pero se asemejaban en que ambos son excedentes sobre el "*valor del costo de oportunidad*", las cuasi-rentas suelen aparecer cuando hay un incremento de demanda por un bien o servicio que requiere un equipo de producción determinado, que es temporal porque en el trascurso del tiempo otros productores procederán a generar inversiones para la compra de estos equipos o maquinarias distribuyendo el excedente generado por la cuasi-renta entre los demás participantes del mercado. Según Francisco Azuero, la generación de cuasi-rentas puede ser un aspecto positivo a nivel social o económico, dado que con esta se estimula la innovación (2018, p. 186)

[24] En el texto se referencian estos textos de Tollison: *Tollison R.D. (1982). Rent Seeking: A survey. Kyklos, 35 (4), 575-601.*

reglamentaciones, no deben ser entendidas únicamente como manifestaciones negativas que afectan el mercado o generan costos a la sociedad en general. En dicho escenario, puede haber barreras artificiales que generan externalidades positivas y beneficios a la sociedad general, que impulsen el crecimiento económico.

La determinación de su carácter "positivo" o "negativo" correspondería a la determinación de los destinatarios de la renta, es decir, si la redistribución de dichos ingresos es a favor de monopolios o rentistas sin alguna justificación económica en el bienestar general, se puede afectar la calidad o disponibilidad de los bienes y servicios ofrecidos al público, lo cual denota la existencia de un escenario de captura. Por otra parte, si la creación de barreras comprende un ánimo distributivo, se fomenta un escenario propicio para el incremento del bienestar general y la eficiencia del mercado, donde se generan externalidades positivas (Giraldo, 2018, p. 214) [25].

La generación de barreras no es una actividad que únicamente provenga de la iniciativa gubernamental, sino a veces requiere de medidas de presión o *lobby* por parte de los destinatarios de dichas normas (Azuero, 2018, p. 188). Estas gestiones pueden generar costos para que quienes influir en la configuración de las barreras y pueden ser trasladados a la sociedad, con el propósito de aumentar la utilidad en detrimento de los bienes y servicios prestados(2018, p. 188).

Bajo esta perspectiva, las actividades de influencia realizadas por los grupos de presión, ya sea para la obtención del bienestar general o con un ánimo rentístico, juega un papel importante en la determinación del costo que implica mantener el bienestar general. Bajo esta perspectiva, Azuero establece que, en un escenario controlado, dicho costo está determinado por el beneficio obtenido sin las restricciones gubernamentales, más los costos generados por las posibles actividades por presión o lobby (2018, p. 188). Por tal

[25] Se pueden establecer varios ejemplos en los cuales estas barreras artificiales no tienen un carácter negativo: la creación de normas de propiedad intelectual, la normatividad que regula la prestación de servicios públicos domiciliarios, la regulación sobre la asignación de derechos de explotación sobre monopolios naturales, entre otros (2018, p. 212). En estos casos las regulaciones buscan una adecuada distribución del bienestar general.

motivo, si el beneficio obtenido mediante actividades de intervención es superior al costo de su implementación, es posible afirmar que las actividades de influencia pueden tener efectos positivos en el bienestar general.

En ese orden de ideas, el proceso competitivo en la adquisición de rentas no necesariamente tiene un carácter improductivo y puede ser provechoso en un escenario de competencia perfecta, para acceder a las rentas ante la presencia de un gobernante imparcial, quien, mediante un proceso púbico, transparente y reglado, puede establecer las condiciones para asignar las rentas a quien ofrezca el mayor beneficio social, sin necesidad de acudir a pagos privados en un escenario por fuera de la institucionalidad. Un ejemplo, son los espacios en los que el regulador establece procesos democráticos e inclusivos para la participación de grupos de interés en las diferentes iniciativas reglamentarias, como la inclusión de Ligas Consumidores en la Red Nacional de Protección al Consumidor conforme el artículo 75 del Estatuto del Consumidor. En dicho escenario, los beneficiarios finales del bien o servicio pueden acceder con mayor cobertura a estos, el destinatario de los costos por las actividades de presión y lobby es el gobierno, quien puede destinar dichos beneficios a la producción de bienes públicos (Azuero, 2018, p. 188).

En un escenario de captura donde no es posible generar un mayor bienestar general, se pueden producir varios efectos negativos para el desarrollo, dentro de los cuales es importante destacar:

- Generación de mayores costos de transacción en la producción o prestación de bienes y servicios que son trasladados al consumidor o beneficiario final afectando su cantidad y/o calidad. Estos costos se suman a los excedentes del productor que causan costos sociales injustificados (Azuero, 2018, p. 193), , en razón de que se pueden establecer barreras para estimular la competencia o se genera desconfianza del público en la adquisición de un bien o servicio, lo cual se manifiesta de diferentes maneras, a saber: (i) estableciendo requisitos inútiles para ejercer determinada actividad (Azuero, 2018, p. 194); (ii) flexibilizando algunos trámites o requisitos que pueden afectar el consumidor final, (iii) estableciendo limites en la estructuración de los precios, entre otros. Estos aspectos, permiten que los productores puedan atrincherarse detrás de dichas barreras e impedir la entrada de nuevos actores al mercado que permitan optimizar la calidad y precios

de los bienes o servicios ofrecidos o implementar practicas innovadoras que permitan optimizar los procesos productivos, lo cual afecta una adecuada distribución del ingreso (Hellman & Kaufmann, 2001, p. 31).

- La distribución del mercado laboral puede distorsionarse con la existencia de actividades que generan rentas, +que aumentan en mayor proporción que las actividades productivas (Azuero, 2018, p. 194). El mercado laboral se puede enfocar en profesiones, artes u oficios que sean propicias para evaluar la forma en que se toman decisiones políticas,[26] y no en actividades que busquen optimizar los procesos productivos o nuevas tecnologías para mejorar la calidad de vida de la sociedad en general. Por ejemplo, las firmas pueden estar enfocadas en contratar empresas o intermediarios que tengan relacionamiento con el regulador a fin de poder influenciar sobre la forma en que se diseñan algunas políticas.

En ese sentido, los efectos comunes de las actividades de influencia en la disminución de la productividad y el desarrollo económico - ya sea mediante la manipulación de las barreras o en la distorsión del mercado laboral- se pueden agrupar mediante la disminución de cargas regulatorias con el fin de suprimir costos de transacción o la creación de barreras del mercado para desincentivar la competencia, estimulando la conformación de monopolios, duopolios u oligopolios.

La economía política ha establecido elementos para explicar las prácticas de captura o influencia, toda vez que la generación de regulaciones o políticas es una de las varias formas de materializar la intervención del Estado. En ese sentido, desde un escenario en el que hay un aparato político dispuesto a dar cumplimiento a los fines programáticos, con funcionarios debidamente remunerados e incentivados para la búsqueda del bienestar general, disminuye la posibilidad de propiciar un escape de rentas hacia terceros (2018, p. 190). Desde la perspectiva del regulador, las causas que pueden generan un escenario benéfico de captura son las siguientes: deficiente información por parte de los funcionarios públicos que participan en dicho proceso y pocos incentivos laborales para sostener el

[26] Se pueden resaltar las siguientes profesiones: derecho, economía, ciencia política, administración pública, etc.

empleo que conlleven a tomar una posición distanciada del cumplimiento de las funciones. Dichas causas, son el escenario propicio para que los competidores con poder económico puedan ofrecer mejoras en las condiciones laborales a funcionarios que aspiren a tener un ascenso en la escala social del regulado (Giraldo, 2018, p. 213).

Otro factor determinante de un escenario de captura corresponde a la existencia de asimetrías de información que se dan entre los regulados y las autoridades estatales (Alchian & Demsetz, 1975). En este contexto, el problema de la captura o influencia puede ser causado porque la información determinante para la formulación de políticas puede provenir directamente de la industria o algunos sujetos en el mercado especifico, por lo cual es importante establecer medidas de verificación, discusión o validación de información con otras fuentes. Por lo anterior, es importante generar incentivos con el propósito que la ciudadanía pueda tener interés en obtener información y ejercer mecanismos de control social, así como regulaciones dispuestas con un lenguaje claro y sencillo.

Boehm (2005, p. 247) afirma que el aspecto temporal es un factor problemático para incentivar las actividades de influencia por parte de los regulados, ya que el ejercicio cotidiano de relacionamiento entre autoridades que ejercen intervención y los sujetos regulados mediante los diferentes trámites administrativos (ejercicio de inspección o vigilancia, entre otros), incentiva una mayor cercanía de los funcionarios con los regulados (Guerrero Orozco, 2000, p. 336). No obstante, el debido ejercicio de la administración pública busca que los tramites y demás funciones que son ejecutados por las diferentes autoridades, perpetúen sus actividades a través del tiempo a fin de mantener un orden justo.

Desde esta perspectiva, el aspecto temporal podría dejar de ser el eje de problemático si los sujetos son alejados del regulador. Sin embargo, dicho escenario es inviable de ser ejecutado para prevenir las prácticas de captura, a causa de que un Estado democrático busca promover la participación y cercanía de la ciudadanía y, en especial, de los grupos de interés que se pueden ver afectados por sus decisiones.

2.4 Los sujetos regulados

La existencia de grupos de interés juega un papel importante en la actividad de influencia o captura (*lobby*). Para llevar a cabo dichas gestiones estos grupos incurren en costos,

que, dependiendo de la tipología de sus integrantes y los incentivos para generar beneficios económicos, pueden convertirse en grupos de presión (Azuero, 2018, p. 191). En ese sentido, Posner y Azuero (2018, p. 191), afirman que los grupos de interés se pueden dividir de acuerdo con el nivel de motivación para influenciar al regulador, tomando como referencia la teoría de los carteles (Posner, 1974, p. 345), en los siguientes términos:

- Grupos "privilegiados": Son grupos generalmente pequeños que tienen incentivos en asumir los costos para generar influencia y se convierten en grupos de presión, ya que tienen capacidad de organizarse y actuar por sus intereses, esta expresión es también apoyada porque los costos de organización y colusión pueden llegar a ser inferiores en grupos pequeños. Hellman y Kaufman (2001, p. 34), explican los factores políticos que pueden propiciar la generación de estos grupos, a saber:
    - Países débiles que en principio no tenían la capacidad de proveer o asegurar la totalidad de necesidades básicas, así como un entorno empresarial con firmas y empresas robustas que pueden abarcar dichas necesidades, quienes acuden a mecanismos de captura para poder abarcar más rentas, con el fin de asegurar los derechos de propiedad y ventajas competitivas dadas por el marco normativo.
    - En los países con altos índices de captura, este aspecto se puede profundizar por la presencia de inversión extranjera, mediante la compra de participaciones de empresas nacionales o la constitución de sucursales de casas matrices.
    - En una economía con una deficiente capacidad institucional para dar frente a las actividades de influencia, se suele apreciar más las conexiones o influencias que la innovación.
- Grupos latentes: Son grupos grandes, que no tienen incentivos para asumir los costos derivados de la influencia, están interesados en adquirir rentas sin contribuir a su financiación, generando la figura del *Free Rider*[27]. Estos grupos buscan

[27] Una explicación de esta figura se puede encontrar en una lectura sobre la existencia de bienes públicos la cual se puede consultar en el siguiente enlace: https://www.liberalismo.org/articulo/364/12/bienes/publicos/fallo/mercado/coartada/

maximizar su beneficio a ningún costo, requiriendo incentivos para la producción o prestación de bienes y servicios.

La diferencia de estos grupos se genera por la existencia de incentivos para la prestación de bienes o servicios, la cantidad de integrantes que pueden agrupar y los costos que estarían dispuestos a asumir en actividades de influencia. Aunque, dichos grupos buscan de manera activa o pasiva la obtención de rentas.

2.5 Riesgos de captura en el contexto colombiano

Los factores jurídicos que propician los escenarios de captura en Colombia se manifiestan en las atribuciones otorgadas por la constitución al ejecutivo en materia económica (Perez Salazar, 2007, p. 812), a causa de la amplia facultad reglamentaria que este ostenta (Eslava & Meléndez, 2010). En dicho contexto, si una ley regula de manera amplia la materia objeto de regulación, los reglamentos del ejecutivo toman un papel subsidiario. Caso contrario pasa, cuando una ley se convierte en el marco generalizado de intervención, a causa de que las facultades del ejecutivo tienden a protagonizar el escenario regulatorio. En ese orden de ideas, la facultad reglamentaria del ejecutivo sobre estas regulaciones es mayormente discrecional cuanto menos extensa y general sea la ley (Sánchez Torres, 1998, p. 213). Conforme el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, aun siendo una facultad discrecional, esta decisión debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa, por cuanto no puede sobrepasar la naturaleza del Estado Social del derecho, sus fines y en especial la preservación de un orden justo.

Uno de los primeros antecedentes que evidencian la existencia de un escenario para la búsqueda de rentas, corresponde a un instrumento normativo que a simple vista tiene un propósito totalmente distinto. El artículo 1 de la Ley 155 de 1959 estableció la prohibición de suscribir acuerdos restrictivos de la competencia a nivel nacional. Sin embargo, el parágrafo de dicha norma contiene una excepción, en el sentido de que el gobierno puede autorizar estas prácticas siempre y cuando, su propósito sea mantener la estabilidad de un sector determinado en la economía. Es así como, mediante el Decreto 1302 de 1964 se

reglamentó dicha autorización a un gran cumulo de actividades[28], que de cierta manera dejaría sin ejecución el objetivo inicial de la Ley 155 de 1959.

Si bien, en el marco de la actual administración pública existe una entidad encargada de vigilar actividades anticompetitivas como la Superintendencia de Industria y Comercio, con facultades tanto administrativas para imponer sanciones, como judiciales para dirimir conflictos en esta materia. Dicha instancia tiene el riesgo de comprometer su reputada independencia en esta materia, en virtud de que el mecanismo de elección del superintendente no es totalmente autónomo, en consideración a que es un empleado de libre nombramiento y remoción, elegido por el presidente de la república, lo cual implica que su grado autonomía sea reducido (OCDE, 2009, p. 66). Esta situación es preocupante en el sentido de poner de manifiesto que la única autoridad con el conocimiento técnico necesario y la facultad para sancionar o controlar desde el gobierno nacional prácticas anticompetitivas, este en riesgo de comprometer su objetividad, por la influencia que se pueda causar desde el gobierno nacional.

Respecto de los grupos de interés, en un estudio realizado sobre el comportamiento de los Gremios en Colombia, Rodrigo Lozada Lora (2000), estableció que la influencia que los grupos de presión ejercen en las esferas políticas se realiza mediante mecanismos formales e informales. Los primeros son espacios otorgados por la institucionalidad para la toma de decisiones, por ejemplo, el Consejo Nacional de Acreditación, el Consejo Directivo del SENA, entre otros. Mientras que los mecanismos informales corresponden a vías que no son legitimadas en el ordenamiento legal para la actuación de los gremios en instancias de decisión o consulta, que se da en las comunicaciones directas de estos grupos con las autoridades. De dichos mecanismos, la entrega de informes técnicos sobre aspectos específicos y el *lobby* suelen ser instancias eficaces para influenciar en las instancias de decisión (Eslava & Meléndez, 2010, p. 137).

---

[28] . El proceso de producción y distribución de bienes destinados a satisfacer las necesidades de la alimentación, el vestido, la sanidad y la vivienda de la población colombiana y la producción y distribución de combustibles y la prestación de los servicios bancarios, educativos, de transporte, energía eléctrica, acueducto, telecomunicaciones y seguros.

Retomando el estudio de política regulatoria realizado por la OCDE, se estableció que la independencia en la actividad regulatoria de las autoridades está seriamente comprometida, debido a que estos órganos no tienen una adecuada distancia de la actividad política del ejecutivo, en virtud de la evidente existencia de un fuerte poder ministerial (2014, p. 73). Esta situación es explicada por la forma en que se designan los altos funcionarios encargados de las funciones regulatorias, ya que es el presidente quien ostenta la función nominadora. Así mismo, no existen mecanismos de verificación y consulta en la comunidad general y los grupos de interés, que permitan determinar la forma en que la administración pone en conocimiento de la comunidad las iniciativas regulatorias, los plazos requeridos para la atención de observaciones y la respectiva retroalimentación (2014, pp. 103–104).

Azuero (2018, p. 198) retoma diferentes hechos en el contexto nacional, que han propiciado escenarios favorables para el riesgo de captura:

- La existencia de una alta tasa de tributación con niveles bajo de recaudación respecto a la producción (PIB), que fue ocasionada por un considerable número de exenciones, deducciones, tasas diferenciales y otras manifestaciones de la técnica tributaria sin alguna justificación económica.
- La entrada tardía del servicio de larga distancia internacional en el sector de las telecomunicaciones, cuando en 1992 el gobierno intentó mediante un proyecto de ley eliminar el monopolio existente en dicho sector, por presión de algunos sindicatos, se estancó la materialización de dicha propuesta.
- La oposición del gremio de las notarías a desmontar algunos trámites o documentos con el propósito de obtener rentas (2018, p. 199).
- En la salud, el sistema de seguridad social delega en agentes privados (EPS) la administración de los recursos y el servicio, quienes a su vez delegan en prestadores (IPS) la atención de usuarios. Si bien, el gobierno puede establecer parámetros generales de orden técnico aceptable para la prestación del servicio que son emitidos por autoridades de orden político (gobierno nacional), actualmente no hay una comisión de regulación independiente que permita desarrollar en un objetivo mecanismo técnico de regulación el mismo (Giraldo, 2018, p. 214).

2.6 Soluciones al riesgo de captura

La captura regulatoria es un riesgo latente en los esquemas de intervención estatal, que requiere de mecanismos generalizados a través de políticas, que permitan su mitigación, que cumplan con el propósito general para el cual se instituye las regulaciones. Las acciones de atención son variadas y van desde la implementación de mecanismos democráticos, hasta el diseño institucional establecido para la intervención estatal. Es importante que dichas acciones tengan en cuenta los siguientes enfoques:

- Transparencia: Conforme lo enuncian Hellman y Kaufmann corresponde a la apertura de información en la toma de decisiones de los agentes políticos y divulgación de las interacciones que pueden influir en la toma de decisiones. Sin embargo, dichos autores presentan una crítica a dicho factor en los siguientes términos:

  > "(…) *Pocas veces se dan a conocer los proyectos de ley para solicitar comentarios. El público no tiene acceso a las transcripciones de las deliberaciones. No se conoce la forma en que vota cada legislador. Al mismo tiempo, son muy limitadas las herramientas institucionales que puede utilizar la ciudadanía para acceder a las deliberaciones oficiales. Los partidos políticos son débiles. Las asociaciones sindicales, los grupos de intereses específicos y las organizaciones colectivas carecen de los recursos y de la experiencia para influir en la adopción de políticas* (…)"(2001, p. 34).

  Tampoco hay mecanismos efectivos que permitan divulgar la actuación de los funcionaros responsables y sus dependientes en la toma de dichas decisiones, así como de instrumentos efectivos de divulgación de la información contable o tributaria, tanto de los sujetos regulados, como de dichos funcionarios. Las reglas sobre conflictos de interés son ambiguas, de difícil aplicación y comprensión. Lo cual ocasiona que "(…) *los grupos que se ocupan de vigilar los intereses públicos tienen poca capacidad para fiscalizar los fondos que pasan de las empresas a los políticos* (…)"(2001, p. 34).

- Competencia: es importante intervenir en un escenario en el cual las empresas captoras suelen monopolizar la influencia de los sectores políticos a diferentes

escalas. Generando entornos empresariales favorables para la competencia, la regulación de normas sobre monopolios (o conglomerados económicos) o sobre el libre mercado (Hellman & Kaufmann, 2001, p. 34).

- Se requiere un arreglo institucional y legal que permita establecer reguladores independientes de las decisiones de las autoridades políticas. En este sentido, el ordenamiento legal debe otorgar herramientas de resistencia a los reguladores sobre los intentos de captura por los grupos de interés y las intromisiones políticas. Dichas herramientas recaen en procedimientos claros y estructurados para la toma de decisiones, ajustados a la dinámica de mercado, sin que exista captura cultural, así como mecanismos de control que permitan una adecuada rendición de cuentas a la ciudadanía general y revisión judicial con un alto criterio técnico (OCDE, 2014, pp. 65–66).

- Democracia: toda reglamentación que pueda generar una renta debe ser explicita, publica y discutida democráticamente, propiciando una mayor legitimidad en el esquema de intervención (Giraldo, 2018, p. 214). Esto se logra mediante la implementación de mecanismos permanentes de consulta y validación de los proyectos regulatorios, no únicamente con los sujetos regulados, sino con los consumidores, sector académicos y población en general (OCDE, 2014, p. 71)

La implementación de dichas medidas requiere de incentivos para la articulación de sectores que pueden estar interesados en la disminución de acciones de captura (sector empresarial que no utiliza prácticas de captura, ligas de consumidores, sindicatos, ONG, sector académico, etc.) (Hellman & Kaufmann, 2001, p. 34). Para implementar una estrategia que atienda a los factores enunciados, Hellman y Kaufmann (2001, p. 34) proponen algunas herramientas de intervención en los siguientes frentes: los mecanismos de información, tomas de decisiones, incentivos económicos de los sectores económicos más poderosos o de la inversión extranjera, así como realizar estudios sobre la capacidad de la estructura gubernamental para afrontar dichas prácticas.

Una herramienta que mitiga los riesgos derivados de la captura regulatoria es la abogacía de la competencia, que conforme el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, establece en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad de rendir concepto sobre los proyectos de regulación que puedan tener incidencia en la libre competencia del mercado.

Si bien, dicho concepto no es vinculante para las autoridades regulatorias les impone la carga de estructurar una justificación dirigida al gobierno nacional, sobre la no atención de las recomendaciones realizadas por la SIC.

Conforme el documento Conpes 3816, la practica internacional sugiere que, para propiciar un adecuado escenario regulatorio, es importante la creación de un mecanismo de alto nivel en la estructura del Estado, con libertad e independencia de la influencia política y grupos de presión (Departamento Nacional de Planeación, 2014, p. 10). De acuerdo con las diferentes estrategias trazadas en dicho documento, las recomendaciones realizadas por la OCDE y un estudio llevado a cabo por el DNP, se resaltó que la estructura institucional de algunas comisiones reguladoras de agua, comunicaciones, transporte terrestre, energía y gas permiten desarrollar más atributos relativos a la independencia que las superintendencias, en razón a la forma en que son elegidos sus dignatarios (Padilla Berrío et al., 2022, p. 5). La OCDE (2017) ha establecido una serie de recomendaciones que pueden tomar los Estados a fin de establecer una mayor independencia institucional de los reguladores, a saber:

- Las disposiciones legislativas del regulador deben ser claras, respecto del alcance la misionalidad, funciones y formas de interactuar de los reguladores con el público en general y otras autoridades. Es inevitable que el regulador tenga relaciones con otras entidades y su interacción es favorable desde la sensibilización y los mecanismos para promover incentivos en el mercado que impulsen el bienestar general.
- Los reguladores deben mantener una comunicación fluida en dos direcciones. En primer lugar, son los responsables de informar su perspectiva del mercado, así como socializar y procurar constante dialogo sobre los proyectos regulatorios. Por otra parte, debe establecer un mecanismo eficaz de atención al ciudadano a fin de recibir retroalimentación sobre su gestión. Resulta importante diseñar, dentro de las políticas de integridad un código de ética para dar tratamiento al cabildeo o lobby.
- Se deben establecer herramientas necesarias para implementar una mayor independencia financiera, que le permita comunicar las necesidades de

presupuesto ante el legislador para la gestión de sus recursos, sin depender de las entidades políticas, evitando incentivos que promuevan la presión política.

- Es importante garantizar la independencia de los funcionarios directivos a fin de dotarles de herramientas jurídicas para resistir las presiones políticas. Las cuales se pueden implementar en la etapa de selección e incorporación, estableciendo mecanismos técnicos y meritocráticos para su nombramiento. Así como, reglas claras sobre conflicto de interés en la toma de decisiones.
- La planta de personal es un factor determinante para resistir a la influencia del sector político y los grupos de interés. El personal debe apoyar el funcionamiento y misionalidad con un adecuado rigor técnico, que permita una fluida toma de decisiones. Aspectos como una escala salarial independiente, programa de incentivos, mecanismos meritocráticos y técnicos de selección, así como controles en la vinculación y desvinculación y una cultura organizacional orientada a la independencia, evitan una indebida influencia en los eslabones medios e inferiores de su estructura organizacional.

Factores democráticos, culturales, técnicos e institucionales, son indispensables para prevenir el riesgo de captura, bajo esta perspectiva es importante que estos sean adecuados a la dinámica de los mercados que se pretenden intervenir mediante la regulación, por lo que no existen fórmulas univocas que permitan eliminar este riesgo de manera categórica. La forma en que es concebida la educación superior en el ordenamiento legal vigente, el mercado que abarca y las dinámicas institucionales, son factores que servirán de insumo para establecer los escenarios de riesgo y las medidas que se pueden implementar para mitigar las actividades de influencia.

3. Concepto de la educación superior

Realizar un adecuado acercamiento al concepto de educación, permite establecer los elementos que se deben tener en cuenta para estructurar el escenario institucional, el esquema de intervención y en especial las regulaciones para el sector educativo. Bajo esta premisa se realizará una exposición de los principales elementos que se contemplan en el modelo de Estado para la educación superior y así conocer los alcances políticos y jurídicos que se deben tener en cuenta para desarrollar regulaciones adecuadas al sector y prevenir su captura.

3.1 Aspectos relevantes desde el Estado Social de Derecho

El concepto de Estado Social de Derecho ha sido concebido como un modelo que incentiva la igualdad y libertades tanto formales como materiales[29]. Rodolfo Arango argumenta que dicha forma es la única aceptable hoy en día para el cumplimiento de los derechos y la satisfacción de las necesidades de la población, porque es el mecanismo eficaz y legítimo que sirve para la transición del modelo jurídico de Estado cerrado a uno abierto que contempla sistemas legales trasnacionales (2004a, p. 66). Toda vez que en la actualidad la figura tradicional del Estado se ha desconfigurado por las diferentes manifestaciones adversas atribuidas a la globalización, que desbordan lo nacional y desafían la capacidad de respuesta del Estado, tales como el hambre, la pobreza mundial, entre otros[30].

---

[29] John Rawls afirma que los supuestos básicos de la justicia se basan, además del reconocimiento de la igualdad formal y las libertades individuales, en la afirmación de la igualdad de oportunidades y que únicamente, un escenario de desigualdad es admisible, cuando quienes se benefician de este, pueden retribuir un bienestar general (Rawls, 1995, p. 31).

[30] La concepción de humanidad que se puede enmarcar en un Estado Social de Derecho no se limita a mantener las condiciones biológicas de existencia o subsistencia, mediante mecanismos punitivos para sancionar delitos como el homicidio, sino que este concepto debe ser comprendido en un ámbito más amplio al de la propia subsistencia, para lo cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos define la vida humana desde la dignidad, donde el Estado establece medidas positivas para asegurar que no sea violado, mediante el reconocimiento del carácter indivisible de los derechos civiles y políticos con los económicos, sociales y culturales (Corte IDH, 2001).

La función del Estado Social de Derecho no responde simplemente a un mecanismo de justicia distributiva que establece un prototipo de asignación de cargas y recursos por parte del aparato Estatal, suponiendo un escenario de igualdad de oportunidades entre los asociados (Arango, 2004a, p. 70). Previo a la aplicación de los mecanismos de justicia distributiva se debe aplicar un método de compensación para poder equilibrar las cargas existentes entre los diversos asociados(Arango, 2004a, p. 71). En ese sentido, el Estado Social de Derecho debe asumir la existencia de serias diferencias en la forma de acceder a oportunidades, dado que se presentan carencias de orden social y económico en todos los niveles de la sociedad, incentivan la implementación de medidas de orden material para ser equilibradas (por ejemplo, salud, alimentación, educación, etc.) (Sen, 2000, p. 2). Por cuanto el elemento característico de esta forma de Estado, son los mecanismos de compensación[31].

Estos elementos permiten dar cabida a los derechos sociales y las garantías, visto que son los instrumentos que permiten compensar las diferencias existentes entre los asociados, con el propósito de aplicar de manera adecuada las garantías de orden individual en igualdad de condiciones[32]. Sobre lo anterior, se debe destacar que la existencia del Estado Social de Derecho en Colombia comprende la presencia de tres circunstancias básicas a saber (Arango, 2004a, pp. 79–86):

- Resistencia Constitucional: está comprendida como la manifestación de mecanismos de compensación por la existencia de desigualdades materiales. Un ejemplo de este atributo son las sentencias donde se reconoce el mínimo vital, huelga por solidaridad, entre otros.

- Democratización mediante participación: es la posibilidad del autorreconocimiento del pueblo respecto de la existencia de derechos y garantías, junto con la capacidad de los diferentes grupos para reclamar la debida aplicación de las garantías.

---

[31] En un Estado de Derecho si bien existe el mecanismo de distribución (igualdad formal) no se tienen en cuenta las formas existentes de compensación (igualdad material).

[32] El reconocimiento de la vida humana desde la perspectiva de los derechos no se da mediante la protección y aplicación de las garantías individuales, sino que se requieren de los mencionados mecanismos de compensación, para que esta sea efectiva. Es decir, no se puede confundir el derecho a la vida como un hecho material o el concepto de subsistencia que se da con la garantía y protección de un hecho biológico, respecto del concepto de dignidad, el cual asume la calidad como un factor fundamental para la vida

- Control de Políticas Públicas: la existencia de Tribunales Constitucionales que permitan mediante actividades de decisionismo judicial configurar la existencia de "meta-derechos", que se convierten en la garantía que tienen los sujetos de derecho de exigir los mecanismos y políticas para su implementación real. Por ejemplo, la Corte Constitucional mediante las diferentes líneas jurisprudenciales ha establecido líneas argumentativas en las cuales se dirimen conflictos en la aplicación de derechos fundamentales o en el reconocimiento de derechos por las mismas vías, como mínimo vital.

Arango (2004a, p. 86) sostiene que estos son los pilares básicos para propiciar un escenario de legitimidad, en los Estados en los cuales existe una evidente situación de crisis de desigualdad material. Bajo esta perspectiva, los mecanismos de compensación finalmente corresponden al reconocimiento y materialización de los derechos sociales, toda vez que su existencia permite equilibrar las situaciones de desigualdad material.

No obstante, existe la posibilidad de que estos factores entren en conflicto cuando el reconocimiento de garantías a través de la resistencia constitucional puede ser limitado por las instancias democráticas encargadas de la creación de políticas públicas[33], generando una tensión existente entre los derechos reconocidos y la democracia, puesto que los primeros permiten asegurar espacios de protección para grupos y personas, frente a la voluntad mayoritaria[34].

---

[33] Un ejemplo de dicho conflicto es el reconocimiento que se le dio a la salud como derecho fundamental, pues la Constitución (siendo un instrumento democrático) en principio, concebía a la salud como derecho social y por los desarrollos realizados por parte de la Corte Constitucional y la aplicación del instrumento de conexidad (mecanismo de resistencia constitucional) se le dio la categoría de fundamental, puesto que mediante una adecuada instrumentalización del derecho a la salud es posible proteger un bien jurídico superior como la vida (Gañán Echavarría, 2013, p. 11).

[34] Una manifestación más clara de la mencionada tensión, se da con la conocida "dificultad contra mayoritaria" de los tribunales constitucionales, según la cual, estos tribunales al momento de garantizar, reconocer derechos y controlar políticas establecidas, son sujetos de falta de legitimidad de su acción, ya que pueden entrometerse en las funciones del legislador, a pesar de no ser órganos elegidos mediante mecanismos democráticos que permitan plasmar la voluntad de las mayorías (Rodriguez Peñaranda, s/f, p. 11).

La adecuada proporción entre la delimitación de la acción política y judicial en el reconocimiento de derechos, suele ser la prueba de fuego para la definición de la eficacia material del Estado Social de Derecho (Arango, 2004b, p. 114), toda vez que dichas instancias son las que permiten medir los mecanismos de compensación, a través de políticas y regulaciones, pero son eslabones que tienen el potencial de poner en duda la legitimidad del equilibrio de poderes. Rodolfo Arango ha establecido una formula mediante la cual se puede resolver las circunstancias que dan lugar a la tensión existente entre los mecanismos de resistencia, participación y control, enunciados en párrafos anteriores. Esta solución se estructura mediante la afirmación de dos supuestos a saber:

- Hay una situación generalizada donde las teorías ordinariamente aceptadas son insuficientes para dar una explicación completa de la forma en que se deberían conceptualizar los derechos. En primer lugar, algunas son generalmente estructuradas para sociedades bien ordenadas y con importantes niveles de desarrollo (Arango, 2004b, p. 116), en las cuales el problema de desigualdad no es importante al momento de aplicar las garantías establecidas en el ordenamiento legal. Por otra parte, no hay un adecuado desarrollo de las teorías existentes, para caracterizar los derechos, en virtud de que presentan una propuesta insuficiente a la estructura del Estado Social de Derecho, porque algunas suelen dar relevancia al concepto de libertad (Habermas y Rawls) y otras a deberes correlativos (Hart) (Arango, 2004b, p. 117). Por tal motivo, dichas teorías han afirmado que los únicos derechos que pueden tener una verdadera eficacia judicial son los fundamentales, en vista de que son anteriores a la existencia del Estado y propios de la naturaleza humana, que exigen de las autoridades un deber correlativo de protección; en consecuencia, los derechos sociales suelen ser relativizados por su indeterminación material y alto costo (2004b, p. 117).

  Rodolfo Arango sostiene que los derechos fundamentales pueden ser reconocidos en igualdad de condiciones para los asociados, si se garantizan unos adecuados escenarios que propicien su goce, mediante la integración de los derechos sociales. Por otra parte, el aspecto problemático del carácter prestacional de los derechos sociales puede ser resuelto, mediante adecuaciones a la estructura institucional del

Estado [35].Esto permitiría la ejecución de acciones afirmativas y la prestación de servicios públicos, que propicien la materialidad de los derechos, con acciones tales como los traslados presupuestales, ajuste en la estructuración planes y proyectos, entre otros.

- Se puede establecer la aplicación de los derechos desde una perspectiva *consecuencialista*, que puede ser definida como una revisión de las medidas faltantes a una situación que ponga en riesgo la aplicación de los derechos[36], es decir, si su materialización no es efectiva, es porque hay acciones pendientes de ser aplicadas por alguna autoridad o integrante de la sociedad responsable de la situación de riesgo*,* en consideración de que para que sea protegido requiere ser materializado[37]. De lo anterior, se puede concluir que esta visión acude a un criterio de eficacia en aplicación de medidas efectivas para la materialización de los derechos.

El problema de la objetividad puede ser resuelto con la asunción de la existencia de decisiones políticas y jurídicas. Mientras las primeras se basan en una consideración subjetiva de las mayorías, las segundas son juicios objetivos basados en parámetros establecidos por el ordenamiento legal vigente para el reconocimiento de derechos o situaciones jurídicamente relevantes (Arango, 2004b, p. 123). No obstante, se ha presentado la polémica de una eventual confusión de las decisiones jurídicas con las políticas, ya que los jueces, pueden estar tomando decisiones de orden jurídico en otras de orden político en la actividad jurisdiccional. La aplicación de una teoría cognoscitiva[38] puede ser útil, porque le

---

[35] A través de la creación, distribución de cargas y funciones a las autoridades y sociedad general, mediante la figura de descentralización por colaboración (2004b, p. 118).

[36] Rodolfo Arango propone una definición genérica suficiente para los derechos fundamentales y sociales, según la cual "(…) *Un derecho subjetivo es una posición normativa basada en razones válidas y suficientes cuyo no reconocimiento injustificado amenaza causar un daño inminente a su titular (…)"* (Arango, 2015, p. 184)

[37] Esta visión puede ser aplicada mediante la siguiente proposición "*¿Qué pasa si este derecho no es amparado en X circunstancia?*",

[38] En la cual el operador judicial, al momento de la toma de decisiones, deba aplicar un juicio de orden consecuencialista con el fin de establecer medidas de protección de derechos y garantías sociales o la corrección de circunstancias de carácter objetivo (Arango, 2004b, p. 126).

permite al operador judicial, desde un análisis *consecuencialista*, determinar las medidas materiales para procurar la protección las garantías por parte de alguna autoridad o particular sin extralimitarse al ámbito político[39]. En ese sentido, Es admisible el reconocimiento de los derechos sociales, sin que este ejercicio permita una violación a la estructura democrática del Estado, toda vez que la aplicación del método cognoscitivo, en el cual se implemente una lógica *consecuencialista*, es viable para la solución de la tensión mencionada, permitiéndole al operador judicial reestablecer una situación objetiva de violación de derechos o carencia de garantías legalmente establecidas.

Otro de los parámetros que permiten al juez el reconocimiento de derechos sociales, en el marco de su legitimidad, consiste en la aplicación del concepto de urgencia para la toma de decisiones. En este caso, se asume el concepto de la situación límite como un parámetro de protección y afirmación de los derechos[40]

Bajo estas premisas, el propósito del Estado Social de Derecho está enfocado en la implementación de medidas políticas y judiciales para la protección de los derechos a través de mecanismos compensatorios, sin que se afecten los elementos prioritarios del mismo, tales como la división de poderes o el componente democrático (Alzate, 2018). De esta forma, las vías judiciales sirven de mecanismo de control jurídico para que dichas medidas respondan formal y materialmente a los propósitos y medidas trazadas por el legislador o el constituyente

[39] Desde esta perspectiva, si un juez de tutela tiene bajo su estudio la protección de la vida de una persona, debe revisar que dicho peligro se debe a una indebida o carente prestación del servicio una autoridad o particular que tenga a su cargo el cuidado de esa persona, pero no puede verificar que el sistema o las políticas de salud sean las adecuadas para la prestación de un servicio a todos los asociados, pues la aplicación del mecanismo judicial en el presente caso tiene efectos inter partes y sus efectos deben encaminarse a establecer medidas urgentes y efectivas para solucionar el problema en específico.

[40] El ejemplo de la acción de tutela es un mecanismo de protección ante situaciones límite que requieren una atención prioritaria (2004b, p. 127). Lo cual, permitiría afirmar que de manera general el juez no debería proferir una decisión con efectos erga omnes en una situación en la cual los afectados están debidamente identificados y cuyos efectos deberían ser Inter partes, sin que fuera admisible implementar medidas más allá del restablecimiento de un derecho que generen un privilegio injustificado.

En ese orden de idea, la emisión de un ordenamiento legal no es siempre la solución definitiva a todas las circunstancias de desigualdad social, debido a que algunas pueden desbordar el ámbito de las autoridades nacionales, que ha conllevado a relativizar el concepto del Estado- Nación (Arango, 2004c, p. 149). Por tal motivo, el texto constitucional es concebido como un instrumento de transición y sinergia[41], para modelos que en un futuro puedan atender de manera más efectiva las problemáticas que se generan por circunstancias propias de la globalización como la desigualdad material (hambre, dificultades de acceso a la educación, falta de oportunidades laborales o de empleo digno, entre otros). Esto se debe a que la Constitución es una herramienta que reconoce instrumentos de orden internacional que se integran al mismo y es un mecanismo de reconocimiento constitucional por parte de instancias democráticas, mediante el trámite de ratificación de tratados internacionales, realizado por el congreso, como una actividad propia de la democracia representativa

Otro aspecto relevante, es la relación entre los derechos y el modelo económico establecido por la constitución, toda vez la implementación de los derechos, acarrea la generación de impactos fiscales. Los autores Rodrigo Uprimmy y Cesar Augusto Rodríguez, establecen algunas variables para medir el impacto fiscal que conlleva la aplicación de los derechos a saber: el grado de apertura de la Constitución (Constituciones que institucionalizan un modelo económico determinado o Constituciones que reconocen cambios en el modelo económico) y los derechos reconocidos en el documento constitucional (derechos económicos liberales o derechos prestacionales). Esto ha permitido afirmar que la Constitución Colombiana ha sido concebida en los siguientes términos:

> "(*…) es una Constitución normativa y valorativa de constitucionalismo social, en la medida en que no sólo reconoce derechos liberales, sino también reconoce derechos sociales y les da fuerza normativa; y es una Constitución*

[41] El escenario actual no es propicio para la implementación de modelos Constitucionales y tribunales de alcance mundial o por lo menos internacional, que puedan proteger sistemáticamente situaciones que requieran medidas de compensación (Arango, 2004a, pp. 186–187), a causa de que no existen mecanismos legítimamente coercitivos que permitan su aplicación.

> *abierta porque admite políticas económicas muy diversas para alcanzar esos derechos sociales (…)"* (2005, p. 29).

El Estado Social de Derecho para propiciar un adecuado proceso de materialización de los derechos, requiere una relación sinérgica entres los aspectos sustanciales y procedimentales establecidos en la Constitución Política, lo que conlleva que los derechos consagrados en la Constitución deban permear el ordenamiento legal vigente y su proceso de creación. En otras palabras, el texto constitucional establece una asignación de derechos, garantías y una delimitación de su alcance de manera sistemática, en su parte dogmática, así como los mecanismos institucionales para lograr su concreción y protección (facultades de las ramas del poder público) y las figuras intermedias la forma en que estos derechos se van a materializar (constitucionalización de los servicios públicos, marco fiscal de mediano plazo, entre otros) en su parte orgánica.

3.2 La Educación como Derecho y Servicio

Émile Durkheim, citado por Pereira y Marialice, establece una definición relevante de educación de cara a los postulados del Estado Social de Derecho y su carácter compensatorio, según la cual:

> "*El fin de la educación es desarrollar en cada individuo toda la perfección de que sea susceptible; la perfección está asociada con el desenvolvimiento armónico de todas las facultades humanas (…) La educación desde el punto de vista utilitario es hacer del individuo un instrumento de felicidad para sí para sus semejantes (…)"* (1970, p. 28).

Como se puede inferir, la educación es un mecanismo de desarrollo de la dignidad humana, visto que supera el concepto de la subsistencia concebida como una posibilidad de perfeccionamiento del ser humano. Dicha definición no es indiferente a la conceptualización planteada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) en su artículo 26 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966) en el artículo 13, que afirman su carácter de derecho humano y mecanismo propiciador de la dignidad humana, que impulsa la materialización de otros derechos. Así

mismo, establece que su prestación debe ser obligatoria por lo menos en el nivel elemental[42] y su acceso en los niveles superiores debe ser generalizado.

Este concepto no es indiferente a la perspectiva del Estado Social de Derecho, ya que la garantía de la educación permite equilibrar las circunstancias de desigualdad social presentes, no solo como un instrumento de cualificación laboral, sino como una forma de desarrollar el concepto de la dignidad humana. La Corte Constitucional la define en los siguientes términos:

> "(…) *esta Corporación le ha reconocido a la educación el carácter de derecho fundamental, en cuanto constituye el medio idóneo para acceder en forma permanente al conocimiento y alcanzar el desarrollo y perfeccionamiento del ser humano. Se trata, en realidad, de un derecho inalienable y consustancial al hombre que contribuye decididamente a la ejecución del principio de igualdad material contenido en el preámbulo y los artículos 5° y 13 Superiores, pues en la medida en que la persona tenga igualdad de posibilidades educativas, tendrá igualdad de oportunidades en la vida para efectos de su realización como persona" (…)*" (Corte Constitucional de Colombia, 1999)

Aun cuando la educación no sea reconocida como un derecho fundamental, la existencia de necesidades sociales insatisfechas que ponen a prueba la materialización de la dignidad humana ha permitido el reconocimiento de este derecho como fundamental, ya sea por la presencia de un daño inminente o su conexidad con otros derechos. Los apartes constitucionales que desarrollan su carácter de derecho se dan en los siguientes artículos:

---

[42] La ONU en el año 2000 estableció una cumbre de 189 estados en los cuales se establecieron 8 objetivos de desarrollo cuyo objetivo era ser realizados máximo en el año 2015, a la fecha muchos de estos objetivos total o parcialmente no han tenido un total cumplimiento. De acuerdo con los instrumentos internacionales, es importante señalar que el segundo objetivo se centra en lograr la enseñanza primaria universal. Para mayor información la información de este y otros objetivos pueden ser consultados en las siguientes páginas: https://www1.undp.org/content/undp/es/home/sdgoverview/mdg_goals/ https://www.cepal.org/es/temas/objetivos-de-desarrollo-del-milenio-odm/objetivos-desarrollo-milenio.

- El artículo 27 señala a la educación como un derecho fundamental bajo la modalidad de libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y catedra. Se establece un mecanismo de justicia distributiva porque se habla del concepto de educación como una libertad a la cual todos pueden tener acceso.
- El artículo 67 desarrolla un aspecto compensatorio, desde la perspectiva de su acceso y su propósito, así como la función social de la misma (respeto de los derechos humanos, paz, protección del ambiente, etc.), enuncia que los responsables del derecho es el Estado, la sociedad y la familia.
- El artículo 68 desarrolla otro aspecto compensatorio, que establece atribuciones en diferentes actores de la sociedad (familia, estado, sociedad, etc.), como el respeto de la identidad cultural a grupos étnicos, la erradicación del analfabetismo y las obligaciones especiales del Estado sobre personas con limitaciones.
- El artículo 366 señala que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida son finalidades sociales del Estado, colocando en su cabeza el propósito de solucionar las necesidades insatisfechas, entre otras, la educación, como una prioridad dentro de los planes de desarrollo y el presupuesto nacional.

Así mismo, el ordenamiento legal vigente le ha dado también la connotación de servicio, la Corte Constitucional ha extraído esta idea en los siguientes términos:

> "(…) *la Constitución reconoce en la educación una doble condición de derecho y de servicio público que busca garantizar el acceso de los ciudadanos al conocimiento, a la ciencia y a los demás bienes y valores culturales. (…) . En cuanto a servicio público, la educación exige del Estado unas actuaciones concretas, relacionadas con la garantía de su prestación eficiente y continua a todos los habitantes del territorio nacional, en cumplimiento de los principios de universalidad, solidaridad y redistribución de los recursos en la población económicamente vulnerable (…)*" (2013).

Su reconocimiento como servicio de responsabilidad en cabeza del Estado, la sociedad y la familia, ha sido desarrollado en el texto constitucional conforme las siguientes disposiciones relevantes:

- Es una obligación en cabeza de los empleadores ofrecer formación a los trabajadores (art.54). Así como una obligación del Estado promover su acceso progresivo, para el mejoramiento de la calidad de vida (art. 64).
- Es un servicio público que puede ser prestado de manera directa por el Estado o los particulares, que se encuentra regulado y sujeto a la inspección y vigilancia del ejecutivo (arts. 67,68 y 365). De dicho servicio se desprende una relación de consumo, sujeta al control del Estado (art. 78)
- La autonomía universitaria es un atributo de la educación superior que establece límites a la intervención del Estado.

En virtud de su condición de servicio público, requiere de una intervención especial del Estado, que se manifiesta de la siguiente manera:

- La intervención general producida por la existencia de una relación de consumo conforme el artículo 78 de la constitución y el desarrollo enunciado por la Ley 1480 de 2011, en la cual se establece una instancia de reclamación directa al prestador del servicio y acciones de corte judicial como las acciones populares (de la cual conocen los jueces civiles o administrativos), la acción de responsabilidad por daños por producto defectuoso en cabeza de la jurisdicción ordinaria y la acción de protección al consumidor también en cabeza de la misma jurisdicción (Salazar Gaviria, 2019, pp. 35–36)[43].

- Un esquema de intervención específica, determinada por dos componentes generales: el de regulación y el de inspección y vigilancia. Para el caso de la educación básica, secundaria, vocacional y la educación para el trabajo y desarrollo humano los aspectos relativos a la intervención son desarrollados por un mecanismo de cooperación armónica entre el gobierno nacional y los entes territoriales departamentales y municipales. Para el caso de las instituciones de educación superior, el único competente es el gobierno nacional.

[43] Para este caso la competencia la tienen los jueces civiles o la Superintendencia de Industria y Comercio en el marco de sus funciones jurisdiccionales.

En ese sentido, la educación también es concebida como un servicio que comporta la existencia de una relación contractual de consumo entre los prestadores con capacidad administrativa, financiera, y conocimiento sumamente especializado (Echavarría Arboleda, 2016), y los destinatarios finales del servicio (estudiantes) que por su condición de consumidores son el extremo débil (2016). El perfeccionamiento de esta relación de consumo se configura con la matricula del estudiante (artículo 95 de la Ley 115 de 1994 y artículo 107 de la Ley 30 de 1992). Las condiciones del contrato son establecidas en una proforma que no se negocia, sino que es aceptada o rechazada por el estudiante o su representante legal (para el caso de los menores de edad), que lo vinculan a los reglamentos y disposiciones establecidas en el marco de autonomía universitaria.

La dualidad de la educación no es una contradicción, sino que es una relación complementaria, porque su materialización no es efectiva únicamente con el reconocimiento de derechos y unas garantías específicas. Las acciones afirmativas del Estado a través de la intervención son mecanismos para hacer efectivas dichas garantías. Aunque, esta relación puede presentar tensiones, toda vez que al ser un servicio público que requiere de una contraprestación económica, su universalidad puede estar comprometida, ya que no todas las personas estarían con la capacidad económica para disfrutar de la educación como derecho o que el Estado pueda tener los recursos para garantizar su prestación.

Desde el punto de vista de su desarrollo legal, es importante precisar que el Congreso es la instancia funcional que establece las pautas generales para la prestación del servicio en los términos de los numerales 8, 21 y 23 del artículo 150 de la Constitución, en su deber de establecer parámetros de inspección y vigilancia, normas en materia de intervención económica y el ejercicio de los servicios públicos. En ese sentido, La educación se rige de manera principal por las siguientes leyes:

- Ley 30 de 1992: Establece el marco general de la educación superior.
- Ley 115 de 1994: Organiza la educación en los niveles preescolares, básicos, media y no formal.
- Ley 715 de 2001: Establece facultades a los entes de territoriales para realizar inspección y vigilancia a los servicios educativos desarrollados en la Ley 115 de 1994.

- Ley 749 de 2002: organiza el servicio público de la educación superior en las modalidades de formación técnica profesional y tecnológica.
- Ley 1740 de 2014: Determina directrices de inspección y vigilancia a la educación superior.
- Ley 1188 de 2008: Por la cual se regula el registro calificado de programas de educación superior y se dictan otras disposiciones.

Hay una discriminación de la normatividad según el nivel de la educación, a causa de que existen elementos que son disimiles entre la educación superior y los demás niveles, pues, en este nivel, la autonomía universitaria, es un factor que cambia de manera radical, los mecanismos de intervención. Si bien, la educación en general busca el desarrollo del ser humano, que es un aspecto común en la lectura de la Ley 115 de 1994 y la Ley 30 de 1992, la pretensión social de cada uno de los niveles es diferente, mientras la educación básica y secundaria establece algunos elementos para el conocimiento del mundo y en menor grado la cualificación de la mano de obra, la educación superior busca la profesionalización de la población y la generación de un alto nivel de conocimiento científico, como mecanismo para el desarrollo social.

Así mismo, conforme se expondrá en los apartes subsiguientes, el ejecutivo, es el sujeto llamado a establecer las condiciones específicas del servicio y quien va a tener un papel protagónico en el esquema de intervención, por autorización expresa del legislador. Las tensiones entre el concepto de la educación como derecho y servicio son factores problemáticos al momento de establecer un adecuado esquema de intervención, toda vez que los sujetos regulados van a buscar en los mecanismos institucionales de fomento y financiación, las vías para acceder a recursos públicos y ubicarse en un lugar privilegiado del mercado.

3.3 La Educación Superior: Importancia y Funcionamiento

A nivel histórico, el papel de la educación superior desde una perspectiva occidental ha tenido progresivos y relevantes cambios. Encuentra su origen en la Edad Media con la necesidad de transferir el conocimiento respecto de un arte u oficio en los gremios, lo que conllevó a las primeras relaciones profesor-alumno en un escenario profesionalizante, que,

en consecuencia, consolidó la enseñanza como un oficio en sí mismo (Ordorika & Lloyd, 2014, p. 127). En efecto, la necesidad de institucionalizar la enseñanza ocasionó que por parte de la iglesia se fundaran las primeras universidades, con una participación mayoritaria de los clérigos (Chuaqui J., 2002). Por otra parte, la necesidad de establecer un mayor grado de autonomía administrativa y académica respecto de las primeras instituciones generó una segunda ola de universidades de corte laico (2014, p. 127), las cuales terminaron sucumbiendo a la influencia del clero, con fines netamente académicos, instancias de administración y gobiernos independientes de sus "patrocinadores", convirtiéndolas en un referente cultural para la época, lo cual es un antecedente que permite divisar la necesidad de independencia y neutralidad requerida para garantizar la antinomia universitaria.

En la América Latina del sigo XVI estas instituciones se encontraron en conflictos continuos con la iglesia y la monarquía, profundizados en la época de la independencia por aspectos relacionados con la autonomía de las universidades y su administración (2014, p. 127). Dentro del escenario histórico del siglo XIX, las concepciones respecto de la profesionalización y la producción científica, conllevaron a una ruptura de la dependencia necesaria de estas instituciones con el clero, requiriendo una mayor intervención de Estado en la prestación del servicio[44], en razón a su carácter neutral, conllevando a que el docente no se limitara únicamente a la enseñanza del conocimiento establecido por la iglesia, sino con una finalidad enfocada en el bienestar general (2002).

Este escenario trajo una nueva concepción de la universidad, como un lugar donde se realizaban actividades investigativas para la generación de conocimiento y los resultados de estas actividades eran socializados con los estudiantes de manera complementaria, lo cual requirió dedicación completa en el ejercicio docente (Chuaqui J., 2002). Esta concepción de la universidad fue un factor fundamental para el desarrollo tecnológico de Alemania en la Segunda Guerra mundial, al permitir que la educación superior también fuera un factor estratégico al momento de incentivar el desarrollo industrial y tecnológico.

En la segunda mitad del siglo XX, surgió la necesidad de que la universidad más que una instancia estratégica que impulsaba el desarrollo económico de las naciones, fuera un

[44] En la época de la Francia Napoleónica se consideraba que "la función de enseñar las nociones que forman al ciudadano es un privilegio del Estado (Chuaqui J., 2002).

espacio para la generación de pensamiento crítico y de consciencia social, una idea que fue acogida en la Universidad Liberal establecida por John Henry Newman (Chuaqui J., 2002) y en la reflexión de los académicos sobre el carácter político de esta en América Latina, promovida principalmente por la creación de movimientos estudiantiles (Ordorika & Lloyd, 2014). Sin embargo, dichos enfoques han venido cediendo ante una visión gerencial y administrativa de la misma.

En el contexto colombiano de la educación superior, ha existido una dinámica histórica muy similar a la descrita. Sin embargo, el desarrollo institucional de la educación superior da cuenta de la existencia de políticas y normas, que exponen una serie de buenas intenciones que resaltan su aspecto humanístico, sin establecer mecanismos para que el ideal de educación sea materializado, lo cual es causa de que se ponga en riesgo la neutralidad de las autoridades en favor de los propósitos rentísticos trazados por el mercado.

Teniendo en cuenta el marco general y el contexto histórico enunciado, es importante resaltar que hay aspectos como la autonomía universitaria, la búsqueda de la profesionalización y/o producción de conocimiento científicos, que diferencian a la educación superior de los demás niveles educativos, así como también existen otros factores comunes con los demás niveles de educación a saber: la estructura del mercado o los intereses postulados en la Carta Política, que fueron explicados en apartes anteriores. La Ley 30 de 1992 establece un marco específico que estructura estas circunstancias y encuadra la educación superior en una amalgama de servicios prestados y encaminados al desarrollo del ser humano, no solo con un carácter profesional, sino un mecanismo para la “emancipación personal”. Ulpiano Ayala Oramas (Ayala Oramas, s/f), en un estudio sobre el mercado de la educación superior coincide en que este servicio cumple unas funciones muy específicas a saber: (i) Genera, crea y transmite conocimiento; (ii) Forma en los niveles profesional, técnico y tecnológico; (iii) Forma en niveles superiores al

segundo nivel de educación[45], sin fines profesionales, ya que algunas IES tiene autorización para ofrecer programas para el trabajo y desarrollo humano.

Lo anterior, fundamenta la idea de que la educación superior, tiene un carácter profundamente compensatorio, reiterado en el artículo 6 de la Ley 30 de 1992, toda vez que no solo prepara al ser humano mediante el suministro de ciertos conocimientos para ser insertado en el mercado laboral, sino que su propósito también consiste en desarrollar y potenciar otros ámbitos de la vida y generar conocimiento para impulsar el desarrollo social.

Aun cuando en líneas anteriores se realizó una descripción somera desde el punto de vista jurídico de la educación en su doble ámbito de derecho/servicio público, la lógica material que se ha dado sobre el mercado existente, la desigualdad social, el concepto de autonomía universitaria, la necesidad de establecer mecanismos jurídicos transnacionales o regionales para atender de manera sistemática las desigualdades, entre otros, han matizado la discusión global sobre su definición. En efecto, de cara al hecho de la globalización, existen dos extremos que pueden definir el ámbito material de la educación superior, en el cual transitan diferentes escenarios que buscan definirla como un bien transable a luz de las dinámicas del mercado o como un servicio monopolizado por el Estado (2019, p. 35)[46].

En virtud de dicha caracterización y desde un punto de vista global, López ha establecido unos escenarios para conceptualizar la educación superior en atención a las dinámicas del mercado y la prospectiva que de la misma puedan tener las políticas nacionales y/o los organismos internacionales (López Segrera, 2019, p. 41). De estos escenarios, se puede concluir que el concepto de educación como bien (o servicio) sea público o privado, puede

---

[45] El consenso general y el sistema educativo colombiano ha establecido tres niveles de educación a saber: Primaria que busca la alfabetización, secundaria busca forma competencia para los niveles superiores y generar habilidades para desempeñarse en sociedad y educación terciaria busca la formación en una profesión o saber técnico. Para más información sobre el funcionamiento del sistema educativo se recomienda consultar: https://www.mineducacion.gov.co/portal/Preescolar-basica-y-media/Sistema-de-educacion-basica-y-media/

[46] López también trae a colación los diferentes escenarios de la educación que se conciben desde la óptica de la OCDE uno en el cual la misma responde a la existencia de redes abiertas, otro en el cual el servicio es prestado por el estado, otro en el cual hay participación del sector público y privado, sin financiamiento del primero por parte del gobierno y uno en el cual es prestado por el sector privado sin mecanismos de intervención “Educación Superior Inc.” (2019, pp. 37–38)

ser cualificado por una serie de variables que, en un escenario de posible neutralidad debe responder a dos factores preponderantes de aplicabilidad. El primero de orden económico, en el cual la educación es concebida como un servicio que busca el desarrollo económico, ya sea que dicha actividad resulte lo suficientemente atractiva para que los privados puedan participar de su prestación o que el Estado no genere ineficiencias presupuestales más allá de las necesarias por el impacto fiscal que pueden conllevar. El Segundo, como un mecanismo para la reducción de las desigualdades, por cuanto se espera que la educación sea accesible a la mayor cantidad de personas y sea prestada en términos de calidad. Por último, que cumpla con el doble objetivo de ser un mecanismo dinamizador de la mano de obra cualificada y del desarrollo integral del ser humano.

López (2019, p. 42) ha propuesto 5 escenarios[47] en los cuales se puede asumir a la globalización en el marco de la educación superior, concluyendo que, para el caso colombiano, no es un bien estrictamente público o privado, puesto que en su prestación hay participación pública y privada. Una situación que conlleva a que dichos agentes requieran del fomento por parte del sector público y como efecto una intervención necesaria del Estado[48].

En el marco de la autonomía universitaria y la globalización, una inadecuada intervención puede generar externalidades negativas, tales como afectaciones en la calidad del servicio prestado que permiten el ingreso al mercado laboral de profesionales o técnicos sin las suficientes bases para afrontar su profesión y oficio o la disminución de la calidad o cantidad de los productos investigativos[49]. Adicionalmente, en esta lógica las autoridades

---

47 Se establecen escenarios en los cuales la lógica de la educación se debe asumir: (1) desde los acuerdos comerciales, (2) como mecanismo para establecer redes institucionales fuera de los acuerdos comerciales, (3) que los acuerdos comerciales específicos de la educación establezcan mecanismos para una sana competencia, entre otros.

48 Dicha intervención se daría por la prestación del servicio público educativo y por la gestión de recursos públicos por parte de entes de control vgr. Contraloría General de la Republica.

49 Sobre este concepto, es importante destacar el verdadero papel de la ciencia en una sociedad globalizada, para lo cual si bien desde el ámbito de la sociología, las ciencias políticas, la economía, entre otros, se han establecido diferentes teorías y posiciones al respecto, se destaca que conforme lo expone Armando Alcántara Santuario, dicho papel tiene dos aristas: una funcional en la cual el propósito consiste en extender el conocimiento certificado, dado que dichos productos son los destinatarios del desarrollo económico e industrial y en efecto, sujetos a la vigilancia e intervención por parte del Estado mediante políticas, regulaciones, fomento y/o cargas tributarias. Por otra parte, la perspectiva no funcionalista explica que la ciencia es un mecanismo de posicionamiento social,

nacionales deben tener en cuenta los diferentes instrumentos internacionales en los cuales se evidencie que la educación superior cumpla y fomente su propósito.

Al respecto, la UNESCO ha suscrito varias declaraciones y documentos relacionados con la educación superior, los más importantes de ellos son la Declaración Mundial Sobre la Educación Superior en el Siglo XXI de 1998 y el *marco de acción prioritaria para el cambio y el desarrollo de la educación superior* (UNESCO, 1998). De dichos instrumentos, es importante resaltar una preocupación por la prestación en términos de calidad y pertinencia a largo plazo, donde los estudiantes y personal docente son sus ejes principales, para lo cual se requiere un aumento en su cobertura y la diversidad en su oferta, así como mecanismos de fomento de la diversidad y de igualdad y métodos pedagógicos innovadores y críticos, con el fin de ser un factor de impulso de la paz, la convivencia y los diferentes valores democráticos (Tünnermann Bernheim, 2010, p. 32).

Uno de los factores fundamentales para la definición de una adecuada prestación del servicio público de educación consiste en la pertinencia, al respecto, si bien es importante fomentar el acceso masivo a la misma conforme a las necesidades de la sociedad, su prestación también debe ser coherente con los objetivos sociales y estatales sobre la educación. El artículo 6 de la convención menciona que la pertinencia debe ser puesta en práctica y evaluada en función de las necesidades sociales en los siguientes frentes:

- La creación de programas académicos debe atender a las necesidades del mercado, para tecnificar la mano de obra y el conocimiento científico a favor de la industria. Se han generado algunas concepciones que conciben la educación superior como un bien transable en el mercado, desfigurando su carácter de bien público[50]. Esta situación es propiciada por los diferentes instrumentos que se han

político y económico, en el cual los científicos no buscan únicamente la generación de nuevo conocimiento, sino dichos objetivos. Por lo anterior, la universidad es sujeta a influencia de intereses "particulares", que difieren del propósito general de la educación. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-26982000000100003

[50] Estas dinámicas ha propiciado la existencia de un mercado del conocimiento en el cual se negocian derechos de propiedad intelectual que se originan de las actividades académicas e investigativas; la apertura a un libre mercado de la educación superior con una fuerte influencia del empresariado y el sector privado; la tecnificación de la mano de obra que da lugar a la rentabilización del conocimiento a través de la formación de "asalariados cognitivos" y la generación de relaciones internacionales con un carácter desigual (Mora Cortés, 2016, p. 33).

suscrito en un ambiente de libre comercio internacional, que dan pauta para la aplicación de figuras legales[51] que no han sido vistas con buenos ojos por parte de la comunidad académica de los países en vía de desarrollo, debido a que se pueden generar dinámicas oportunistas (*free riders*) por parte de prestadores de servicios internacionales al momento de acceder a mecanismos de fomento o financiación por los gobiernos nacionales (Guarga, s/f). Esto puede conllevar a un escenario del mercado contrario al bienestar social o a la destrucción de un ambiente competitivo que permita mejorar las condiciones de calidad, pertinencia y/o coberturas esperadas por los instrumentos de política pública.

- Que sea un mecanismo propulsor de paz, igualdad, alfabetización, mejora del medio ambiente y otros valores que logren fomentar la eliminación de conflictos y el desarrollo de la dignidad humana.

Otro de los conceptos fundamentales es la calidad que puede ser confundida con la pertinencia, Aunque, ostenta una connotación interna del servicio y se define desde los elementos que describen las condiciones de prestación del servicio (calidad de la infraestructura, docentes, cumplimiento de condiciones de los programas académicos, recursos administrativos disponibles, entre otros) (Tünnermann Bernheim, 2010, p. 32). No obstante, no es recomendable que dicho concepto sea visto como un factor totalmente aislado de la pertinencia, en razón a una relación de interdependencia entre estos, según la cual no se puede prestar el servicio público de educación superior sin tener los recursos disponibles, ni establecer parámetros específicos a los cuales enfocar los mismos.

La autonomía es otro elemento fundamental para la educación superior construido históricamente, que basa su importancia en establecer que el acto intelectual o la generación de conocimiento, deben tener un carácter no solo independiente, sino

---

Sobre el particular es importante resaltar que luego de la firma de los instrumentos fomentados por la UNESCO, se han realizado intentos por considerar la educación dentro del mercado de servicios establecidos en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios anexo al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y el MERCOSUR, a través del establecimiento de diferentes modos de comercialización, que van desde la enseñanza a distancia de programas académicos, los mecanismos de movilidad internacional, establecimiento de sucursales extranjeras, entre otros, para lo cual se recomienda consultar en el siguiente enlace de la Organización Mundial del Comercio: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/education_s/education_s.htm.

[51] Figuras de la nación más favorecida o de la cláusula de trato nacional establecidos en los principales instrumentos de comercio internacional

autónomo. Esto comporta que el conocimiento no solo se realice de manera deliberada por parte de las instituciones universitarias, sino que las actividades científicas deben atender a una universalidad establecida por el conocimiento científico generalmente reconocido (ICFES, 2001, pp. 114–115). En concordancia con esta filosofía, la Corte Constitucional ha realizado una interpretación de este elemento, estableciendo límites permitidos de esta atribución en los siguientes términos: "(…)*Si bien jurisprudencialmente se ha reconocido que dentro del primer ámbito de la autonomía universitaria se incluye la potestad de los establecimientos educativos de "señalar los planes de estudio y los métodos y sistemas de investigación", esto no comprende la competencia para fijar los estándares mínimos de calidad de los programas de formación técnica profesional y tecnológica y los criterios para la evaluación de los mismos* (…)" (Corte Constitucional de Colombia, 2008).

a autonomía no es una atribución absoluta de la educación superior, sino tiene un carácter relativo en el que la educación no es un activo privado, sino que en principio debe atender a la construcción de conocimiento dentro de todo el entramado científico y debe tener en cuenta su finalidad social (ICFES, 2001, pp. 114–115). Por lo cual, no se puede concebir la autonomía universitaria como un derecho absoluto, que tiene unas finalidades e impactos sociales necesarios para el cumplimiento de su función dentro de la sociedad y para su concreción como instrumento de realización de la dignidad humana, conllevando a que el Estado a través de su poder político no intervenga dentro del carácter independiente que tiene el acto intelectual.

Bajo dicha perspectiva, es justificable la intervención del Estado en la educación superior, toda vez que las autoridades están llamadas a fomentar y garantizar la prestación del servicio educativo. La UNESCO mediante la declaración sobre educación superior, justifica la intervención de los Estados en dicho servicio, en consideración a que el mercado educativo no es perfecto, debido a que se presenta una alta diversidad y tipología de Instituciones de Educación Superior (ICFES, 2001, p. 118). De acuerdo con dicha tesis, la intervención del Estado en la educación superior es diferente para los otros niveles, ya que las bases de su esquema están enunciadas en el artículo 31 de la Ley 30 de 1992 y la Ley 1740 de 2014. Los otros niveles de educación requieren un mayor grado de intervención, porque la estructura de los componentes académicos y demás factores de prestación tienen un mayor desarrollo desde la regulación; para el caso de la educación superior esto no es admisible, porque la generación de conocimiento requiere una mayor autonomía, lo

que no permite trazar de manera estricta los parámetros de prestación por parte del regulador.

Por estas razones, se dio la necesidad de establecer marco legislativo específico para la educación superior, con ocasión a la promulgación de la Constitución Política, como consecuencia del contexto académico de la época, se procuró romper un paradigma netamente racional y positivista del conocimiento para redefinir la producción del conocimiento en un escenario pluralista y multidimensional (Goyes Moreno & Uscategui de Jimenez, 2001, pp. 25–26). El marco legal anterior, otorgaba un carácter más académico a las ciencias exactas o empíricas que a las sociales o humanas, dando mayor relevancia al desarrollo tecnológico en la investigación y diferenciaba a las profesiones liberales de las disciplinas primordialmente académicas, conforme al Decreto 80 de 1980.

Desde una perspectiva de mercado, el acto intelectual propio de la autonomía universitaria puede correr riesgos al ser cooptado por intereses de carácter particular, conformado por el sector empresarial y el gobierno nacional. Algunas directivas de las Instituciones de Educación Superior (IES) suelen ser nombradas en cargos de alto nivel del gobierno nacional (Ministerios, Directivos de Entidades Descentralizadas del sector, entre otros)[52] o en instituciones que hacen parte de un conglomerado empresarial (Mora Cortés, 2016, p. 88)[53]. Así mismo, los sistemas de cualificación y acreditación establecidos por el gobierno nacional corren el riesgo de sujetarse a dichas lógica, generando barreras de acceso para la transferencia de recursos públicos destinados a una elite de IES , condicionados a unos estándares de calidad y pertinencia trazados por el ordenamiento legal, respondiendo a

[52] El caso más relevante es el nombramiento de rectores de universidades en jefes o altos directivos de la cartera del sector administrativo como el nombramiento de Alejandro Gaviria como ministro de educación, quien fue Rector de la Universidad de los Andes o el caso de María Fernanda Campo quien siendo presidente de la Cámara de Comercio ocupó el mismo cargo

[53] Para Andrés Felipe Mora, la dinámica enunciada ha conllevado que la educación superior deba adecuarse a los objetivos de desarrollo establecidos por el modelo económico que sea impulsado por el gobierno de turno y por tal motivo para el caso de las IES un elemento tan importante como la autonomía debe ser condicionado a restricciones e incentivos de carácter financiero o presupuestal implementados por regulaciones o mediante facultades discrecionales (2016, p. 87), este es uno de los principales elementos que serán explicados en el próximo capítulo para fundamentar la existencia de un evidente riesgo de captura del regulador.

los intereses de los grupos económicos, con una tendencia a “diversificar” la autonomía universitaria (Mora Cortés, 2016, p. 95).

Desde la perspectiva legal, el ámbito de intervención del Estado en la educación superior se encuentra inserto en el artículo 30 de la Ley 30 de 1992 que establece las actividades de fomento, inspección y vigilancia. Así mismo, el principal régimen regulatorio de la educación superior se encuentra consignado en el Decreto 1075 de 2015, el cual reglamenta varias de las facultades otorgadas al ejecutivo que desarrollan las normas anteriormente enunciadas, estableciendo pautas para que otros organismos, como los consejos consultivos y entidades descentralizadas del sector administrativo, determinen regulaciones más específicas con el fin de crear barreras de acceso, definiciones específicas, metodologías para el otorgamiento de beneficios (fomento), entre otros.

En ese contexto, la educación superior comporta una importancia estratégica para el Estado y la sociedad, por su potencial económico (desarrollo, capitalización del conocimiento y generación de mano de obra calificada) y su factor propulsor del Estado Social de Derecho. Tradicionalmente ha sido cualificada mediante tres elementos que son denominados funciones sustantivas, las cuales permiten simplificar su funcionamiento, porque es el escenario mediante el cual se condensa el conocimiento en la sociedad (Fabre Batista, 2005, p. 3). En efecto, el consenso general y el ordenamiento legal vigente[54] las ha definido de la siguiente manera: (i) Docencia, es el proceso mediante el cual se realiza la enseñanza y aprendizaje del conocimiento establecido[55]; (ii) Investigación, es el mecanismo mediante el cual se crea conocimiento[56]; y (iii) Extensión, es el proceso mediante el cual se difunde el conocimiento y se pone a disposición de la sociedad[57]. En este contexto, este servicio público no es concebido sin que dentro del mercado los prestadores contemplen la utilidad de las funciones sustantivas, de los cuales se pueden generar beneficios económicos y científicos.

---

[54] Artículo 19 de la ley 30 de 1992.
[55] Proceso que generalmente es reconocido en la mayoría de las disposiciones de la ley 30 de 1992 y se enfatiza en los artículos 7 al 15, mediante los requisitos para la creación de programas académicos y el otorgamiento de títulos.
[56] Este aspecto es enfatizado principalmente en los artículos 125 y 126.
[57]El artículo 120 de la ley 30 de 192, enuncia que es una actividad enfocada en actividades de formación complementaria a la formal y servicios prestados a la sociedad (un ejemplo muy recurrente son los servicios de consultoría, interventoría o la creación de Spin Off para la explotación económica de la propiedad intelectual).

Sin embargo, el sistema educativo establecido en la Ley 30 de 1992, no ha guardado en su totalidad una relación de coherencia en este sentido, en primer lugar, el articulo 7 contempla los diferentes campos de acción de la educación superior y en una lectura sistemática se supone, que en todos estos campos se deben estar incentivando las funciones sustantivas en el marco del modelo ideal de autonomía universitaria fijado por la Constitución Política. No obstante, la forma en las cuales se desarrollan las funciones sustantivas en la Ley 30 de 1992, da cuenta que la correlación existente entre estas no es eficiente y tampoco eficaz, por las siguientes razones:

- La cualificación de los diferentes niveles de educación superior. La Ley 30 de 1992 divide los niveles de educación en pregrado y posgrado. El pregrado tiene el propósito de formar para el ejercicio de ocupaciones o el ejercicio de profesiones o disciplinas. La Ley 749 de 2002 ha definido 3 niveles de educación en el pregrado: formación técnica, enfocada en la formación para la adquisiciones de habilidades para el desempeño laboral en una área específica; formación tecnológica destinado a la apropiación básica de conocimiento científicos y teóricos para la solución de problemas en los sectores productivos y de servicios; por último, la formación profesional, que conlleva a un dominio de los principios teóricos y científicos de una profesión determinada, con una estructura coherente e integral. Adicionalmente para los programas técnicos y tecnológicos, se contemplan especializaciones en dichos niveles que profundizan temáticas o conocimientos de estos oficios

  El nivel posgradual que contempla 4 niveles: en primer lugar se encuentra la especialización que busca perfeccionar o complementar un programa de pregrado; los siguientes niveles conforme la Ley 30 de 1992 establecen a la investigación como fundamento y ámbito necesario para su funcionalidad, en estos se encuentra: la Maestría que busca dotar a la persona de elementos básicos en investigación y solucionar problemas disciplinarios, interdisciplinarios y/o profesionales, el doctorado busca formar investigadores de alto nivel y por último el posdoctorado, mencionado en la ley, pero sin una definición o campo normativo que lo regule[58].

[58] Sobre este nivel de formación se han formado varias controversias a nivel nacional, en el cual se cuestiona la calidad de los mismos, su no inscripción en el SNIES y la falta de control y regulación, que puede dar lugar a la captación de recursos del público, para mayor información sobre esta

Bajo esta perspectiva, el único nivel de educación que permitiría incentivar procesos investigativos de alto nivel es el de la formación profesional, dado que es el prerrequisito para acceder a los niveles de posgrado conforme lo establecido el artículo 14 de la Ley 30 de 1992. En estas condiciones, los niveles técnicos y tecnológicos no son lo vía de acceso para llegar a procesos investigativos de alto nivel.

- La forma en la cual se incentiva la investigación. Este elemento es fundamental para un adecuado desarrollo de la educación superior, toda vez que impulsa la generación de nuevo conocimiento y conlleva efectos sociales. Su relevancia es tal que los artículos 31 y 33 de la Ley 30 de 1992 establecen el marco de intervención asignado al ejecutivo en asocio con las comunidades científicas, académicas y profesionales, toda vez que instaura medidas de inspección y vigilancia destinadas a la protección de la libertad de investigación y al fomento del desarrollo de la ciencia, la técnica y la investigación. De igual forma, pone en cabeza del ICFES la promoción de esta función y asigna funciones de colaboración al Consejo Nacional de Educación Superior con el Estado en el desarrollo científico y tecnológico.

De una lectura armónica de estos componentes se puede concluir que la Ley 30 de 1992 establece una concepción restrictiva de la investigación, ya que toma mayor relevancia en los niveles más superiores de la educación superior, relegando los niveles de pregrado y de especialización a un enfoque netamente profesionalizante (Goyes Moreno & Uscategui de Jimenez, 2001, pp. 42–43). Existen algunos rasgos propiciados por la diferenciación y enfoque en cada uno de los niveles de educación, que determinan la existencia de una elite y en consecuencia una jerarquización en el mercado (Ayala Oramas, s/f, pp. 89–90).

En primer lugar, los niveles de enseñanza más avanzados del nivel posgradual (desde maestría) requieren de una mayor captación de recursos (que es insuficiente con los recursos captados de las matrículas y demás derechos pecuniarios) y amplitud en la autonomía para fomentar sus actividades investigativas. En segundo lugar, la formación profesional va a estar enfocada en el perfeccionamiento y la cualificación de las disciplinas

polémica se recomienda dar lectura, entre otros, a los siguientes artículos https://www.universidad.edu.co/confusion-sobre-el-nivel-academico-de-los-postdoctorados-en-colombia/, https://www.elespectador.com/educacion/critican-creacion-de-posdoctorados-por-los-que-se-cobra-en-colombia-article/, https://www.universidad.edu.co/colciencias-posdoctorados-no-son-programas-de-estudios-y-no-conducen-a-titulacion/

en el ámbito de la pertinencia, mediante el nivel posgradual de especialización, prácticas y actividades de extensión (tales como formación y certificaciones complementarias), con investigaciones de tipo aplicado y docentes con experiencia profesional adicional a la académica, disminuyendo los costos derivados de la investigación de alto nivel y en consecuencia ser niveles de educación financieramente sustentables. Por último, en los niveles técnicos y tecnológicos la pertinencia está dada por las necesidades del sector productivo y el mercado de trabajo; por tal motivo, son programas académicos de corta duración, porque necesita una fundamentación básica de los niveles universitarios, pero no son financieramente sustentables, requiriendo del crédito o del subsidio para mantener su prestación[59].

Lo anterior, no solamente comprende una situación de orden conceptual, sino que en la realidad de este sector y como se evidenciará más adelante, el sistema educativo puede incentivar la generación de elites con intereses rentísticos en contra del mercado para la captación de rentas provenientes de los recursos públicos vía subsidio a la demanda, visto que son sus principales destinatarios, a través de mecanismos como los créditos de fomento, subsidios o recursos que son donados por terceros para la obtención de beneficios tributarios, en consideración a que existe una tendencia en demandar los servicios de estos grupos, por su carácter investigativo. Por lo cual, gran parte del sector académico recomienda que la actividad investigativa y científica al ser intrínseca al servicio público, sea un elemento activo en todos los niveles de educación, fomentando sinergias entre estos, lo que permitiría dar cumplimiento al propósito de la educación superior (Goyes Moreno & Uscategui de Jimenez, 2001, p. 45),

Esta situación permitirá a todas las IES participar en el mercado de manera más equitativa, permitiéndoles acceder en igualdad de condiciones a los diferentes mecanismos de financiación públicos y privados. En consecuencia, puede existir un escenario dispuesto a generar externalidades positivas en favor de los destinatarios del servicio, el conocimiento

[59] Gran parte de la financiación y formación en estos niveles es asumida por el SENA, cuyas asignaciones presupuestales provienen del sector trabajo y no educación, lo que permite manejar altos niveles de cobertura con relativa gratuidad.

científico y los participantes el mercado, si se establecen los incentivos adecuados para todos los niveles de educación.

Estas circunstancias dan a entender que existe una comprensión errónea de la educación superior, centrada en un enfoque de formación profesional investigativa producida por unas elites (universidades), que ha conllevado a un inadecuado modelo de intervención por parte del Estado (Ayala Oramas, s/f, p. 88), que ignora la existencia de diferentes niveles de académicos, cuyas finalidades sociales son divergentes y evidencian la existencia de un mercado heterogéneo y jerarquizado promovido en gran parte por la regulación existente (Bula Escobar, 2009, p. 288). Este aspecto cobra gran relevancia, a causa de que este escenario pone en riesgo una adecuada prestación del servicio en términos de calidad y cobertura, porque los incentivos que se puedan diseñar mediante políticas estarían enfocados en un único modelo de educación, sin tener en cuenta los niveles de pregrado, en especial el técnico y tecnológico . En ese orden de ideas, también es importante traer a colación otras circunstancias que también son útiles al momento de formular mecanismos de intervención e incentivos para la prestación del servicio, a saber:

- No toda la labor investigativa de alto nivel es realizada por Universidades.
- Gran parte de las funciones universitarias no son realizadas por instituciones reconocidas en el marco de la educación superior[60].
- El sistema de educación superior ha contribuido en la prestación de servicios de capacitación y tecnificación que antes no eran asumidos por IES, sino por otros tipos de instituciones.
- Hay una subvaloración del conocimiento y de la producción científica de los niveles de enseñanza técnico, tecnológico y profesional, respecto del nivel de elite posgradual, porque hay un imaginario bajo el cual se asume que los niveles más avanzados de educación perderían calidad si se soportan de los niveles intermedios (Ayala Oramas, s/f, p. 88).

La educación superior como un ejercicio es diverso y tienen muchas aristas producto de los diferentes cambios históricos, en los conceptos políticos y culturales, del desarrollo científico y económico, que deben ser tenidos en cuenta para la fabricación de políticas y

[60] Algunas actividades de extensión pueden ser ejercidas por empresas privadas, ya sea mediante cursos de extensión o la prestación de servicios o mediante prácticas laborales.

regulaciones cuyo objetivo sea el mejoramiento bienestar general y sea lo suficientemente sostenible para que el sector público y privado optimicen de manera adecuada su cobertura y las condiciones de calidad y pertinencia. No obstante, el actual diseño de las políticas en el sistema educativo presenta un escenario institucional que contiene una serie de factores que pueden dificultar dicha pretensión y puede desdibujar el importante papel de Estado en su prestación.

4. Escenario Regulatorio de la Educación Superior en Colombia

Teniendo en cuenta que la educación superior es un servicio sujeto a intervención del Estado por mandato constitucional, el legislador ha desarrollado una serie de barreras o controles de acceso al mercado. Sin embargo, tal y como fue abordado, la tensión entre la intervención estatal y la autonomía universitaria es únicamente admisible si su finalidad es una adecuada prestación del servicio. Una buena parte de los expertos[61] en este tema coinciden en señalar que el modelo de intervención establecido puede generar un escenario propicio para que los agentes estatales y los oferentes estén sujetos a otro tipo de motivaciones con fines rentísticos. Se procederá a realizar una exposición sobre la forma de participación de los oferentes del mercado, el funcionamiento de los mecanismos de intervención estatal, descripción de otros aspectos que no hacen parte de la triada (oferta-demanda-intervención), pero que son relevantes para la explicación de la forma en la cual el servicio puede ser influenciado, todo esto para poder establecer una serie de conclusiones con relación al riesgo de captura.

4.1 Las Instituciones de Educación Superior

La composición de los oferentes del mercado es un factor fundamental para entender el funcionamiento de este, toda vez que permite determinar el grado de captura conforme al desarrollo y diversificación del grupo de oferentes. Factores como la capacidad económica y el capital político permiten determinar el grado de incidencia directa o indirecta en las decisiones regulatorias del ejecutivo. Conforme fue afirmado anteriormente, el grupo de oferentes ostenta un carácter heterogéneo, causado por factores institucionales y la dinámica de las operaciones que estos participantes desarrollan en el mercado. Bajo esta premisa, se procederá a realizar un análisis del estado actual de la distribución del mercado y enunciar algunos aspectos internos que caracterizan a estas organizaciones.

[61] Ulpiano Ayala Oramas, Andrés Felipe Mora y el Sistema Universitario Gamba, establecen que los instrumentos de intervención pueden propiciar prácticas que dificultan la prestación del servicio de educación superior.

Partiendo de la lógica de los organismos internacionales, el Instituto Internacional de la UNESCO para la Educación Superior en América Latina y el Caribe (IESALC), realiza una caracterización de las IES que en parte difiere de la establecida en las disposiciones normativas colombianas, pero que sirve para determinar los posibles móviles que pueden tener estas: a) autónomas, son instituciones que gozan de autonomía académica, presupuestal o independencia económica; b) empresariales, son IES que han sido promovidas por parte del sector empresarial o industrial, que enfocan sus funciones sustantivas al desarrollo empresarial o industrial y establecen vías de acceso al mercado laboral en dicho sector[62]; c) técnicas, ofrecen formación de carácter operativo e instrumental; d) militares, si bien hacen parte del sector estatal, enfocan sus programas académicos al sector defensa o sirven como una extensión de la cadena de beneficios para los empleados públicos de dicho (uniformado o civil) y sus familiares[63]; d) Religiosas, producto de la tradición histórica de la educación superior, hay instituciones con afiliación eclesiástica que están prestando sus servicios o que mediante actividades de pastoral social crean IES[64]; e) Universidades descentralizadas y centralizadas, son instituciones que funcionan de manera similar a las entidades que desconcentran sus servicios a nivel territorial o que se gestionan desde una perspectiva central (Yarce & Lopera, 2002, p. 38).

62 Un ejemplo de este tipo de instituciones es la Fundación Universitaria Empresarial, que actualmente enfoca sus programas académicos en áreas administrativas o tecnológicas o la Fundación universitaria Sanitas que al ser parte del Grupo Sanites (ahora Keralty) enfoca sus programas académicos al sector de la salud y establece vías de acceso laboral o de prácticas en las demás instituciones del Sector.

63 Ejemplos del primer tipo de institución son: la Escuela Superior de Guerra o la Dirección de Educación Policial que enfocan su oferta al fortalecimiento del sector defensa y tienen establecidas políticas para el desarrollo de Investigación enfocadas a las directrices realizadas por las cabezas del sector administrativo. Un ejemplo del segundo tipo de IES es la Universidad Militar que, si bien no enfocan su oferta académica totalmente en el perfeccionamiento del sector administrativo, tiene una oferta abierta al público y establece mecanismos e incentivos para la vinculación del personal vinculado al sector y sus familias.

64 Ejemplos del primer tipo de IES son: la Universidad Santo Tomas (1580), Universidad Javeriana (1623) y el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (1645). Ejemplos que según tipo de IES pueden ser Corporación Universitaria Minuto de Dios (1992) o la Universidad Católica Luis Amigó (1985)

Desde el contexto nacional, la Leyes 30 de 1992 y 749 de 2002, realizan una caracterización general de los oferentes del mercado de la educación superior, teniendo en cuenta la tipología de conocimiento o rigor científico de sus servicios, a saber:

- Instituciones Técnicas Profesionales: ofrecen programas de formación en ocupaciones de carácter operativo e instrumental y de especialización en su respectivo campo de acción. Pueden ofrecer y desarrollar programas académicos profesionales por ciclos propedéuticos en los campos de la ingeniería, tecnología de la información y administración, siempre que se deriven de los programas de formación técnica profesional y tecnológica que ofrezcan.
- Instituciones Tecnológicas: ofrecen programas de formación en conocimientos y profesiones de carácter tecnológico, con fundamentación científica e investigativa. Pueden ofrecer y desarrollar programas académicos profesionales en las mismas condiciones que las Instituciones Técnicas Profesionales.
- Instituciones Universitarias o Escuelas Tecnológicas: son aquellas facultadas para adelantar programas de formación en ocupaciones, programas de formación académica en profesiones o disciplinas y programas de especialización.
- Universidades: son las reconocidas como tales y las instituciones que acrediten su desempeño con criterio de universalidad en las siguientes actividades: la investigación científica o tecnológica; formación académica en profesiones o disciplinas y producción, desarrollo y transmisión del conocimiento y de la cultura universal y nacional. También están facultadas para adelantar programas de formación en ocupaciones, profesiones o disciplinas, programas de especialización, maestrías, doctorados y postdoctorados[65].

La diferencia entre cada tipología radica en el nivel de profundidad del conocimiento sobre los programas académicos, la duración de dichos programas y el nivel de estos (Yarce & Lopera, 2002, pp. 38–40), ya que en la medida en que la tipología aumenta en estos, la

65 Según parágrafo del artículo 21, pueden ofrecer programas de maestrías y doctorados y expedir los títulos correspondientes, las universidades, las instituciones universitarias o escuelas tecnológicas, que sin cumplir con el requisito establecido en el literal b) del artículo 20, cumplan con los requisitos de calidad según el Sistema Nacional de Acreditación, en los campos de acción afines al programa propuesto.

oferta de dichas IES tiende a ser menos restrictiva[66]. De la consulta realizada al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior (SNIES)[67], se encontró que el mercado general de la educación se encuentra conformado por 301 IES, con la siguiente distribución:

Tabla 4-1: Distribución de IES por la tipología establecida en la Ley 30 de 1992

Carácter académico	Cantidad
Institución Técnica Profesional	29
Institución Tecnológica	45
Institución Universitaria/Escuela Tecnológica	138
Universidad	89
Total, general	**301**

Así mismo, estas se pueden clasificar por su naturaleza jurídica, la cual puede ser oficial o privada.

Tabla 4-2: Distribución de IES por su naturaleza jurídica

Naturaleza Jurídica	Cantidad
Oficial	85
Privado	216
Total, general	**301**

Como se puede evidenciar los oferentes existentes en el segmento privado tienen una mayor participación en el mercado que el público, así como, la tipológica de Institución Universitaria/Escuela Tecnológica respecto de las demás. No obstante, al analizar la

[66] Por ejemplo, una IES técnica o tecnológica no estaría facultada para ofrecer programas académicos en el nivel de maestría o doctorado, debido a que únicamente puede ofrecer programas en el nivel técnico profesional o tecnológico con sus especializaciones

[67] https://snies.mineducacion.gov.co/portal/ Consulta realizada en el mes de febrero de 2023.

participación del mercado público y privado se pueden evidenciar diferencias en las dinámicas de cada uno, las cuales se expondrán en los siguientes apartes.

4.1.1 Instituciones de carácter Publico

Dentro de la estructura de la administración pública se debe destacar que la Constitución Política y, en especial, el artículo 57 de la Ley 30 de 1992 cataloga a las IES públicas como entes universitarios autónomos que pueden ser del orden nacional, departamental o distrital-municipal. De igual manera, estas instituciones, se pueden catalogar como instituciones técnicas, tecnológicas o profesionales[68], vinculadas al Ministerio de Educación Nacional o como establecimientos públicos (como el SENA, la ESAP, entre otras). Respecto de los entes universitarios, reciben su denominación, porque su relación con el ejecutivo está en el marco de la emisión de políticas y planeación del sector, pero el ámbito de su actividad administrativa y universitaria está sujeta a la autonomía universitaria, por tanto, tienen el poder de auto determinarse y no están sujetas al control de tutela[69] (Corte Constitucional de Colombia, 1997). Aunque, para el caso de los prestadores considerados como establecimientos públicos, la aplicación sistemática del régimen establecido en la Ley 30 de 1992 no es total, en vista de que conforme el artículo 137 de dicha norma, estas entidades continuarán adscritas a las entidades respectivas y funcionarán de acuerdo con su naturaleza jurídica, pero su régimen académico en tanto ofrezca programas de educación superior se sujetan a las disposiciones de la Ley 30 de 1992 y su régimen complementario, como sucede con el SENA en el marco del artículo 70 y subsiguientes de la Ley 489 de 1998.

Teniendo en cuenta dicha descripción, se evidencia que hay un total de 85 instituciones de carácter público, distribuidas de la siguiente forma:

---

68 Por ejemplo: Instituto de Educación Técnica Profesional de Roldanillo – Valle, INTEP y el Instituto Técnico Agrícola al ITA

69 El control de tutela es el que ejerce el gobierno nacional sobre las entidades descentralizadas, conforme el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, se establece que las entidades descentralizadas aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Tabla 4-3: Distribución de IES publicas por su orden territorial

Naturaleza Jurídica	Cantidad
Departamental	29
Municipal	13
Nacional	43
Total, general	**85**

El carácter académico de estas instituciones permite identificar que 34 son Universidades:

Tabla 4-4: Distribución públicas por su carácter académico

Carácter Académico	Cantidad
Institución Técnica Profesional	9
Institución Tecnológica	9
Institución Universitaria/Escuela Tecnológica	33
Universidad	34
Total, general	**85**

Si se cruza la información del nivel territorial de las instituciones y su carácter académico se puede determinar la siguiente distribución:

Tabla 4-5: Cruce distribución de IES publicas por su orden territorial y carácter académico

Carácter Académico	Cantidad
Departamental	**29**
Institución Técnica Profesional	3
Institución Tecnológica	3
Institución Universitaria/Escuela Tecnológica	8
Universidad	15
Municipal	**13**
Institución Técnica Profesional	2
Institución Tecnológica	1

Institución Universitaria/Escuela Tecnológica	9
Universidad	1
Nacional	**43**
Institución Técnica Profesional	4
Institución Tecnológica	5
Institución Universitaria/Escuela Tecnológica	16
Universidad	18
Total, general	**85**

La dinámica de los actores da cuenta de la generación de una jerarquización del mercado y por ende se evidencia la existencia de un mercado heterogéneo, ya sea en cuanto a la tipología de la institución o su nivel territorial, de la siguiente manera:

- Hay poca concentración de manera generalizada en el sector municipal.
- El sector nacional es el más concentrado, en universidades y en Instituciones Universitarias.
- El sector departamental mantiene cierto promedio o posición intermedia en el mercado.
- La asignación presupuestal puede ser un factor que explique la forma en la cual se configura el mercado, porque la posibilidad de generar mayor gasto en instituciones del orden nacional es más alta que el orden municipal, ya que sus fuentes de financiamiento son más limitadas (presupuesto nacional, regalías, recursos propios obtenidos de impuestos de orden territorial).

En este sector las universidades son las que tienen mayor participación, toda vez que dicho carácter no se da de manera obligatoria por las variables del tiempo, la consolidación científica y/o factores determinantes de la calidad del servicio, sino por el trámite legal que se requiere para su creación por la voluntad política. De igual manera, las universidades del orden nacional son las instituciones que tienen mayor participación, por la mayor posibilidad de tener asignaciones presupuestales por el mecanismo de subsidio a la oferta.

4.1.2 Instituciones de carácter privado

La Ley 30 de 1992 establece que los prestadores privados deben ser personas jurídicas que no tengan ánimo de lucro, organizados como fundaciones[70] o corporaciones[71] regidas por las normas del Código Civil, o por las normas de la economía solidaria conforme la Ley 79 de 1988, como los organismos cooperativos. El régimen legal es diferente en cada una de las tipologías enunciadas, ya que la carga y requisitos para la conformación de persona jurídicas regidas por el Código Civil es baja, en consideración a que las disposiciones legales aplicables son básicas, mientras las instituciones de la economía solidaria están sujeta a una especial intervención del Estado.

Desde el punto de vista del prestador[72] las instituciones se pueden caracterizar como Instituciones Técnicas Profesionales, Instituciones Universitarias o Escuelas Tecnológicas o Universidades. Se puede afirmar que los participantes son variados, lo que permite reiterar el carácter heterogéneo de las IES en este segmento, en razón que de la consulta realizada al SNIES, se evidencia que hay un total de 216 instituciones de carácter privado, distribuidas de la siguiente forma:

Tabla 4-6: Distribución de IES privadas por su naturaleza jurídica

Naturaleza jurídica	Cantidad
Corporación	107
Fundación	109
Total, general	**216**

[70] "(…) *Una fundación es una persona jurídica sin ánimo de lucro que nace de la voluntad de una o varias personas naturales o jurídicas y cuyo objetivo es propender por el bienestar común, bien sea a un sector determinado de la sociedad o a toda la población en general* (…)"(Gaitán Sánchez, 2014, p. 10)

[71] "(…) *La asociación o corporación es un ente jurídico sin ánimo de lucro que nace de la voluntad de varios asociados o corporados, los cuales pueden ser personas naturales o jurídicas (privadas o públicas) y que tiene como finalidad ofrecer bienestar físico, intelectual o moral, a sus asociados y/o a la comunidad en general* (…)"(2014, p. 10)

72 Artículo 16 de la Ley 30 de 1996.

Tabla 4-7: Distribución de IES privadas por su carácter académico

Carácter académico	Cantidad
Institución Técnica Profesional	20
Institución Tecnológica	36
Institución Universitaria/Escuela Tecnológica	105
Universidad	55
Total, general	**216**

Tabla 4-8: Cruce distribución de IES privadas por su carácter académico y naturaleza jurídica

Carácter Académico	Cantidad
Institución Técnica Profesional	**20**
Corporación	12
Fundación	8
Institución Tecnológica	**36**
Corporación	22
Fundación	14
Institución Universitaria/Escuela Tecnológica	**105**
Corporación	44
Fundación	61
Universidad	**55**
Corporación	29
Fundación	26
Total, general	**216**

Respecto de las universidades, la tradición, el tiempo, la trayectoria en el campo y las barreras de entrada al mercado, las ubica en una suerte de grupo de elite, dado que en el sector privado las fechas de conformación de estas dan cuenta de su posición, toda vez que de 55 universidades solo una fue creada en los últimos 23 años, como se evidencia en el siguiente cuadro:

Tabla 4-9: Distribución de IES privadas por su década de constitución (Según SNIES)

DECADA DE CREACIÓN	TOTAL
20	1
30	2
40	2
50	6
60	12
70	17
80	13
90	1
2007	1
Total, general	**55**

Se puede resaltar el carácter heterogéneo en este segmento del mercado. No obstante, existen áreas donde se concentra el mercado, factor que puede determinar un carácter jerarquizado, con las siguientes precisiones:

- Puede haber una mayor concentración en la participación s Instituciones Universitarias o Escuelas Tecnológicas, puesto que estas permiten diversificar la oferta académica de programas ofrecidos, sin asumir los costos financieros, académicos y administrativos que le conllevaría consolidar una universidad[73].
- La creación o conversión de IES profesionales a universidades, permite aprovechar la producción de economías de escala o de alcance. Esto quiere decir, que por la amplia gama de programas académicos que pueden ser ofrecidos, se da uso a componentes o actividades académicas similares entre estos para generar un mayor beneficio financiero (s/f, p. 92)[74].

---

73 De acuerdo con el artículo 20 de la Ley 30 de 1992*, El Ministro de Educación Nacional, podrá reconocer como universidad a las instituciones universitarias o escuelas tecnológicas que dentro de un proceso de acreditación demuestren tener: a. Experiencia en investigación científica de alto nivel. b. Programas académicos y además programas en Ciencias Básicas que apoyen los primeros.*

74 Un ejemplo de estas prácticas se presenta en los programas académicos del área del conocimiento de economía, administración, contaduría y afines, en vista de que pueden existir

- Hay una tendencia a la creación de fundaciones o corporaciones, en consideración a que no hay diferenciación en los trámites legales para su constitución. No obstante, el hecho de que no exista en el mercado, IES de naturaleza cooperativa, permite afirmar que existen mayores costos de transacción para su conformación y administración, toda vez que existe una mayor carga regulatoria para estas IES, en los términos anteriormente enunciados[75].
- Hay una menor participación de Instituciones Técnicas Profesionales en el mercado, debido a que existe una menor oferta de programas académicos, en consideración a su alta onerosidad. Esta circunstancia se da, porque estas IES se encuentran más limitadas en el uso de economías de alcance y escala para optimizar sus recursos[76]. En estos casos, estas IES pueden reducir la prestación del servicio en detrimento de la calidad (s/f, pp. 91–92).

Como se puede evidenciar, el factor económico es determinante al momento de establecer las tipologías más preponderantes en el sector privado, por lo que las IES Escuelas/Tecnológicas creadas por las figuras de corporaciones o fundaciones, son las de mayor participación, por la diversificación de programas que pueden ofrecer y los menores costos de transacción relativos a los mismos. Sin embargo, en este sector, las universidades se convierten en una suerte de elite impulsada por la combinación del factor

---

componentes académicos comunes que son aprovechados por diferentes programas académicos, como el caso de la contabilidad financiera que corresponde a un componente fundamentación y se ofrece en las carreras profesionales de economía, administración de empresas y contabilidad de la Universidad Nacional. Para mayor información se pueden consultar los componentes en los siguientes enlaces: 1. Economía: https://fce.unal.edu.co/formacion/images/Pregrado/Economia/Acuerdo_10_de_2011__plan_economia.pdf; 2. Administración de empresas: https://fce.unal.edu.co/formacion/images/Pregrado/Administracion/malla-nueva.jpg; 3. Contaduría: https://fce.unal.edu.co/formacion/images/Pregrado/Contaduria/Programa_Curricular_Contadur%C3%ADa_p%C3%BAblica21.jpg

75 Un referente de esta circunstancia son los artículos 34, 38, 39 y 40 de la Ley 79 de 1988, que obliga a las personas jurídicas de naturaleza cooperativa a tener una junta de vigilancia, lo que puede conllevar el pago de honorarios o reconocimiento económicos a los miembros de este órgano que la persona jurídica debe apropiar para dar cumplimiento al régimen legal especifico. Sobre el particular las principales disposiciones que regulan el sector cooperativo son la Ley 79 de 1988, Ley 454 de 1998, Ley 1233 de 2008, decreto 1333 de 1989, entre otros, para mayor ilustración se puede consultar en la página de CONFECOOP: https://confecoop.coop/home/, ASCOOP: https://ascoop.coop/, SuperSolidaria: https://www.supersolidaria.gov.co/ y la Unidad Administrativa Especial de Organizaciones Solidarias : https://www.uaeos.gov.co/

76 El uso de estas estrategias se puede usar para componentes académicos comunes con más restricciones, para esta tipología de IES, puesto que su oferta abarca únicamente los niveles técnicos y tecnológicos

de consolidación en el tiempo y de mayores recursos a invertir debido al cumplimiento de más requisitos legales para su reconocimiento.

4.1.3 Aspectos relevantes

Existen diferentes mecánicas formadas por la diversidad de incentivos que se dan a las IES teniendo en cuenta su naturaleza jurídica. Por una parte, los actores privados van a buscar la disminución de los costos de transacción o la búsqueda de asignaciones adicionales en el presupuesto nacional para mantener un adecuado margen de utilidad y prestar el servicio en las condiciones de calidad y cobertura esperadas. El escenario legal de los actores públicos va a procurar realizar una adecuada y completa ejecución de presupuesto con el propósito de que el gobierno nacional o los entes territoriales establezcan más asignaciones en las próximas vigencias y buscar fuentes de financiación para mantener la adecuada prestación del servicio mediante actividades de extensión. Sin embargo, como se expondrá más adelante, este es un aspecto sensible al momento de hablar de políticas en educación superior, puesto que las universidades están en crisis por las disposiciones legales sobre su financiación.

Existen otros factores diferentes que son relevantes para describir a estas instituciones:

- Si se realiza una revisión de la naturaleza jurídica de las IES, existe un mecanismo general de intervención establecido en las disposiciones tributarias y la Ley 30 de 1992, que consiste en la prohibición de realizar distribución de los excedentes generados por las IES (privadas), entre los dueños o personal directivo. Al ser estas entidades sin ánimo de lucro, tanto las disposiciones relativas a la inspección y vigilancia desarrolladas por el Código Civil colombiano, el Decreto 1529 de 1990 y el Decreto 2150 de 1995, como las tributarias (en especial los artículos 356-1 y 19 Estatuto Tributario), establecen una prohibición para realizar transferencias directas o indirectas de los excedentes hacia miembros pertenecientes a los órganos directivos o los propios fundadores a fin de evitar la comisión de conductas rentísticas. Sin embrago, dichas normas tienen vacíos de cara a las funciones de la educación superior y pueden conducir a que los excedentes puedan ser transferidos de manera indirecta, evadiendo sanciones, multas o la perdida de

privilegios fiscales (Ayala Oramas, s/f, p. 94)[77]. Situación que puede ser vista con una doble connotación, porque puede ser favorable para el mercado y la prestación del servicio, porque permitiría disminuir algunos costos de operación en la prestación del servicio, debido a que estos beneficios pueden estar condicionados o ser devueltos económicamente al patrimonio de la IES; por otro lado, la visión punitiva del estatuto tributario y la Ley 30 de 1992, establece sanciones como la eliminación de beneficios tributarios, en vez de establecer mecanismos para que estas actividades puedan ser debidamente reconocidas y castigar los declaraciones sobre hechos generadores no materializados.

- Las IES poseen una compleja estructura organizacional, dada por mecanismos de descentralización interna de sus funciones, mediante la constitución de departamentos, áreas, vicerrectorías y demás tipologías de dependencias, sobre las cuales resulta muy difícil realizar un control efectivo por parte de los representantes legales o sus directivos a la prestación del servicio desde la perspectiva de la calidad y la pertinencia (Ayala Oramas, 1998, p. 142). Sin embargo, estas estructuras obedecen a factores que generalmente no se originan en las practicas rentísticas, sino por requerimientos de orden legal, reclamos de la comunidad general o por las restricciones establecidas por la naturaleza de su misionalidad (confesional, militar, etc.) (Ayala Oramas, s/f, p. 95).

  No obstante, esta circunstancia genera que se presenten problemas de agencia, los cuales se suelen manifestar cuando hay intereses divergentes entre quien delega una gestión y quien la realiza (Depetris et al., 2002, p. 27), por ejemplo, presentan varios mecanismos de delegación o agenciamiento (Ayala Oramas, 1998, p. 143): el administrador educativo (principal) no posee los mecanismos de evaluación idónea sobre los docentes (agente) por desconocimiento de la forma en la cual se presta el servicio; y los propietarios (fundadores, socios, el Estado, etc.) de la IES no tienen conocimiento total sobre la forma en la cual el administrador

[77] A través del ejercicio de actividades propias de su objeto social, como programas de incentivos para profesores, estudiantes, a la investigación, entre otros, ya que suele ser común que personas con altos cargos en la jerarquía de las IES puedan participar de manera directa en actividades misionales, como la docencia, investigación o en la planta administrativa

educativo garantiza la prestación del servicio en todos sus componentes, así como la forma en que se administran los recursos físicos con el fin de distribuir los recursos de la persona jurídica. En este caso se generarían problemas de agencia relacionados con a) las inversiones (derechos de propiedad sobre las organizaciones); b) las transacciones (desarrollo del objeto social); y c) con la gobernanza (relaciones de poder y jerarquía) (Depetris et al., 2002, p. 127).

- Hay un mercado fuertemente jerarquizado en el cual las Universidades generalmente están catalogadas con altos estándares de capacidad académica[78], que tienden a decrecer en la medida en que la tipología de la IES tiene una oferta limitada únicamente a programas técnicos y tecnológicos (Bula Escobar, 2009, p. 288). Esto se puede explicar en parte, porque estas IES pueden tener una mayor cantidad de ingresos de carácter no operativo (diferentes a las matrículas y derechos pecuniarios), provenientes de trasferencias presupuestales realizadas por el Estado, las donaciones de terceros y el uso de economías de alcance, porque son más susceptibles de recibir más recursos vía subsidio a la demanda, por actividades de extensión y apoyos económicos por actividades científicas e investigativas, toda vez que el perfil investigativo de una universidad le permite tener los medios físicos, financieros y académicos para recibir dichos recursos, disminuyendo favorablemente la diferencia entre los costos generados por la prestación del servicio y los ingresos recibidos por la actividad académica (Ayala Oramas, s/f, p. 98).

  La situación expuesta, les permitiría a las universidades generar mayores beneficios que se deriven de un adecuado aprovechamiento de los recursos por fuentes adicionales, aumentando la posibilidad de generar economías de alcance. En ese orden de ideas, no todas las instituciones pueden generar dichos excedentes y los pocos generados generalmente están destinados a costear total o parcialmente la operación de estas IES, por cuanto se tiende a aumentar el costo de la matricula o a disminuir la calidad del servicio.

---

78 El estándar fue tomado por Bula (2009) de un estudio realizado por el ICETEX y el CID-UNAL, explica que el índice está construido con base en los siguientes factores: multidisciplinariedad, acreditación de programas académicos, absorción de la institución y la capacidad docente por estudiante.

4.2 Mecanismos de Intervención

En anteriores líneas se ha mencionado que, para poder garantizar el derecho a la educación en sus facetas de derecho y servicio, se requiere de la intervención del aparato estatal, sin desdibujar la generación de conocimiento que se materializa en la autonomía universitaria. Es importante realizar una revisión de los aspectos y problemáticas más importantes de la forma en que se realiza dicha intervención, para determinar los aspectos que inciden fabricación de las regulaciones, toda vez que las relaciones de los diferentes actores suelen ser interdependientes, complementarias, sustitutivas o incluso conflictivas (Ayala Oramas, 1998, p. 144), por tal motivo se realizará una revisión de los aspectos más relevantes que la literatura disponible ha enunciado sobre los mecanismos específicos de intervención del Estado en este servicio.

4.2.1 Participación del Estado en la Prestación del Servicio

Una de las formas de intervención en la prestación del servicio corresponde a la participación directa del Estado en el mercado con los actores privados, tema sobre el cual ya se hizo un análisis. La importancia de este mecanismo se encuentra en que materializa el derecho a la educación con un enfoque compensatorio y redistributivo, en virtud de que es la vía de acceso a la educación superior de un sector menos favorecido de la sociedad bajo criterios meritocráticos y su financiamiento proviene de manera indirecta del recaudo de tributos, enfocada en el mejoramiento de la calidad de vida de la sociedad (s/f).

Dicha participación, fomenta la competencia y corrige fallas de mercado, como la creación de monopolios y oligopolios, toda vez que las IES públicas, por su naturaleza jurídica, sus intereses y restricciones, no tienen las vías legales, ni los incentivos para participar en esquemas que puedan afectar una adecuada competencia con el sector privado. Esta situación es una vía de creación de conocimiento con un carácter crítico, plural y/o fuera de motivaciones privadas (Tamayo Valencia, s/f), en el entendido que las IES públicas generalmente no están enfocadas, ni estructuradas en atender motivaciones privadas.

4.2.2 Fomento y Financiación

Uno de los aspectos más sensibles de la educación superior, es la financiación y fomento, que conforme los artículos 69 y 70 de la Constitución Política establece la obligación en cabeza del Estado de facilitar instrumentos financieros, promocionar y fomentar el acceso a la cultura a través de los servicios de educación, por lo que en este escenario confluyen

dos factores que son determinantes para la generación de una relación conflictiva: la escases de recursos y la obligación constitucional que destinar instrumentos financieros para garantizar el servicio. En este contexto, el Estado ha establecido varios mecanismos, que van desde el otorgamiento de subsidios y la destinación de recursos, hasta la creación de privilegios de orden fiscal para procurar la adecuada prestación del servicio en términos de calidad y cobertura

- Incentivos tributarios

El ordenamiento legal vigente establece una serie de privilegios tributarios a las IES, que se caracterizan por estar enfocados en fomentar la prestación del servicio y estimular la actividad meritoria dentro de este (Chisco Landazabal, 2018, p. 27). Estos incentivos son una de las diversas manifestaciones de los mecanismos financieros establecidos en la Constitución Política para garantizar el servicio con un carácter indirecto. Así mismo, la normatividad tributaria ha establecido dos mecanismos en los que se manifiestan estos incentivos a saber: las cargas y estímulos tributarios (Piza R., 1998, p. 239)

Las cargas impositivas de la educación superior son reducidas respecto de las demás actividades económicas, situación que se puede evidenciar en los tributos de orden nacional, mientras a nivel territorial dicha actividad suele tener menos beneficios, dependiendo del lugar donde se materialice el hecho generador, se establecen condiciones particulares sobre la educación superior (1998, pp. 240–241). Este servicio goza de beneficios respecto del impuesto del IVA, ya que el ordenamiento legal vigente establece 3 escenarios diferenciales: exclusión de los servicios de educación superior y conexos conforme la Ley 30 de 1992 y el articulo 476 Estatuto Tributario, no responsabilidad del IVA a Instituciones de Educación Superior y devolución del IVA pagado por las IES públicas mediante cheque o mecanismo de compensación en los términos del artículo 92 de la Ley 30 de 1992. Bajo dicho escenario, el ordenamiento legal vigente establece que desde el punto de vista del hecho generador y el sujeto que genera el hecho económico (IES), la prestación del servicio tiene ventajas tributarias (Segovia Mora & Sierra Reyes, 2011, p. 16). Por otra parte, el artículo 92 de la Ley 30 de 1990 y el artículo 1.6.1.19.1 y siguientes del Decreto 1625 de 2016, han establecido un incentivo adicional a

las IES públicas, que consiste en la devolución de las sumas pagadas por concepto IVA en la adquisición de bienes y servicios[79].

El artículo 95 de la Ley 2277 de 2022, que adoptó la reforma tributaria para la igualdad y la justicia social y estableció un tributo que se generaba de los créditos otorgados por el ICETEX a matriculas de programas académicos que no contaran con subsidio de tasa y se encuentren en periodo de amortización. Sin embargo, con el propósito de generar prácticas contrarias al fomento del servicio, se establece la restricción de no trasladar este costo al valor de la matrícula de los estudiantes, lo cual no garantiza que dicho costo vaya a recargarse a los destinatarios finales, porque las IES generan otro tipo de cobros por otros conceptos diferentes a las matrículas (grados, certificaciones, etc.)[80].

Otro de los mecanismos que evidencia la diferencia de tratamiento en las cargas tributarias, corresponde al impuesto de renta, que para la educación superior contempla un régimen especial en los artículos 356 y subsiguientes del Estatuto Tributario (ET). Consiste en un beneficio al momento de declarar del 20% de la tarifa única del impuesto, este requiere para su disfrute del cumplimiento de obligaciones de publicidad, inscripción en registros, entre otros; así mismo contempla un régimen de prohibiciones relativas a la distribución indirecta de excedentes, una cláusula general de elusión, situaciones de abuso del beneficio tributario, entre otros, y la asignación de funciones a autoridades, en especial, las tributarias para el efectivo goce del privilegio y control por parte del Estado (Chisco Landazabal, 2018, pp. 24–32)[81]. Adicionalmente se encuentra que las IES públicas están

[79] Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-925 del 2000, señaló, que este beneficio es una herramienta que desarrolla el elemento de gratuidad de la educación superior, del cual se prescinde del ánimo de lucro o cumplimiento de la voluntad de constituyentes privados y que es aplicable a las entidades oficiales y no a los prestadores privados, quienes no están considerados en soportar dicha carga (Corte Constitucional de Colombia, 2000).

[80] No obstante, dicha disposición fue declarada inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-391 de 2023 por el incumplimiento del trámite legislativo que dicha norma debe transitar en las comisiones constitucionales económicas del congreso.

81 En el estudio realizado por Diego Leonardo Chisco Landazábal, se destaca la existencia de varios factores importantes respecto de la forma en la cual las IES y las autoridades tributarias han dado aplicación al régimen especial de renta, llegando, entre otras, a las siguientes conclusiones: las autoridades no establecen de manera eficaz y efectiva los mecanismos institucionales de las cuales son dotadas para realizar auditoría a la información presentada. Por otra parte, la tipología de las IES es un factor relevante al momento de entender y aplicar el régimen tributario especial, visto que entre más robustas las universidades e IES existe una tendencia mayor al cumplimiento de las obligaciones que le impone el régimen en termino de reportes de información; mientras las instituciones técnicas y tecnológicas tienden en mayor proporción a presentar información incompleta o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley tributaria.

exentas del impuesto de timbre por disposición del artículo 532 del ET, el cual se aplica al momento de realizar transacciones con títulos valores.

En relación con los estímulos tributarios, el ordenamiento legal ha generado mecanismos de financiación directa o indirecta a las IES, por la donación y fomento a las IES o las actividades realizadas en el marco de sus funciones sustantivas, de las cuales se resaltan las siguientes:

- El artículo 257 del ET establece un descuento del 25% del valor de la donación sobre el impuesto de renta a quienes realicen donaciones a entidades sin ánimo de lucro que hayan sido calificadas en el régimen especial. Dicha normativa establece condiciones específicas en las cuales se debe realizar la donación, los limites en el uso de descuento de excedentes en vigencias futuras. Igualmente, enuncia que las donaciones realizadas a IES publicas deberán llevarse a cabo por entidades financieras, para el recaudo y certificación de donaciones realizadas.
- El artículo 257-1 del ET enuncia un beneficio no mayor del 30% del impuesto de renta a quienes incentiven la asignación de becas de estudio y auxilio de manutención a deportistas, talento o reserva deportiva, previo proceso de selección y suscripción de un convenio con el Ministerio del Deporte.
- Los artículos 256 y 256-1 establecen beneficios tributarios a quienes realicen inversiones en proyectos o actividades de ciencia, tecnología e innovación, calificados por el Consejo Nacional de Beneficios Tributarios en Ciencia y Tecnología en Innovación, los cuales pueden ser adelantados por IES en el marco de la función sustantiva de investigación.

Los beneficios establecidos por las disposiciones tributarias son razonables debido a su naturaleza y las problemáticas que afectan su financiación, -sobre lo cual se expondrá más adelante-, pero requieren de más mecanismos para mantener un equilibrio financiero acorde al postulado de calidad en la prestación del servicio. A pesar de que la reforma tributaria del año 2022 haya sido declarada inexequible, presenta un avance al establecer un mecanismo impositivo coherente que permite retornar una parte de las altas sumas que son trasladadas desde el presupuesto a un sector de las universidades privadas mediante el mecanismo de subsidio a la demanda.

- Recursos propios.

Los recursos propios consisten en los recursos que obtienen las IES por la prestación de servicios en el marco de sus funciones sustantivas, en desarrollo de la autonomía universitaria, desarrollada en el artículo 29 de la Ley 30 de 1992, según la cual una manifestación de esta atribución consiste en arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional. Estos conceptos generalmente se tipifican en los siguientes:

- Derechos pecuniarios: son las sumas que las IES cobran en el marco de la autonomía universitaria, por la prestación del servicio educativo. El artículo 122 de la Ley 30 de 1992 enuncia que dentro de estos derechos se encuentran el valor de la matrícula[82], inscripciones, derechos de grado, entre otros, los cuales deben ser reportados al Ministerio de Educación Nacional. El artículo 2.5.3.9.1.1 del Decreto 1075 de 2015 establece controles a los incrementos que las IES realicen por estos conceptos, visto que si son superiores a la variación del IPC del año anterior se debe remitir al MEN un informe pormenorizado de las razones por las cuales se realiza dicha variación. Esta circunstancia, ha traído dos efectos inversos (Ocampo Londoño, 1998, p. 268): en primer lugar, permite a las IES manejar sus recursos con mayor eficiencia en sus gastos y administración; por otra parte, el carácter jerarquizado de este mercado puede ser contraproducente a la prestación de servicio, en consideración a que de no realizar un aumento a las matrículas que permita un funcionamiento óptimo de su servicio, la calidad de este se verá afectada con el fin de mantener su prestación. De ahí que una adecuada gestión de los incrementos permitiría mantener la prestación del servicio en condiciones óptimas, tanto en las IES públicas como las privadas, sin que esta pueda ser un signo de privatización dada la dificultad de acceso por el aumento de costos (1998, p. 269).
- Recursos generados por actividades de extensión: Son recursos económicos que se recaudan generalmente por la prestación de servicios a la comunidad, sector

[82] Para el caso de las IES públicas en el artículo 85 de la Ley 30 de 1992, se establece que los ingresos y patrimonio se pueden constituir por el desarrollo de estas actividades.

privado o a otras entidades estatales[83]; realización de cursos complementarios, seminarios, entre otros.

- Recursos provenientes de actividades investigativas: teniendo en cuenta que en el marco de las actividades de investigación se pueden generar activos valorados como propiedad intelectual, las IES por su naturaleza jurídica no pueden comercializar estos activos. La Ley 1838 de 2017 y el Decreto 1556 de 2022, permiten a las IES la creación de empresas de base tecnológica (*spin-off*) para la explotación de los productos generados de actividades científicas, tecnológicas y de investigación, en dicha normatividad se mencionan diferentes directrices sobre su constitución, relacionamiento con las IES y la comunidad educativa y los incentivos tributarios de las que son beneficiarias[84].

- Rentas especiales de los entes territoriales y de la nación

Los artículos 85 y 86 de la Ley 30 de 1992 establecen que las IES públicas pueden ser financiadas por rentas especiales provenientes de entes territoriales y de la nación, que por disposición normativa varían en su naturaleza jurídica y se identifican de la siguiente manera:

- Rentas de carácter parafiscal: en este caso la Ley 1967 de 2013 creo la estampilla pro-Universidad Nacional y demás universidades estatales, la cual se genera por los contratos de infraestructura que sean suscritos con Entidades Estatales del Orden Nacional en el marco de la normativa establecida por la Ley 80 de 1993. Dichos recursos están destinados al mejoramiento y fomento de la infraestructura, investigación, programas de bienestar de las universidades estatales, estableciendo como medio de recaudo el Fondo de Universidades Estatales de

83 La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 28 de junio de 2012, con ponencia del doctor William Zambrano Cetina y número de radicación 11001-03 06-000-2012-00016-00 (2092), establece disposiciones relativas a la contratación de servicios de IES públicas y entidades estatales.

84 Un ejemplo de esta figura es las Spin-off Novatransmedia de la Universidad Nacional, basada en actividades de desarrollo de contenido multimedia e inteligencia artificial para la creación de contenidos interactivos o pedagógicos dirigidos a la comunidad en general. Para más información se puede consultar en el sitio web: https://novatransmedia.com

Colombia, que es administrado por el Ministerio de Educación Nacional y auditado por la Contraloría General de la Republica.

- Recursos de regalías: La Ley 141 de 1994 y la Ley 2056 de 2020 establecen la posibilidad de que los entes territoriales puedan destinar recursos provenientes de las asignaciones de regalías por explotación de recursos naturales no renovables a universidades públicas, siempre y cuando dichos recursos sean utilizados por la IES para fomentar los proyectos de inversión establecidos por los entes territoriales. Es decir, estos recursos tienen la prohibición de que no se pueden destinar a los gastos de funcionamiento de las IES públicas conforme el artículo 3 de la Ley 617 de 2000, sino que es viable ejecutarlos en el marco proyectos formulados por entes territoriales (Consejo de Estado-Sala de Consulta y Servicio Civil, 2010).

En consecuencia, es posible que las universidades públicas puedan financiar parte de sus actividades con rentas provenientes de aportes parafiscales o mediante traslados presupuestales. Sin embargo, el uso de estos recursos es limitado, puesto que su destinación es específica y no permite financiar la totalidad de actividades que presenten déficit. Por otra parte, hay una supervaloración de los ingresos esperados de los aportes parafiscales, ya que hay entidades estatales que mediante contratos interadministrativos pueden contratar bajo la figura de prestación de servicios de administración de recursos o gerencia, proyectos de infraestructura[85], con entidades exceptuadas de la aplicación de la Ley 80 de 1993, que eludirían la generación del hecho que da lugar a la contribución parafiscal, puesto que el hecho generador lo constituye la suscripción de contratos de obra en el marco de la Ley 80 de 1993[86] y no mediante entidades que tienen regímenes exceptuados.

- Líneas crediticias

[85] Estos contratos se suelen suscribir con entidades estatales financieras de segundo piso (Vgr. Findeter o Enterritorio etc.), que están exceptuadas de la Ley 80 de 1993 en su régimen contractual por su condición de prestadores de servicios financieros (parágrafo 1, articulo 32 de la Ley 80 de 1993), por cuanto los contratos de obra que se suscriban por estas entidades se sujetan por regla general por las normas del derecho privado.

[86] En ese sentido, la Ley 80 de 1993 en su artículo 32 establece que los contratos de obra son los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago y conforme lo establecido en la Ley 1150 de 2007 deben sujetarse por regla general al proceso de selección de licitación pública.

El artículo 130 de la Ley 30 de 1992 establece que el gobierno nacional a través de la Financiera de Desarrollo Territorial (FINDETER) podrá establecer líneas de crédito para IES públicas o privadas con el fin de financiar programas de construcción de planta física, de instalaciones deportivas y dotación de estas. Desde la fecha de emisión de dicha disposición se ha realizado el lanzamiento de 3 líneas de crédito principales a saber:

- El Decreto 3210 de 2008 estableció una línea de redescuento con tasa compensada para el financiamiento de proyectos de las Instituciones de Educación Superior públicas o privadas que contribuyan al aumento de la cobertura educativa o al mejoramiento de las condiciones de calidad, en ese sentido, se ofrecieron tasas favorables de hasta el DTF + 2% con plazos de amortización de hasta 5 años y un plazo de colocación de operaciones de crédito hasta el 31 de diciembre de 2010. Así mismo, pone en cabeza del Ministerio de Educación el deber de transferir dichos recursos a la mencionada entidad.
- El Decreto 1722 de 2015 que se adiciona al Decreto 1075 de 2015, realiza el lanzamiento de una línea similar con el propósito de financiar: (i) Construcción, rehabilitación, mantenimiento, mejoramiento, ampliación, interventoría, equipos y bienes requeridos para el desarrollo de la educación superior y; (ii) Procesos de formación a nivel de maestría o de doctorado de docentes, estrategias de permanencia de estudiantes y proyectos de investigación. En dicha línea, se establecieron plazos de amortización de 5 a 10 años y un plazo máximo de colocación de operaciones hasta el 31 de diciembre de 2018. Dentro de los aspectos relevantes de esta línea de crédito se destaca que la viabilidad técnica de los proyectos beneficiarios está en cabeza del Ministerio de Educación Nacional, quien a su vez establece los mecanismos de seguimiento y transferencia de los recursos.
- Con ocasión a la crisis derivada de la pandemia del COVID 19, el gobierno nacional mediante Decreto 1280 de 2020, lanzo una línea de redescuento con tasa compensada con el fin de a financiar total o parcialmente los rubros más representativos de la operación de las instituciones de educación superior públicas o privadas, que ofrezcan planes de incentivos, becas o descuentos a las matrículas para la permanencia estudiantil, con el fin de prevenir la deserción de estudiantes que pueda generarse como consecuencia de la crisis provocada por el COVID-19.

Dentro de las condiciones relevantes de la tasa se estableció que la tasa aplicable correspondía al Indicador Bancario de Referencia + 2%, con plazos de amortización de hasta 5 años y un término de hasta el 30 de junio de 2021 para la colocación de operaciones de crédito. Las IES que desearan acceder a dicho beneficio, tenían que presentar un plan de beneficios, becas o incentivos que debía ser aprobado mediante acto administrativo por el Ministerio de Educación Nacional, a quien adicionalmente le correspondía realizar los traslados presupuestales para financiar la línea de crédito y establecer condiciones para su seguimiento.

Es importante recalcar que el cumplimiento de la política de crédito establecida en la Ley 30 de 1992 ha sido ocasional, sujeto a la voluntad política del gobierno de turno. En los dos últimos antecedentes se han otorgado facultades al Ministerio de Educación Nacional de arbitrar dichos recursos, dejando a Findeter únicamente el papel del estudio de los aspectos financieros, el desembolso y demás actividades de orden administrativo en las operaciones. Situación que da a entender la inexistencia de una línea política y técnica clara que permita medir el grado de cumplimiento de dicha disposición normativa, en vista de que se convierte en un aspecto que corresponde al ámbito discrecional del ejecutivo (Ocampo Londoño, 1998, p. 50).

- Subsidio a la demanda y oferta

Los artículos 350 y 366 de la Constitución Política conciben a la educación superior como un gasto público social, que es uno de los elementos económicos derivados del Estado Social de derecho. Lo cual da a entender que es una inversión con enfoque progresivo, con prioridad sobre cualquier asignación y cuyo propósito es la solución de las necesidades insatisfechas. El artículo 41 del Decreto 111 de 1996 (Estatuto Orgánico de Presupuesto) establece que el gasto público social no se podrá disminuir porcentualmente con relación al año anterior respecto del gasto total de la correspondiente Ley de apropiaciones, teniendo como referencia para su asignación el número de personas con necesidades básicas insatisfechas, la población, la eficiencia fiscal y administrativa.

El artículo 84 de la Ley 30 de 1992 menciona que dicho gasto corresponde a una obligación del Estado de destinar partidas presupuestales para garantizar el servicio como mecanismo de intervención. Situación que materializa su carácter prestacional que corrige algunas fallas generadas por las dinámicas del mercado. No obstante, la realidad muestra que el sistema de asignación de recursos establecido para subsidiar la prestación del

servicio tiene algunos inconvenientes con relación a su adecuada prestación, causados en gran parte por la jerarquización del mercado y la forma en que se concibe la educación superior. En dicha vía, las políticas existentes han establecido dos estrategias presupuestales para enfrentar los problemas que generan los sobrecostos a la educación, que son el subsidio a la demanda y oferta, cuyo propósito es mantener la cobertura del servicio, sin afectar la calidad y mantener su carácter progresivo dentro de las vigencias fiscales[87].

Estas estrategias actualmente son usadas para mantener algunas políticas de Estado y como fortín de las políticas de gobierno para el cumplimiento de metas establecidas en los planes de desarrollo, desde las cuales es posible evidenciar la concepción de la educación como derecho o bien transable. Aparentemente el mecanismo de subsidio a la demanda ha sido utilizado por los gobiernos como un instrumento de asignación de recursos, sin dejar de lado al mecanismo de subsidio a la oferta, respecto de la participación del Estado en la prestación del servicio. En realidad, son los mecanismos problemáticos y los puntos de quiebre que pueden evidenciar un posible de riesgo de captura, en consideración a que la asignación de recursos por estas vías depende del modelo de IES trazada por las regulaciones, los rankings internacionales y los programas crediticios derivados de estos instrumentos.

- Subsidio a la demanda

Bajo este mecanismo, se realizan transferencias de recursos a los beneficiarios directos del servicio (estudiantes), con un criterio progresivo y focalizado a una distribución equitativa buscando mejorar su acceso. Los artículos 110 y 111 de la Ley 30 de 1992 establecen la obligación en cabeza del gobierno nacional de implementar líneas de crédito destinadas a estudiantes de Educación Superior en instituciones de crédito oficiales tales como el ICETEX, que es la entidad encargada de ejecutar y centralizar las diferentes políticas de becas, ayudas y créditos de educación superior, ejecutados por la Nación, las entidades territoriales y las propias instituciones de este nivel de educación. Los artículos

[87] El artículo 14 del Decreto 111 de 1996 establece que el presupuesto público se rige por el principio de anualidad el cual consiste en que el año fiscal inicia el 1 de enero y termina el 31 de diciembre de cada año, impidiendo contraer compromisos presupuestales por fuera de dichas vigencias.

114 y 115 de la Ley 30 de 1992 mencionan que los recursos fiscales de la Nación y los que, por cualquier concepto, reciban las distintas entidades del Estado, destinados a becas, ayudas y créditos educativos, deberán ser girados exclusivamente al ICETEX a quien le corresponde su administración y son trasladados por intermedio del Ministerio de Educación conforme el artículo 9 de la Ley 1002 de 2005 y el artículo 12 del Decreto 1005 de 2006. Dichas disposiciones establecen criterios básicos de la asignación de becas a saber: excelencia académica, escasez de recursos económicos del estudiante, distribución regional en proporción al número de estudiantes y la distribución adecuada para todas las áreas del conocimiento.

Desde el año 2002 el gobierno nacional estableció diferentes políticas de subsidio a la demanda, a través de créditos, becas o incentivos a personas que quisieran acceder a programas de educación superior, con un enfoque de mérito y de igualdad de oportunidades en el acceso a dichos recursos (Moreno Gamba, 2021, p. 8). Si bien, desde las instancias gubernamentales se establecieron diferentes programas de crédito, los más relevantes corresponden las líneas de crédito ACCES, Ser Pilo Paga (versión I y II), Tú Eliges y Generación E. Los aspectos comunes que caracterizan estas líneas de crédito son los siguientes:

- Su creación[88] y reglamentación ha sido establecida por el gobierno nacional mediante actos administrativos reglamentarios, de delegación de funciones al ICETEX y/o convenios interadministrativos de delegación de funciones entre el Ministerio de Educación y el ICETEX para la total o parcial asunción de estas funciones.
- El Ministerio de Educación es la instancia destinataria de las asignaciones presupuestales que, mediante convenios con el ICETEX, permiten la creación de fondos para proceder con los traslados económicos que se ejecutan en los términos de un manual operativo.
- El criterio calidad y meritocracia es determinante para la asignación de recursos, tanto para las IES mediante la exigencia de un mínimo de programas acreditados

[88] Las líneas de crédito del programa de Tu Eliges o crédito ACCES se rige por los reglamentos de crédito expedidos por el ICETEX. El programa ser pilo paga se creó mediante convenio marco interadministrativo 771 de 2014 suscrito entre el MEN y el ICETEX. Finalmente, el programa generación E fue creado por el Decreto Legislativo 662 de 2020.

o de la condición de acreditación institucional, como a la población estudiantil beneficiaria, a través de los resultados en los exámenes de estado.

- El segundo factor de asignación de recursos corresponde al factor socioeconómico, para lo cual los recursos son focalizados prioritariamente a población con necesidades básicas insatisfechas.

Si bien, estos instrumentos han focalizado los recursos para la garantía del derecho a la educación superior, han sido cuestionados, porque no incentivan adecuadamente la competencia entre los prestadores. Dicha situación es causada por una tendencia a la captura mayoritaria de recursos por parte de IES privadas y en especial las que tienen la condición de acreditación (Gaviria Trujillo & Sistema Universitario Estatal, 2017), en detrimento de las IES públicas, IES de carácter universitario, técnico y/o tecnológico con programas sin la cuota de acreditación para participar en la asignación de recursos (Moreno Gamba, 2021, p. 31). Situación que profundiza la jerarquización del mercado y que ha sido levemente atenuada con el programa Generación E, porque el incentivo del mecanismo crediticio establece una cobertura total si la IES elegida es publica, respecto de un 80% si la IES es privada, es decir, que la cobertura del crédito otorgado puede ser mayor, si la IES elegida es de carácter público.

El mérito académico individual ha sido el factor más relevante dentro de los criterios de asignación de créditos y becas. Sin embargo, no atiende a un enfoque distributivo o compensatorio, debido a que propicia un mecanismo generador de desigualdades denominado acaparamiento de oportunidades, en el cual el grupo de los que tienen mejores condiciones académicas, son quienes tienen mayores probabilidades de acceder al servicio, respecto de los que no tienen un rendimiento académico relevante y están interesados en acceder[89].

Otro factor descubierto en la ejecución de dichas estrategias es la posibilidad de que los recursos sean filtrados a población con capacidad de pago para acceder a programas de

[89] Todo esto es una consecuencia de la calidad de la educación básica y media recibida, de la cual gran parte de la población en condición de vulnerabilidad ha carecido, en consideración a que las grandes ciudades o ciertos establecimientos educativos privados, son quienes repuntan en los resultados de las pruebas de Estado (2021, pp. 30–31).

educación superior, ya que dicha priorización, no es un criterio restrictivo, sino subsidiario al mérito. Así mismo, hay una tendencia a la jerarquización de los programas académicos escogidos, ya que las carreras universitarias son las más demandadas, frente a los programas técnicos o tecnológicos, toda vez que los estudiantes buscan algún tipo de rentabilidad en el programa académico escogido (Bula Escobar, 2009, p. 283), lo cual es perjudicial para la estructuración del mercado, toda vez que las IES de orden técnico o tecnológico van a tener una menor participación de las asignaciones presupuestales.

En conclusión, el mecanismo de subsidio a la demanda ha permitido evidenciar de manera directa la recepción del gasto público social a la población destinataria del servicio, mediante operaciones activas de crédito, con un relativo enfoque distributivo y compensatorio. Sin embargo, ha permitido que dichos recursos sean centralizados por parte del Ministerio de Educación y se direccionen en gran proporción a una elite de universidades privadas (Castro Mora & Taborda Moreno, s/f, pp. 8–9), con un enfoque directo al acaparamiento de oportunidades, en detrimento de las poblaciones con mayor índice de necesidades básicas insatisfechas.

Si se enfocara este mecanismo a IES públicas, los problemas que también ha generado el mecanismo de subsidio a la oferta no se pueden solucionar en una mayor proporción a la esperada, porque el valor de las matrículas en IES públicas es ostensiblemente menor a las de elite y no se generaría el ingreso esperado por esta vía, ya que el mecanismo financia la matricula, sin tener en cuenta los gastos reales para la prestación de servicio, toda vez que "(…) *El costo real de los estudiantes en las universidades públicas es mucho mayor que la matrícula que pagan* (…)"(Mora Cortes, 2018a).

- Subsidio a la oferta

Conforme los artículos 85, 86 y 87 de la Ley 30 de 1992, este mecanismo consiste en el traslado directo de recursos públicos a los prestadores del servicio. En estos casos, por disposición legal dichos traslados se pueden realizar únicamente a IES de carácter oficial y no se pueden realizar a IES privadas en consideración a la prohibición del artículo 355 de la Constitución Política[90].

[90] *Artículo 355. Ninguna de las ramas u órganos del Poder Público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.*

Estos recursos pueden ser usados para financiar sus actividades de inversión y/o funcionamiento y no tienen mayores restricciones que las establecidas en las disposiciones legales y reglamentarias que rigen su funcionamiento y su misionalidad. Con el propósito de mantener el carácter progresivo derivado del gasto público social, el artículo 86 de la Ley 30 de 1992 establece que dichos aportes deberán realizarse, estableciendo un incremento en pesos constantes, tomando como base los presupuestos de rentas y gastos a partir del año 1993 y de acuerdo con lo mencionado con el artículo 87, a partir del sexto año de vigencia de la disposición normativa, el Gobierno Nacional incrementará sus aportes para las universidades estatales u oficiales, en un porcentaje no inferior al 30% del incremento real del Producto Interno Bruto.

Por otra parte, abre la posibilidad de realizar inyecciones de capital adicionales a los ordinarios, siempre y cuando las situaciones específicas lo ameriten. No obstante, dichas disposiciones han presentado un inconveniente derivado de la relación entre los gastos que las IES públicas asumen y los recursos que son recibidos con ocasión a la metodología de subsidio a la oferta. Bajo dicha lógica, este mecanismo es insuficiente para atender la demanda de educación y los gastos que se derivan de la prestación del servicio, en la medida que las transferencias anuales de la nación vía presupuesto general se han ajustado por el IPC y los gastos generados por la operación del servicio suelen aumentar en dos cifras porcentuales anuales, lo cual, con el tiempo ha disminuido la capacidad financiera de estas instituciones llegando a afectar su sostenibilidad.

Situación causada por dos circunstancias que no fueron tomadas en cuenta dentro del concepto de gasto público social, a saber: (i) El ajuste del incremento de la asignación de la partida presupuestal a la inflación ha disminuido ostensiblemente de un 0,5 PIB en el año 2002 a un 0,4 del PIB en 2019 (Lancheros & Mora, 2022) y (ii) El incremento de la demanda del servicio requiere mayor cobertura y las condiciones de calidad establecidas por los órganos reguladores para mantenerse en el mercado. En este caso, se presenta una disminución nominal y real de las asignaciones presupuestales a las IES públicas, ya que los costos para mantener las condiciones básicas del servicio (sin contar los derivados

de un servicio cualificado de alta calidad) y mantener la demanda anual del servicio (que debería incrementarse periódicamente), no están dados únicamente por los incrementos anuales a los bienes y servicios dados por el IPC, sino que la prestación del servicio dependen de otros índices que superan al establecido por la ley, como es el salario mínimo o el incremento anual a servidores públicos, los IPC del sector de la construcción, entre otros. Las IES se ven en la necesidad de priorizar sus gastos con el fin de atender obligaciones legales, contractuales y mantener las condiciones básicas del servicio. Es importante destacar la existencia de varias soluciones que pueden mejorar la situación de desfinanciación de las IES públicas:

- El PIB no debe ser la única para establecer la metodología de asignación de recursos, sino que se deben tener en cuenta varios aspectos relevantes de la calidad del servicio (estudiantes matriculados, programas académicos, planta docente, necesidades de ampliación de cobertura, entre otros) (Noreña Jaramillo et al., 2012, p. 18).
- Se deben reconfigurar los incentivos del subsidio a la demanda para requerir servicios a IES públicas.
- La modificación de la Ley 30 de 1993 a fin de cambiar la limitante de la inflación para la asignación de recursos, a índices más realistas (Clavijo Clavijo, 2022) o teniendo en cuenta una serie de variables básicas que sustenten su viabilidad en los órganos técnicos y políticos de planeación (DNP- Min hacienda) (Lancheros & Mora, 2022).

No obstante, el mecanismo de subsidio a la oferta presenta varios inconvenientes al momento de establecer el impacto material de la política en la población beneficiaria, debido a que no permite determinar con certeza la forma en que son destinados estos recursos. Situación que genera incertidumbre respecto de la debida administración de los recursos, ya que son utilizados conforme lo determinen los órganos de administración de las IES en el marco de sus competencias, sin tener en cuenta que dicha utilización puede estar sujeta a manejos indebidos por las autoridades universitarias (Bula Escobar, 2009, p. 284).

Por tal motivo, no hay posibilidad de establecer un mecanismo eficaz de seguimiento a los recursos desde su asignación hasta la satisfacción del derecho. Sin embargo, este mecanismo presenta una ventaja respecto del subsidio a la demanda, visto que si los mayores beneficiarios de los recursos ha sido una elite de IES privadas, el valor de las

matrículas y demás derechos pecuniarios de estas IES es ostensiblemente mayor frente a las matrículas ofrecidas por IES públicas, por cuanto el mecanismo de subsidio a la oferta puede presentar mejores resultados, si el gobierno nacional realiza las asignaciones necesarias, para promover el aumento de cobertura, sin arriesgar la calidad del servicio prestado (Mora Cortes, 2018b).

- FODESEP

Los artículos 89 y 90 de la Ley 30 de 1992 crean el Fondo de Desarrollo de la Educación Superior (FODESEP) como una entidad que presta servicios financieros (de crédito) y no financieros a las IES afiliadas al Fondo. Teniendo en cuenta su naturaleza jurídica cuenta con un Consejo de Administración y una Junta de Vigilancia, que establecen las condiciones mediante acuerdos para el otorgamiento de sus servicios a IES públicas y privadas.

4.2.3 Inspección y Vigilancia

Los artículos 67 y 189 (numerales 21, 22 y 26) de la Constitución Política, establecen la obligación en cabeza del Estado de ejercer la suprema inspección y vigilancia al servicio de la educación superior. En desarrollo de estas disposiciones, se expidió la Ley 1740 de 2014, mediante la cual se regula dicha función, reglamentada por el Decreto 2070 de 2015, inserto en el Decreto 1075 de 2015, que desarrolla los aspectos procedimentales enunciados en la ley. Este marco fue establecido con el fin de instaurar algunas medidas efectivas para que las IES puedan dar un mayor cumplimiento al marco general de intervención, en especial el regulatorio que contiene las condiciones para ofrecer dicho servicio en términos de calidad[91].

Este ordenamiento legal otorga amplias facultades al Ministerio de Educación, con el propósito de adoptar medidas preventivas y sancionatorias, a fin de que las IES den

[91] Desde el Decreto Ley 80 de 1980 y hasta la expedición de la Ley 30 de 1992 no se habían establecido medidas especiales, con el fin de mantener un marco de prevención general y herramientas suficientes para que el servicio fuera prestado a fin de dar cumplimiento al propósito de Estado Social de Derecho (Castañeda Ramos & Torres Cerón, 2017, p. 114).

cumplimiento a la normatividad legal vigente, sus estatutos o se impida la afectación grave del servicio en términos de continuidad y calidad, manteniendo la autonomía universitaria, dado que los aspectos relativos a la generación del conocimiento están fuera de la órbita de dichas funciones, estableciendo la calidad como un aspecto sujeto a vigilancia. Dicho marco realiza una distinción de las funciones que se ejercen en el marco de la inspección y vigilancia, toda vez que las actuaciones ejercidas en el marco de la inspección consisten en actividad como la solicitud, verificación, rectificación de información de las IES. Mientras que en la vigilancia se realizan acompañamientos, auditorías, visitas, inicio de medidas administrativas (procesos administrativos sancionatorios y medidas preventivas), entre otros.

Otro de los aspectos relevantes, corresponde a las amplias facultades al Ministerio de Educación en el marco de dichas funciones, puesto que hay algunas que son de especial atención en consideración a que pueden afectar injustificadamente derechos de terceros, dentro de las cuales se encuentran, la posibilidad de levantamiento de medidas cautelares y gravámenes sobre bienes de propiedad de las IES, suspender la prescripción y/o caducidad de derechos y acciones a favor de las IES o de procesos ejecutivos adelantados ante la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa, es decir, que si existen deudas o créditos a favor de una IES, con el inicio de la actuación administrativa, el MEN tiene la facultad por ministerio de la Ley de decretar la suspensión del fenómeno de la prescripción, con el propósito de evaluar y establecer los mecanismos legales para perseguir la deuda.

Por otra parte, se establece una diferenciación entre medidas preventivas y sancionatorias. A las primeras les son aplicables las reglas del proceso administrativo general. Mientras a la segunda le es aplicable la facultad administrativa sancionatoria, por cuanto debe dar total observancia a las garantías derivadas del al debido proceso, como principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, *de no reformatio in pejus* y *non bis in ídem* (Cifuentes Ruiz & Martinez Bernal, 2002, p. 51).

Respecto de actuaciones sancionatorias se aclara que los sujetos de dichas medidas, únicamente pueden ser las IES o los directivos, representantes legales, consejeros, administradores, revisores fiscales, o cualquier persona que ejerza la administración y/o el control de la institución de educación superior. De igual manera, se enuncia el listado de sanciones y factores para tener en cuenta en la tasación de estas. Estos procesos se destacan por su naturaleza inquisitiva, en la cual el Estado actúa como juez y parte, en

contra del sujeto vigilado (IES) como una manifestación del *ius puniendi*, por cuanto el quejoso (estudiante) no es parte dentro de este trámite[92].

Por último, se estableció una tarea en cabeza del gobierno nacional, con el propósito de presentar ante el Congreso un proyecto de Ley que establezca las pautas de creación y reglamentación de una Superintendencia de Educación. Sin embargo, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de dicha disposición (artículo 23), ya que era violatoria de los artículos 154 y 113 de la Constitución Política, toda vez que la iniciativa para la creación de una Superintendencia es una competencia exclusiva del ejecutivo (Corte Constitucional de Colombia, 2017).

4.2.4 Participación en Instancias de Decisión

La participación directa a través de servidores públicos o terceros designados por estos, en las diferentes instancias de decisión en el gobierno interno de las IES publicas es otro mecanismo de intervención. Situación que se presenta en estas IES por disposición del artículo 64 de la Ley 30 de 1992, según el cual el Consejo Superior Universitario es el máximo órgano de dirección y gobierno, compuesto por el Ministro de Educación Nacional o su delegado, el gobernador o alcalde (en el caso de IES públicas de orden territorial), un miembro designado por el Presidente de la República, un representante de las directivas académicas, uno de los docentes, uno de los egresados, uno de los estudiantes, uno del sector productivo y un exrector universitario y el Rector quien cuenta con voz pero sin voto en las decisiones.

Situación que constituye una demostración de la figura de la participación del sector central de los diferentes niveles del gobierno nacional o territorial, en entidades o instituciones de orden descentralizado, práctica que proviene de las normas generales que regulan la estructura de la administración pública (Ley 1437 de 2011 y Ley 489 de 1998), con el fin

92 Para más información sobre el proceso administrativo sancionatorio se recomienda consultar el Procedimiento – Investigaciones a Instituciones de Educación Superior establecido por el MEN y se puede consultar en el siguiente enlace: https://sig.mineducacion.gov.co/files/mod_documentos/documentos/IP-PR-14/versiones/IP-PR-14_V3_copia_controlada.pdf

de resguardar el cumplimiento de políticas de Estado y de Gobierno, mediante las figuras del control jerárquico y/o de tutela. No obstante, dicha circunstancia puede poner en riesgo y relativizar el carácter autónomo de las IES públicas, en vista de que desde el sector oficial no solo se presenta una influencia mayoritaria en los órganos de decisión por parte del Estado, sino que son sujetos a la voluntad del ejecutivo (Mora Cortés, 2016, p. 88).

4.2.5 Barreras de Entrada.

Teniendo en cuenta el carácter relevante de la educación superior en la sociedad, el legislador ha establecido una serie de mecanismos sobre los cuales orbita el papel del Estado en la intervención de la educación superior, dado que al ser un mercado regulado, presenta restricciones para su participación en el escenario competitivo. Es importante destacar que el ordenamiento legal establece los parámetros de ingreso y salida de los prestadores y sus servicios.

Los mecanismos de ingreso corresponden a la forma en la cual el Estado otorga un permiso para la prestación del servicio a las IES y en virtud de su relevancia estratégica, tienen una serie de características comunes a saber:

- Se rigen por un procedimiento administrativo reglamentado por las disposiciones legales, reglamentarias específicas y en lo no contemplado en ellas, por las normas generales del proceso administrativo. Sin embargo, se destaca por el amplio carácter técnico de sus trámites, que evalúan los diferentes aspectos de la prestación del servicio: jurídicos, financieros, administrativos, académicos y operativos de los prestadores, por cuanto se suelen establecer plazos amplios o discrecionales en algunas de sus etapas.
- Otorgan el derecho al prestador de participar en el mercado bajo las condiciones establecidas en el marco del procedimiento administrativo y las pautas del ordenamiento legal aplicable, que consiste en la emisión de una autorizaciones, licencias o certificaciones para la prestación del servicio académico.
- Se inicia por solicitud del interesado (IES) y no de oficio.
- Producto de dicho procedimiento se emite un acto administrativo reglado y particular, que otorga o rechaza la solicitud realizada por el interesado. Excepcionalmente, se realiza mediante Ley el otorgamiento de estos derechos.

- Dicha función está generalmente en cabeza del ministro de Educación Nacional, que puede ser delegada en los términos del artículo 9 de la Ley 489 de 1998[93].
- Conforme el proceso administrativo general, estos actos únicamente son susceptibles del recurso de reposición, por ser funciones asignadas directamente al ministro de Educación Nacional.

En desarrollo, la normativa aplicable ha establecido, entre otras, tres figuras relevantes de barreras de entrada a la educación superior:

- En primer lugar, se encuentra el reconocimiento de personería jurídica o licencia de funcionamiento, que varía su trámite dependiendo de la naturaleza jurídica de las IES, ya que, para el caso de las IES públicas, corresponde al Congreso Nacional, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales o a los Concejos Municipales su creación. Sin embargo, para el trámite respectivo se requiere previamente un convenio entre la Nación y la entidad territorial respectiva, en donde se establezca el monto de los aportes permanentes de una y otra y el estudio de factibilidad socioeconómico aprobado por parte del Ministerio de Educación Nacional en el que la nueva IES dispondrá de personal docente idóneo con la dedicación específica necesaria; organización académica y administrativa adecuadas; recursos físicos y financieros suficientes, de tal manera que tanto el nacimiento de la institución como el de los programas que proyecta ofrecer garanticen la calidad académica, en el marco de las necesidades regionales y nacionales. Igualmente, de manera excepcional el trámite de reconocimiento está únicamente reglamentado por la ley.

  Para el caso de las IES privadas, el reconocimiento de la personería jurídica compete al Ministerio de Educación Nacional, mediante acto administrativo, el trámite se encuentra señalado en el artículo 100 de la Ley 30 de 1992, desarrollado

93 La Resolución 6663 de 2010 expedida por Ministro de Educación Nacional delega al Viceministro de Educación Superior la expedición y firma de los actos administrativos relacionados con el registro calificado de los programas académicos de Educación Superior, y con las reformas estatutarias distintas a las de cambio de carácter académico, creación de seccionales, redefinición y reconocimiento como universidad.

por el Decreto 1478 de 1994, dentro de los aspectos relevantes se destaca la solicitud de documentos requeridos para la constitución de personas jurídicas de derecho privado (corporaciones, fundaciones u organismos cooperativos), aspectos relativos al desarrollo de la autonomía universitaria (reglamento estudiantil, régimen docente y documentos que den cuenta de los mecanismos e instancias democráticas) y mecanismos de intervención estatal como un estudio de factibilidad socioeconómica. Conforme la Ley 1324 de 2009, el Ministerio de Educación Nacional asume varias funciones asignadas al ICFES respecto de su carácter de verificador técnico de las solicitudes elevadas en el marco de la regulación establecida para este servicio, por cuanto el trámite inicia a petición de parte, pasa a verificación por parte de la Comisión Nacional Intersectorial de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior CONACES que emite una recomendación y el ministro de educación o su delegado, fija las condiciones financieras para dar inicio a las actividades de la nueva IES y previo cumplimiento de dicha condición profiere el acto administrativo por el cual se otorga la Personería Jurídica a las IES privadas.

Dicho trámite es aplicable para el caso de la creación de seccionales de IES cuando sus estatutos lo permitan. Mientras para el caso del trámite de ratificación de reformas estatutarias o reconocimiento de representantes legales, se requiere copia del acta del órgano social respectivo en el cual conste la reforma o nombramiento y copia de los estatutos ajustados. Dichas solicitudes, serán reconocidas mediante acto administrativo.

- El trámite de otorgamiento de registro calificado, establecido en la Ley 1188 de 2008, en el Decreto 1330 de 2019 (actualmente inserto en el Decreto 1075 de 2015) y en lo no previsto en dichas normas se aplica lo mencionado en la Ley 1437 de 2011 (artículo 3 Ley 1188 de 2008 y articulo 34 Ley 1437 de 2011). Bajo este trámite, las IES obtienen el reconocimiento por parte del Estado para ofrecer programas académicos y, en consecuencia, pueden otorgar títulos académicos en la modalidad de pregrado o posgrado. Dicho reconocimiento se realiza por parte del MEN mediante acto administrativo y se otorga por el término de 7 años a partir

de su otorgamiento[94]. El otorgamiento es producto del inicio de un trámite administrativo con las siguientes características:

- La información aportada[95] en el marco del trámite tiene el carácter de reserva, siendo consultada por los funcionarios y colaboradores encargados del trámite y por parte del representante legal de la IES, siendo una causal adicional de reserva de información establecida por la ley.
- La Ley establece aspectos muy generales sobre el trámite, las características del registro calificado y los factores de revisión, el Decreto 1075 de 2015 es el instrumento que los desarrolla en detalle.
- El artículo 2 de la Ley 1188 de 2008 y el Decreto 1075 de 2015 establecen dos aspectos que son evaluados por parte de los actores involucrados en el trámite para el otorgamiento del registro calificado:
  - Condiciones Institucionales: corresponde a los factores relacionados con la calidad de la prestación del servicio desde la perspectiva de las IES y la forma en la cual se direcciona la autonomía universitaria para el cumplimiento de los fines institucionales y la garantía del derecho resguardado en el servicio. Dentro de los aspectos que son evaluados se destacan los siguientes: Mecanismos de selección, desvinculación y régimen de profesores y estudiantes; estructura académica y administrativa flexible y acorde a la prestación del servicio y las necesidades institucionales; aspectos relativos a una estructura de autoevaluación que apoye el cumplimiento de los propósitos institucionales; existencia de un programa de egresados, que permita evaluar la calidad de la prestación del servicio en el estudiante y la

[94] La normatividad establece diversas modalidades de otorgamiento del registro calificado (presencial, a distancia, dual, entre otras) y los modos de otorgamiento del registro calificado (único, por modalidades, por ciclos propedéuticos o en convenio)

95 El artículo 2.5.3.2.8.2.3. del decreto 1075 de 2015 establece la radicación en debida forma como una fase de la etapa de radicación, y menciona que dentro del término de 5 días hábiles en que las IES remiten la documentación del trámite a través de los medios establecidos la Comisión Nacional intersectorial de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior – CONACES, determinará si la IES entregó la totalidad de la documentación para dar por recibida la documentación e iniciar en debida forma el trámite establecido en la Ley 1188 de 2008, en caso contrario se otorga a las IES un término de 30 días calendario para complementar la información faltante y si dicha solicitud no es atendida se entenderá por no recibida la solicitud.

sociedad; la implantación de un modelo y políticas de bienestar que permita asegurar el cumplimiento de los programas académicos y la satisfacción de necesidades insatisfechas que impidan a los estudiantes recibir el servicio educativo en condiciones óptimas; y la búsqueda de los recursos financieros, humanos, administrativos, de infraestructura y físicos suficientes para asegurar el cumplimiento de las metas con calidad, bienestar y capacidad de proyectarse hacia el futuro, de acuerdo con las necesidades de la región y del país.

- Condiciones de los programas: corresponde a los factores relacionados con la estructuración de los programas académicos desde el punto de vista de la pertinencia académica y social y las condiciones de calidad establecidas para garantizar la prestación del servicio educativo. Dentro de los aspectos que son evaluados se destacan los siguientes: Coherencia entre la denominación del programa académico y los contenidos curriculares; contenidos curriculares acordes a las metas trazadas para la obtención del título académico; justificación de la pertinencia del programa académicos en la sociedad, desarrollo cultural y científico; cualificación de actividades que permitan apropiar el conocimiento obtenido; adecuada formación en investigación que permita fortalecer un espíritu crítico y proponer soluciones a los problemas sociales y científicos; relacionamiento con el sector externo que permita proyectar la IES en la sociedad; fortalecimiento, cualificación y ampliación del personal docente que permita desarrollar las funciones sustantivas; uso adecuado de los medios de enseñanza que faciliten el proceso cognoscitivo; y garantía infraestructura suficiente para la adecuada prestación del servicio y en especial el programa académico.

- Teniendo en cuenta lo anterior, el trámite se caracteriza por su alto nivel técnico en consideración a los aspectos que son evaluados y en esta forma se constituyen los aspectos relativos a la estructura del proceso administrativo.
- Las fases específicas del trámite se encuentran establecidas en el Decreto 1075 de 2015 y se divide en dos (2) etapas: (i) etapa de pre-radicación en

la cual se evalúan las condiciones Institucionales y (ii) de radicación en debida forma de la solicitud del registro calificado en la cual se verifican las condiciones curriculares (o de los programas) y las Institucionales cuando se encuentren observaciones o concepto no favorable en la etapa de pre-radicación. En ambas etapas, de manera posterior a la radicación de la solicitud, el MEN procede a la designación de pares académicos, que tienen el papel de verificar las condiciones propuestas en la documentación aportada, realizar visitas, generar informes y conceptos respecto de la solicitud realizada, sobre los cuales el MEN toma la decisión correspondiente mediante acto administrativo.

- En el caso de IES con reconocimiento de alta calidad, siempre que esté vigente, se entenderá surtida la etapa de pre-radicación para los programas académicos de educación superior que sean ofrecidos y desarrollados por estas instituciones, por tal motivo los aspectos de calidad se entienden agotados favorablemente.
- El término del trámite no debe exceder más de 6 meses desde el momento en que se radica en debida forma. Pasado dicho término sin tener manifestación por parte del MEN, procede la aplicación del silencio administrativo positivo.
- Se establece el Sistema de Aseguramiento de la Calidad en Educación Superior -SACES en el cual se lleva a cabo la trazabilidad del trámite y es el medio oficial en el cual las partes interesadas interactúan.
- Otro de los aspectos relevantes sobre el registro calificado de programas, es lo relacionado con la estructuración de estos mediante el sistema de créditos que se encuentra establecido en el Decreto 1075 de 2015. Este sistema constituye la unidad de medida mediante la cual se calcula la forma en que la IES y el estudiante dedicarán en un tiempo determinado las actividades por componente académico, discriminando las horas de trabajo independiente y las de acompañamiento directo del docente, que permitan evidenciar, entre otros, los resultados de aprendizaje previstos y las posibilidades de movilidad nacional e internacional de los estudiantes.

- Por último, se encuentra el proceso de acreditación en alta calidad institucional y de programas académicos. Este trámite consiste en un reconocimiento sobre la

calidad de los programas, en consideración a los aspectos que desarrollan su autonomía universitaria y su función social. Consiste en una garantía que el Estado realiza a la sociedad respecto del cumplimiento estándares de alta calidad a IES y programas académicos. El proceso tiene carácter voluntario y se otorga de manera temporal, conforme las condiciones evidenciadas por parte de pares académicos.

Las disposiciones normativas que regulan dicho trámite se encuentran en la Ley 30 de 1992, Decreto 1075 de 2015 y las que desarrolle el Consejo Nacional de Educación Superior (CESU). No obstante, los aspectos sustanciales son desarrollados en gran parte por las disposiciones proferidas por el CESU, mientras que los aspectos formales y procedimentales son establecidas en la Ley y el gobierno nacional. Así mismo, El Consejo Nacional de Acreditación es el gestor del trámite, porque es la instancia en la cual se inicia la actuación administrativa, se designan pares académicos, se evalúan los factores de calidad y pertinencia de la solicitud y se emite una recomendación para que el Ministerio de Educación, mediante acto administrativo tome las decisiones respectivas.

Sobre la decisión tomada por parte del Ministerio de Educación Nacional, procede el recurso de reposición con el fin de que sea controvertido por el interesado. Si cambian las circunstancias de hecho y derecho que dieron lugar a la recomendación de acreditación y posterior reconocimiento, el Ministerio de Educación tiene la facultad de revocar el acto administrativo proferido

4.2.6 Estructura Regulatoria

La función reglamentaria del ejecutivo establecida por el legislador conlleva amplias facultades, visto que el principal régimen regulatorio de este servicio se encuentra consignado en el Decreto 1075 de 2015, que desarrolla varías disposiciones legislativas, centralizando el esquema de intervención en el ejecutivo. Existe una cláusula general de competencia del legislador en establecer las condiciones básicas de prestación del servicio, depositando en la ley los límites de la facultad reglamentaria. Por tanto, el marco legislativo trazado no debe ser abstracto, sino que establece medidas para "(…) *señalar al menos los criterios, los parámetros y las bases de la regulación* (…)"(Corte Constitucional

de Colombia, 2007), ya que la potestad reglamentaria es la facultad para desarrollar la ley, pero no para sustituirla.

La Corte Constitucional en sentencia C-162 de 2008, estableció que los límites de la facultad reglamentaria deben ceñirse a las leyes que autorizan al presidente regular algunos aspectos del servicio en los siguientes términos:

"Existe en materia educativa una estricta vinculación del reglamento a la ley, es decir el papel del reglamento es desarrollar y precisar la Ley y no llenar los vacíos legales, pues tal como ha dicho esta Corporación "el ejercicio de la potestad reglamentaria requiere la existencia previa de un contenido o una materia legal que pueda ser reglamentada". La potestad reglamentaria carece de un ámbito normativo autónomo" (Corte Constitucional de Colombia, 2008)

Si bien, estas disposiciones evidencian que las facultades reglamentarias del ejecutivo se encuentran aparentemente definidas por la ley, existe un amplio margen de discrecionalidad. Situación generada por la falta de claridad de las leyes al momento de establecer límites esta facultad, el carácter autónomo de la educación superior y las facultades que desarrolla el papel interventor del Estado. A pesar de que la Corte Constitucional estableció que el reglamento debe ceñirse a la Ley y que de manera formal las disposiciones reglamentarias deben tener en cuenta la jerarquía normativa, en la práctica la regulación de la educación superior se compone de un alto índice de disposiciones reglamentarias que son delegadas al presidente u otras instancias adscritas al Ministerio de la cartera y sus órganos consultivos (CNA, CESU, etc.). Estos órganos no gozan de la autonomía predicada de las entidades descentralizadas, dejando sin mecanismos institucionales de control al ejecutivo y/o sus órganos, permitiéndoles en ocasiones exceder el marco de intervención trazado por el legislador (Villegas, s/f, p. 2014), a modo de ejemplo se pueden analizar los siguientes casos:

- La etapa de "*pre-radicación*" en el trámite de otorgamiento de registro calificado establecido en el Decreto 1330 de 2019 e inserto en el Decreto 1075 de 2015 no es mencionada en la Ley 1188 de 2008. Dicha situación es una manifestación de la extralimitación de la función regulatoria del ejecutivo, puesto que establece una

etapa adicional, que permitiría al ejecutivo realizar la actuación en un término superior al establecido, para evadir la generación de actos administrativos fictos o presuntos, ocasionados por el silencio administrativo positivo explicado anteriormente.

- Establecer el crédito académico en el artículo 2.5.3.1.8. del Decreto 1075 de 2015 y no en las disposiciones legislativas, como un mecanismo de estructuración de programas académicos, que responde al mecanismo de medición de Unidades de Labor Académica (ULAS) de los años 80 (Mora Cortés, 2016, p. 90), por ser un aspecto de interés general y que afecta la prestación general del servicio, debe establecerse por la voluntad democrática del legislador.
- El artículo 8 de la Ley 749 de 2002 estableció una cláusula de competencia general al gobierno nacional para reglamentar *el registro de programas académicos, los estándares mínimos, y los exámenes de calidad de los estudiantes de educación superior, como herramientas de medición y evaluación de calidad e instrumentos de inspección y vigilancia de la educación superior de* programas de educación superior en las modalidades de formación técnica profesional y tecnológica. No obstante, dicha disposición fue declarada inexequible por la Corte Constitucional, debido a que estas materias deberían ser competencia exclusiva del legislador y no deben corresponder al ejecutivo (Corte Constitucional de Colombia, 2007). Posteriormente, estos temas fueron desarrollados por el legislador mediante la Ley 1188 de 2008.

Así mismo, en el sector administrativo el uso de las herramientas para el mejoramiento normativo no ha sido incentivado de la misma manera como en el sector real. Esto es causado, porque las políticas y esfuerzos trazados por el gobierno nacional, están enfocados en sectores como la infraestructura, la industria, el comercio, tecnología, entre otros. Como evidencia, se resalta que la educación fue uno de los sectores seleccionados en el año 2021 por el Comité de Mejora Normativa para iniciar con un proyecto de depuración normativa. Sin embargo, no existen evidencias de la implementación de estrategias de mejora normativa en dicho sector. El uso del mecanismo de abogacía de la competencia en el sector de la educación es nulo, puesto que desde su implementación no existen registros en la página web de la SIC sobre conceptos o recomendaciones realizadas a proyectos de regulación en el sector. Lo cual, es una situación preocupante, ya que obligaría a las autoridades reguladoras para tener en cuenta estos conceptos, al momento de emitir actos regulatorios.

Esta situación evidencia una falta de voluntad política del ejecutivo para establecer estrategias de mejoramiento en la regulación o la inexistencia una cultura de lo "*regulatorio*", que se traduce en que las autoridades administrativas son las únicas depositarias de buenas intenciones, sin acciones determinantes para mejorar el servicio. Dichas acciones se basan en el cumplimiento formal y parcial de las buenas prácticas regulatorias, como las siguientes:

- Se resalta la inclusión de la política de mejora normativa dentro de las Políticas de Gestión y Desempeño Institucional conforme la Resolución 010491 de 2019, que no incluye el rigor y las herramientas proporcionadas en el documento Conpes 3816 de 2014.
- El MEN emitió la Guía de Implementación de la Política de Mejora Normativa, que contiene varios de los supuestos enunciados en las bases sentadas por el documento Conpes, pero no hay evidencia de la aplicación de las herramientas trazadas en el Análisis de Impacto normativo por parte del Ministerio de Educación Nacional.
- Únicamente 4 proyectos regulatorios y la agenda regulatoria han sido publicados en el SUCOP, donde se resuelven las observaciones de los ciudadanos interesados, lo cual evidencia una aplicación precaria de estos instrumentos

Desde la organización del Estado, los Ministerios son considerados órganos políticos, por tal motivo, no es conveniente que este tipo de autoridades lleven la vanguardia de la actividad regulatoria. Toda vez que pueden comprometer su neutralidad, puesto que también tiene a su cargo la gestión de los recursos destinados para financiar el servicio, dirige las actividades de inspección vigilancia y control, así como otras funciones relativas al relacionamiento con el sector. La sola distribución de funciones en sus dependencias no es suficiente para garantizar la legitimidad que el rigor técnico y la independencia requieren para llevar a cabo la actividad regulatoria. Esta situación evidencia un alto riesgo de concentración del poder regulatorio en cabeza del ejecutivo, toda vez que sus funciones pueden ser desarrolladas de manera autónoma por un organismo de la administración central que emita, intervenga y/o desarrolle los estándares del servicio definidos por la constitución y la ley.

4.2.7 Entidades del sector Administrativo

Los artículos 42 y 44 de la Ley 489 de 1998 y el Decreto 1075 de 2015 establecen a la educación superior como parte del sector administrativo de la educación, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional. Esta entidad que concentra gran parte de las actividades del Esquema de intervención. En adición, este esquema se conforma por otras autoridades de orden descentralizado, con funciones muy delimitadas, así como órganos asesores y sistemas que dan fluidez al esquema. El Decreto 1075 de 2015 y la Ley 30 de 1992, establecen las siguientes entidades en el sector:

- ICETEX: es una entidad financiera de orden público, vinculada al Ministerio de Educación Nacional, que se encuentra regulada por la Ley 1002 de 2015. Se rige por las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-EOSF, su objetivo es fomentar el acceso y permanencia a la educación superior priorizando la población de bajos recursos económicos y aquella con mérito académico en todos los estratos, mediante el otorgamiento de becas, créditos y demás actividades establecidas por parte del EOSF[96] y el artículo 2 del Decreto Ley 3155 de 1968.
- Fondo de Desarrollo de la Educación Superior - FODESEP: es una entidad de economía mixta[97] creada bajo los principios de la economía solidaria enunciada en el artículo 89 de la Ley 30 de 1992, que tiene por objeto principal fomentar, financiar, promover y plantear proyectos e iniciativas formuladas por las IES.
- ICFES: creada como establecimiento público, mediante el Decreto 3156 del 26 de diciembre de 1968 y conforme al artículo 38 de la Ley 30 de 1992 se le asignaron funciones de fomento, formulación y ejecución de políticas, gestión de información sectorial, entre otras relacionadas con la educación superior. No obstante, la Ley 1324 de 2009 transformó su naturaleza jurídica a una empresa estatal de carácter social, limitando sus funciones únicamente a la prestación de servicios de evaluación de la educación, realización de investigaciones y generación de

96 Captar fondos provenientes del ahorro privado y reconocer intereses sobre los mismos, y administrar directamente los fondos o celebrar contratos de fideicomiso, garantía, agencia o pago a que hubiere lugar

97 Conforme la Ley 30 de 1992 y el Decreto 2905 de 1994, sus ingresos y patrimonio están compuestos por los aportes que anualmente se realicen desde el presupuesto nacional y las participaciones que realicen las entidades afiliadas (IES).

informes y estadísticas sobre algunos aspectos relativos a la calidad educativa, asignando las demás funciones estratégicas para la formulación de políticas de la educación al MEN.

A estas entidades les fueron asignadas funciones muy específicas dentro del esquema de intervención. Las demás funciones han sido ejercidas y asumidas por el Ministerio de Educación Nacional y eventualmente por el presidente mediante la expedición de decretos en el marco de su facultad reglamentaria, que asigna al Ministerio de la cartera atribuciones adicionales. Resulta preocupante la pérdida de protagonismo que tuvo el ICFES como integrante del esquema de intervención a partir del año 2009, puesto que actualmente es prestador de servicios de evaluación y diagnostico a entidades públicas o privadas; varias de sus funciones de orden político y/o administrativo han sido asumidas por el MEN.

Esta circunstancia determina que la reforma establecida en el artículo 12 de la Ley 1324 de 2009, enmarca la función de evaluación dentro del esquema de intervención en la educación superior como un servicio transable y susceptible de ser privatizado[98], mediante actividades de diagnóstico y consultoría que pueden ser prestadas a públicos y privados. Dicho régimen no establece lineamientos específicos respecto de la evaluación, con una tendencia a relajar los esquemas de control sobre la educación superior, sujeta al acuerdo de voluntades del ICFES y sus contratantes. Lo cual puede generar incentivos para que el diseño y los resultados de los instrumentos de medición creados en el marco de una función estatal, sean utilizados como instrumentos de mercadeo con fines privados, lo cual puede promover la jerarquización del mercado. En consecuencia, este servicio es un mecanismo que prepara estudiantes para que tengan los más altos puntajes y no para el fin último de la educación superior, con el fin de direccionar la demanda del mercado mediante información elaborada por el ICFES, que puede estar sujeta a direccionamiento con fines particulares (Vergara Mesa, 2009, p. 19).

[98] .Servicio que no se sujeta a las reglas establecidas por la Ley 80 de 1993, sino por el derecho privado.

4.2.8 Órganos Asesores

El ordenamiento legal ha establecido una serie de organismos asesores, para que el ejecutivo pueda tomar dichas decisiones con una perspectiva técnica, que no tienen el carácter de institución o entidad descentralizada[99], dependiendo del MEN en aspectos financieros[100] y su representación legal. La Corte Constitucional en sentencia C-188 (1996) ha dicho que son organismos técnicos y administrativos, sin finalidades políticas que, por las calidades de sus integrantes, pueden desarrollar el servicio y no atender a los intereses particulares de las IES. El ordenamiento legal, ha establecido 3 órganos principales que lideran el aseguramiento de la calidad en la educación superior:

- Consejo Nacional de Educación Superior (CESU): creado y reglamentado por los artículos 34 y subsiguientes de la Ley 30 de 1992, que es la máxima instancia colegiada para la orientación de políticas públicas en educación superior, y establece las pautas mínimas para la prestación del servicio público de educación superior. Dentro de las funciones asignadas, se encuentran las siguientes: proponer políticas y planes para la marcha de la educación superior; recomendar la reglamentación y procedimientos para organizar el sistema de acreditación, organizar el sistema nacional de información, organizar los exámenes de estado, establecer las pautas sobre la nomenclatura de títulos, creación de instituciones de educación superior, requisitos de creación y funcionamiento de los programas académicos; sugerir la suspensión de las personerías jurídicas otorgadas a las instituciones de educación superior; proponer mecanismos para evaluar la calidad académica de las instituciones de educación superior y sus programas; darse su propio reglamento de funcionamiento; y proponer las funciones que considere pertinentes en desarrollo de la Ley 30 de diciembre de 1992.

---

99 Conforme el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, no tienen presupuesto propio y tampoco tienen personería jurídica

100 Como se puede evidenciar en la Resolución 024838 del 30 de diciembre de 2022, por el cual se realiza la desagregación presupuestal del MEN para el 2023, se establecen una asignación presupuestal de funcionamiento para órganos asesores y consultores de la educación superior, se puede consultar dicha Resolución en el siguiente enlace: https://www.mineducacion.gov.co/1780/articles-409199_recurso_13.pdf. Así mismo, la constitución del presupuesto del Ministerio de Educación Nacional, se puede consultar en el siguiente espacio: https://www.mineducacion.gov.co/portal/micrositios-institucionales/Modelo-Integrado-de-Planeacion-y-Gestion/Subdireccion-de-gestion-financiera/365696:Presupuesto-general-de-ingresos-gastos-e-inversion.

Está compuesto por 16 dignatarios, con una participación mayoritaria del sector público (8 miembros) entre los que se encuentra el MEN, el Departamento Nacional de Planeación, IES públicas y otras entidades descentralizadas; la participación de las IES privadas se limita a 3 miembros; la participación de otros actores principales en el sector se limita a 5 integrantes, entre sector productivo, comunidad estudiantil, docente y comunidad académica. El artículo 45 de la Ley 30 de 1992 establece que para el adecuado funcionamiento del CESU se establecen varias comisiones asesoras que determinan políticas para cada uno de los niveles de la educación superior. La composición de sus comisiones está integrada por rectores de instituciones públicas y privadas, designados por la asamblea de las IES de acuerdo con su tipología (técnicas, tecnológicas, profesionales o universidades), un representante de la comunidad académica y del sector productivo elegidos por el CESU.

- Comisión Nacional Intersectorial de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (CONACES): creada por el Decreto 2230 del 2003 y el artículo 43 del Decreto 5012 de 2009; reglamentada por la Resolución 10414 de 2018 del MEN y Colciencias en el marco de lo establecido en la Ley 1740 del 2014, como un mecanismo de armonización de las funciones administrativas asignadas a dichas entidades. Es un organismo de asesoría y coordinación intersectorial, compuesto únicamente por el MEN y el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – COLCIENCIAS (Ahora Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación), pertenece al sector administrativo de la educación, sus competencias están relacionadas con el sistema de aseguramiento de la calidad de la educación superior y se encarga de la valoración del cumplimiento de los requisitos para la creación de IES, el cambio de carácter académico, redefinición, creación de seccionales y reconocimiento de universidades, también le corresponde evaluar que los programas académicos cumplan con las condiciones de calidad para su oferta y desarrollo, emitiendo el respectivo concepto sobre la procedencia de la renovación del registro calificado.

  Su distribución es la siguiente: (i) una Sala General compuesta por el ministro de Educación y el ministro de Ciencia, Tecnología y Emprendimiento; (ii) una sala de revisión y consulta; (ii) las salas de evaluación: y (ii) las salas de coordinadores.

Las salas de evaluación, coordinadores, de revisión y consulta están compuestas por académicos elegidos por una convocatoria organizada por el MEN con el visto bueno de los integrantes de la sala general, un coordinador, un secretario técnico y un abogado que son designados por la subdirección de aseguramiento de la calidad de la educación superior del MEN, con una composición mínima de 4 integrantes.

Estás salas distribuyen sus funciones, teniendo en cuenta, los trámites que se dan en cada una, mientras que unas tienen un carácter más consultivo o de generación de lineamientos, otras tienen el carácter evaluativo de los tramites que realicen las IES para poder acceder al mercado de la educación superior y poder ofrecer programas académicos dentro del marco de las disposiciones legales y reglamentarias. Asimismo, dicha reglamentación ha establecido un régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés, el cual en gran parte es asimilable al de los servidores públicos y causales adicionales que son aplicables al ejercicio propio de la Comisión. Por otra parte, se establece en cabeza del MEN, un mecanismo de evaluación específico al desempeño de los miembros de las salas, así como disposiciones de carácter disciplinario específicas para los miembros.

- El Consejo Nacional de Acreditación (CNA): creado por el artículo 54 de la Ley 30 de 1992 y regulado por las disposiciones establecidas por el CESU conforme el artículo 54 de la Ley 30 de 1992 y el Acuerdo 1 del 2020. Tiene como función la promoción y ejecución de la política de acreditación adoptada por el gobierno nacional con asesoramiento del CESU, mediante la determinación de políticas para la acreditación en alta calidad institucional y de programas académicos, orientando a las IES para que adelanten su autoevaluación. De igual manera, adopta los criterios de calidad, instrumentos de carácter técnico y el recurso humano mediante pares académicos para el mencionado propósito, a fin de realizar la evaluación para conceder a las IES el reconocimiento de acreditación conforme el artículo 1.1.3.2. Decreto 1075 de 2015.

  Compuesta por 9 académicos de las más altas calidades científicas, académicas y profesionales, resultado de un proceso de selección iniciado por el MEN y elegido por el Consejo Nacional de Educación Superior CESU. Se encuentra organizado por varias salas, a saber: (i) la sala general de acreditación, compuesta por los nuevos miembros referidos anteriormente; (ii) una coordinación del Consejo

Nacional de Acreditación que es designada en cabeza de un representante de los 9 consejeros integrantes del consejo; (iii) salas temporales especiales, conforme a las necesidades específicas de evaluación académica de las IES; (iii) una comisión técnica conformada por expertos académicos que han sido miembros del Consejo Nacional de acreditación, expertos académicos nacionales y extranjeros, representantes del ICETEX, del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, de las comunidades Académicas y científicas en general, de los órganos consultivos y asesores del gobierno nacional, así como las asociaciones y agremiaciones que intervienen en el desarrollo de la educación superior y el sector productivo.

Las salas trabajan apoyadas por una secretaría técnica conformada por el personal del Grupo de acreditación de la subdirección de aseguramiento de calidad de la educación superior del MEN y pares académicos que se encargan de la etapa externa del proceso de acreditación. Su reglamentación establece un régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés, que en gran parte es asimilable al de los servidores públicos, con causales adicionales aplicables al ejercicio propio de la Comisión. Por último, se establece en cabeza del MEN, un mecanismo de evaluación específico al desempeño de los miembros de las salas y disposiciones de orden disciplinario específicas.

De las disposiciones reglamentarias descritas, se resaltan los siguientes aspectos relevantes:

- Hay una fuerte influencia del MEN en los organismos asesores, puesto que participa en la elección de sus integrantes, hace parte en la toma de decisiones o realiza algún apoyo técnico/jurídico. Esta situación puede afectar la neutralidad en la emisión de conceptos para autorizaciones, emisión de registros calificados o certificaciones de registro de alta calidad de programas académicos o institucionales, ya que de dichos organismos se predica una independencia técnica, que coadyuve al Ministerio de Educación en el proceso de toma de decisiones, sin sesgos generados por su intervención directa o por la dependencia presupuestal, que puede afectar la legitimidad de dichos organismos.

- Hay una participación residual de los directos beneficiarios del servicio (estudiantes, gremios, cuerpo docente). Si bien las disposiciones regulatorias establecen una cierta rigurosidad técnica sobre el mecanismo de elección, son aspectos que deberían ser reglamentados con una base democrática, mecanismos participativos y meritocráticos.

4.2.9 Sistemas

El ordenamiento legal ha establecido la figura de los sistemas, que son mecanismos para integrar los actores, autoridades administrativas, información, instrumentos, recursos y demás elementos relevantes a fin de generar mayor eficiencia y eficacia en las actuaciones que estos ejecuten dentro del marco de intervención. La Ley 30 de 1992 establece 5 sistemas que se enfocan en aspectos específicos de la prestación del servicio a saber:

- Conforme el artículo 53 de la Ley 30 de 1992, el Sistema Nacional de Acreditación tiene como objetivo principal: garantizar a la sociedad que las instituciones de educación superior que se hayan acogido al trámite voluntario de acreditación en alta calidad cumplan los más altos requisitos de calidad, integrando políticas, órganos asesores, tramites y actores relevantes en dicho trámite. Los principales órganos en el sistema son el CESU y el CNA[101].
- El articulo 56 Ley 30 de 1992 establece el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior (SNIES), cuyo objetivo principal es divulgar información para orientar a la comunidad sobre la calidad, cantidad y características de las instituciones y programas. Su reglamentación corresponde al CESU.
- El Sistema de Aseguramiento de la Calidad en la Educación Superior[102], que define como una herramienta que recopila un conjunto de instituciones e instancias definidas por el marco normativo, que se articula por medio de políticas y procesos diseñados con el propósito de asegurar la calidad de las instituciones y sus programas. Este sistema promueve las instituciones, los procesos de evaluación,

[101] No obstante, existen otros actores relevantes dentro de los cuales se encuentra el MEN, el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, el Consejo Nacional de Acreditación las instituciones que optan por la acreditación, las comunidades académicas y científicas y los pares académicos.

102Para más información consultar: https://www.mineducacion.gov.co/portal/Educacion-superior/Sistema-de-Educacion-Superior/235585:Sistema-de-aseguramiento-de-la-calidad-de-la-educacion-superior

autorregulación y mejoramiento de sus labores formativas, académicas, docentes, científicas, culturales y extensión, contribuyendo al avance y fortalecimiento de la comunidad y sus resultados académicos, bajo los principios de equidad, diversidad, inclusión y sostenibilidad.

- Los artículos 81, 82 y 83 de la Ley 30 de 1992 establecen el Sistema de Universidades del Estado, como un mecanismo en el cual las IES públicas pueden generar sinergias para la administración eficiente de recursos financieros, humanos y físicos; espacios de integración, gestión de conocimiento mediante intercambios; creación o fusión de programas académicos entre IES públicas (vía convenio) y crear condiciones para evaluar el servicio prestado, otorgando a dichas instituciones la obligación de crear planes periódicos para fortalecer dicho sistema. Se reglamenta de acuerdo con las disposiciones establecidas por el MEN, previa recomendación del CESU.
- El Sistema para la Prevención de la Deserción de la Educación Superior (SPADIES), que es un sistema de información (perteneciente al SNIES) sobre la permanencia de los estudiantes de la educación superior, con el fin de establecer estrategias de acompañamiento. Contiene datos acerca de información socioeconómica de la comunidad estudiantil, estadísticas de deserción y resultados de implementación de estrategias de acompañamiento.

Es importante resaltar que hay una serie de trámites existentes para el otorgamiento de licencias, registros calificados o certificados de acreditación en alta calidad, en los cuales interviene el MEN como autoridad administrativa, en los sistemas de información y en los órganos asesores.

Se destaca que si bien existe un mecanismo altamente burocratizado y tecnificado que tiene la pretensión de resguardar el interés general, no existe un mecanismo de control social o instancia diferente al Ministerio que permita realizar una adecuada evaluación externa de los trámites, gestiones y relaciones que son sometidos a consideración de dichas autoridades administrativas.

Estos sistemas establecen una serie de sistemas de información que tienen un carácter muy sofisticado, compuestos por organismos con un carácter técnico muy elevado en virtud de las calidades predicadas del ordenamiento legal. No obstante, ante la alta

rigurosidad técnica de la regulación en la educación superior, no hay un mecanismo en el marco del principio de equilibrio de poderes que permita dividir las funciones de inspección, vigilancia y regulación de este servicio público. Situación propiciada por la intervención o acción reiterada del MEN en el esquema de intervención, sesgando la objetividad predicada del papel del Estado en la economía, toda vez que en dicha entidad se concentran otras funciones que no corresponden a la de inspección y vigilancia, sino que encabeza otras funciones de orden político como la gestión de recursos u otros mecanismos de fomento, la participación en órganos de decisión de algunas IES, entre otras.

4.3 Otros Aspectos que Inciden en el Mercado

4.3.1 Los Rankings internacionales

Existen otros mecanismos qué no siendo reconocidos como instrumentos institucionales, inciden en el mercado de la educación superior, en virtud de que son mecanismos que le otorgan cierta legitimidad a las IES e influyen en la toma de decisiones por parte de las autoridades estatales o los gremios que las agrupan. Uno de estos elementos son los Rankings Internacionales, cuyo origen está ligado a los procesos de cualificación de la educación superior de la sociedad norteamericana en el siglo XIX, que evolucionaron en la medida en que fueron tenidos en cuenta por parte de entidades estatales y sociedades científicas reconocidas a fin de destinar recursos económicos para el fomento del servicio. Posteriormente, se establecieron mecanismos de medición internacional en China y Estados Unidos y a la fecha se mantienen, que son medidos por firmas consultoras públicas y privadas en asocio con instituciones que administran bases de datos académicas (Barsky, 2018).

En este contexto, la proliferación de los rankings es una consecuencia natural de la globalización, en consideración a que responde a una necesidad de dar acceso a información sectorizada al público general y las autoridades gubernamentales, generando una cultura de rendición de cuentas, que en principio no es negativa y puede ser democrática, pero puede ser perjudicial, ya que sus criterios pueden ser parcializados. En consecuencia, se genera un esquema de jerarquización del mercado, causada por la reputación de las firmas o de los factores que se estructuran en los rankings (Ordorika & Lloyd, 2014, pp. 131–132). Circunstancia que va en detrimento, de una adecuada

prestación del servicio, puesto que la información que es arrojada por dichos mecanismos de medición sirve de base para la toma de decisiones políticas, el traslado de recursos públicos o privados afectando las necesidades locales, ya sea por el aumento de la demanda de servicios, la disminución de costos de operación por la flexibilización de políticas o la captación de recursos públicos. En concordancia, estos mecanismos han sido fuertemente criticados por la academia, específicamente por los siguientes factores:

- Los factores de evaluación no son totalmente objetivos en consideración al concepto de universidad o calidad educativa predicada en cada instrumento de medición[103].
- Los principales rankings internacionales son establecidos por instituciones en sociedades que no suelen tomar como punto de referencia publicaciones o producción científica en idiomas diferentes al inglés.
- Las firmas consultoras que establecen los criterios de evaluación de la educación superior suelen basar sus criterios en la opinión de empresas y el mercado laboral. Diferentes encuestas a nivel empresarial consideran que las IES de las cuales proviene la mano de obra no es un factor de selección determinante (Barsky, 2018).
- No hay una base científica que permita establecer la ponderación de los diferentes factores de valoración.
- No hay una necesidad de establecer mediciones enfocadas a cuantificar y/o cualificar el beneficio social obtenido del servicio prestado por las IES (Ordorika & Lloyd, 2014, p. 132).
- Hay mayor preponderancia por la evaluación de factores cuantitativos que los cualitativos[104].

[103] El ranking oficial establecido en China considera que la investigación es un elemento fundamental de la calidad de la educación superior (Martínez Rizo, 2011, p. 82), mientras que los estándares rusos se enfocan en el posicionamiento de investigadores en sociedades académicas reconocidas local o internacionalmente.

[104] Por ejemplo, mayor cantidad de revistas indexadas o grupos de investigación con cierta calificación

- En algunos casos hay IES que suelen pagar suscripciones o asesorías a las firmas evaluadoras, con el fin de figurar en estos rankings o mejorar su posición[105].

4.3.2 El Modelo de Indicadores del Desempeño de la Educación – MIDE

En Colombia, el MEN institucionalizó un mecanismo de medición y comparación de rendimiento de la educación superior, denominado Modelo de Indicadores del Desempeño de la Educación – MIDE, con dos versiones en 2015 y 2017. Su propósito es dar a conocer al público general y en especial, a los padres de familia, información sobre las IES a las cuales la población joven quiere acceder[106]. Si bien trae a colación varios elementos informativos relevantes para la finalidad mencionada, ha tenido varias críticas de la academia y los medios, puesto que algunos elementos de su estructuración no son diseñados con un suficiente rigor técnico o jurídico.

Dentro de los criterios que llaman la atención se destacan los siguientes:

- La clasificación de IES en la medición difiere de la establecida en la Ley 30 de 1992. La clasificación establecida por el ordenamiento legal corresponde a universidades, instituciones universitarias e instituciones técnicas y tecnológicas, mientras que el instrumento del MIDE categoriza las IES en los siguientes grupos:
    - IES con pregrado con enfoque doctoral
    - IES con pregrado con enfoque de maestría
    - Universidades con pregrados entre 2 y 4 áreas de conocimiento
    - Universidades con pregrados entre 5 y 8 áreas de conocimiento
    - Instituciones Universitarias con pregrados entre 2 y 4 áreas de conocimiento

---

105 El observatorio de la universidad colombiana publicó en el año 2022 un artículo en el cual se evidencia que la Universidad de caldas realizó pagos por una membresía para aparecer en el ranking QS de “mejores universidades”. Para más información, consultar el siguiente enlace: https://universidad.edu.co/pagos-a-qs-world-university-cuestionan-importancia-de-estos-rankings/

106 En los diferentes comunicados de prensa realizados por parte del Ministerio de Educación esta ha sido la pretensión que se le ha dado a este mecanismo, para mayor información consultar: https://www.mineducacion.gov.co/portal/salaprensa/Comunicados/362968:MIDE-es-una-herramienta-util-para-seguir-avanzando-en-la-calidad-de-las-Instituciones-de-Educacion-Superior-ministra-Giha

    - Instituciones Universitarias con pregrados entre 5 y 8 áreas de conocimiento
    - Instituciones de pregrado y posgrado en un área determinada
  - Esta clasificación no tiene asidero en los modelos de acreditación en alta calidad trazados por el CNA.
- El modelo no tiene explicaciones de porque no se evaluaron la totalidad de IES, evidenciando un desconocimiento por las necesidades locales o incluso errores de categorización.
- los criterios de categorización difieren en gran parte de los factores de evaluación que son utilizados en los tramites de solicitud de registro calificado o de acreditación institucional.

En su segunda versión algunos errores fueron optimizados, como el enfoque en las funciones sustantivas de la educación superior. Algunos aspectos que de fondo no fueron solucionados por su falta de coherencia con el mercado y el rol interventor del Estado. Situación que puede desviar los propósitos de la educación superior por los siguientes motivos: (i) hay una relativización de la legitimidad de los procesos de acreditación institucionalizados, que se supone, cuentan con una aparente rigurosidad técnica y política (El observatorio de la Universidad Colombiana, s/f), puesto que se esperaba que las Instituciones acreditadas aparecieran en los primeros puestos, lo cual no ocurrió (Mora Cortés, 2016, p. 149); (ii) las mediciones sin contexto pueden ser usadas de manera oportunista por algunas IES para promocionar de manera distorsionada sus servicios (El observatorio de la universidad Colombiana, 2017), afectando la forma en la cual se comporta la demanda del servicio y desincentivar su uso (Ayala de Rey, 2015, p. 8); (iii) el ranking establece modelos ideales de IES, afectando la autonomía universitaria; (iv) se evalúa con relativa homogeneidad un mercado caracterizado por la heterogeneidad y (iv) su elaboración no tiene un origen democrático y participativo (Mora Cortés, 2016, p. 118), sino impuesto por parte del gobierno de turno.

Si el objetivo establecer instrumentos para optimizar el carácter progresivo de la educación a través de información relevante de acceso para población interesada, es importante que la misma sea estructurada con base en los objetivos e instrumentos de evaluación que se

han diseñado para optimizar el servicio y no bajo otros enfoques no reconocidos por las fuentes oficiales. Esta situación le resta legitimidad a los instrumentos de acreditación oficialmente establecidos, ya que pone a disposición del público información oficial que no ha sido estructurada bajo criterios oficiales de calidad, induciendo las decisiones de adquisición del servicio con un criterio diferente al establecido por el ordenamiento legal vigente.

4.4 Aspectos Relevantes del escenario regulatorio

Además de la descripción de los factores gubernamentales y externos que definen la dinámica del servicio y su mercado, se resalta que la operación de la educación funciona como una suerte de cadena de transacciones donde confluye la oferta y la demanda que en conjunto con los instrumentos de intervención dan cuenta del estado actual del mercado. En primer lugar, es un mercado caracterizado por la toma de sus propios productos como insumo y del proceso productivo depende la calidad del servicio prestado (Ayala Oramas, s/f, p. 98), es decir, que el estudiante no es únicamente un beneficiario del servicio, sino que hace parte del proceso productivo en las actividades de investigación, extensión o la docencia[107]. Lo anterior permite cualificar el servicio y reducir costos en el recurso humano utilizado en estas actividades.

Factores como el enunciado y la mayor atracción de excedentes provenientes de actividades no operacionales (donaciones, subsidios, beneficios tributarios entre otros) son determinantes de la dinámica de competencia del mercado (Ayala Oramas, 1998, p. 165). En la medida que la tecnología utilizada para cualificar el servicio y la experiencia del estudiante sean usados estratégicamente por las IES, existe posibilidad de estructurar el mercado, lo cual es característico para constituir una elite dentro de los oferentes del mercado. Mientras en los eslabones intermedios hay un equilibrio en la relación de oferta-demanda. En los inferiores están quienes ofrecen productos con el estándar mínimo requerido y presentan déficit en la demanda de sus servicios (1998, p. 101).

[107] Varios ejemplos de esta circunstancia, es participar activamente en grupos y/o semilleros de investigación, equipos interventoría o consultoría o mediante apoyos asistenciales a docentes.

A lo largo del documento, se ha enunciado que el escenario regulatorio es el mecanismo de base para consolidar la existencia de una elite en los prestadores del servicio. Su presencia es una consecuencia de la estructuración de un escenario regulatorio y político que apalanca los instrumentos de financiación basado en los siguientes factores:

- Los artículos 31 y 33 de la Ley 30 de 1992 establecen medidas de fomento e inspección específicas para estimular las actividades investigativas. Esta situación evidencia que las IES lleven a cabo actividades científicas de investigación de alto nivel, es decir, las que se realizan en el marco de los programas de maestría y doctorado pueden ser acreedoras de rentas públicas. Bajo esta lógica, las IES de orden de técnico y tecnológico, quedarían fuera de las medidas de fomento económico establecidas para la investigación de alto nivel [108].
- Aunque buena parte del mercado laboral no establece abiertamente filtros en el proceso reclutamiento del talento humano sujeto a la IES de proveniencia del aspirante. Existe una gran influencia de algunas IES que se encuentran en esta elite de trasladar talento humano para ocupar posiciones eminentes en instituciones públicas relevantes en el orden nacional (Gómez et al., 2007, p. 178). Esta circunstancia refuerza la tesis de que la IES de proveniencia, es una situación que permite ubicar talento humano en cargos estratégicos del gobierno nacional y eventualmente generar un riesgo de influencia en el regulador de la educación superior.
- Dentro de los instrumentos de fomento, bajo el modelo de subsidio a la demanda se evidencia que los programas de educación técnica y tecnológica no fueron preferidos por los beneficiarios, así como las universidades públicas. Esta situación impide que las IES con un perfil de orden técnico y tecnológico no puedan acceder a recursos públicos para optimizar sus condiciones calidad y que las IES publicas puedan disminuir el impacto de la crisis financiera por las que están atravesando a causa del modelo establecido de subsidio a la oferta.

---

[108] En un artículo de opinión del espectador, se enuncia que al existir una elite que lleve la vanguardia en la formación del conocimiento se establece una agenda especifica de investigación a nivel nacional, para mayor lectura consultar el siguiente enlace: https://www.elespectador.com/opinion/columnistas/cartas-de-los-lectores/sobre-las-elites-academicas/

- Con ocasión a la expedición a la Ley 30 de 1992, se generó una tendencia a no fomentar el conocimiento técnico y tecnológico, en consideración a que las IES buscan aumentar su estatus académico-social a la categoría de IES inmediatamente superior y no fortalecerse en el segmento de la educación superior. Situación que ha generado que las IES técnicas y tecnológicas tiendan a desaparecer con ocasión de mejorar su posición para un mayor acceso a recursos. Una consecuencia negativa, es el bajo estimulo de generar conocimiento técnico y tecnológico, necesario para el desarrollo de una sociedad, por la desaparición las IES enfocadas en estos niveles de educación (López Rodríguez, 2014).
- Existe una tendencia a mantener un *apartheid* educativo en el cual, la educación es un factor para conservar desigualdades sociales, en el cual las elites del país han podido acceder a educación de alta calidad. Mientras tanto, la educación de baja calidad es un servicio al cual si quiera pueden acceder sectores con necesidades básicas insatisfechas. Esta situación no es generada por acciones propiciadas por la elite, sino por un silencio mantenido por el sector político y empresarial, posterior a la expedición de la Ley 30 de 1992 (Gómez Giraldo, 2018, pp. 270–278).
- Instrumentos como el MIDE y los rankings internacionales han servido para categorizar a las IES. Aunque son instrumentos que permitirían aumentar la competitivas del sector en beneficio de las condiciones de calidad. Se han evidenciado cuestionamientos respecto del rigor técnico utilizado para estructurar estas herramientas de evaluación y la neutralidad de estas, que se evidencia en modelos establecidos por sectores específicos o la compra de derechos para ocupar un lugar en sus resultados.

La relación entre las condiciones de calidad y la capacidad de recibir mayores ingresos por actividades misionales y/o no operacionales, son los factores que propician la jerarquización del mercado. El factor calidad es el objetivo al cual apunta la competencia en este mercado e incentiva la generación de una mejor reputación, que es otro activo fundamental para la generación de rentas (Ayala Oramas, s/f, p. 101). Sin embargo, la calidad tiende a ser reemplazada por la eficiencia económica cuando no es posible mantener el estándar básico (Hernandez Álvarez, 1999, p. 51)

Una forma de explicar esta dinámica se da cuando una Universidad que posea el certificado de acreditación en alta calidad y adicionalmente tenga una buena posición

reputacional generada por los rankings internacionales, tiene acceso a los recursos financieros, académicos, físicos y sociales, que le permiten captar una mayor porción de recursos públicos. En consecuencia, cumpliría con las condiciones establecidas para recibir recursos vía subsidio a la demanda, así como, rentas por actividades de fomento a la investigación o a la infraestructura educativa. De igual forma, puede recibir mayores recursos por donaciones o actividades de cooperación con el sector privado, que en retorno pueden recibir beneficios tributarios por dichos aportes.

Esta situación le permite a las IES en los eslabones superiores, estructurar con una mayor libertad las condiciones tarifarias en sus derechos pecuniarios, propiciada por la confianza y expectativa de recibir educación alta calidad, teniendo exceso de demanda. Situación que permite iterar esta dinámica, en consideración a que existe libertad de escoger a los estudiantes con mayor potencial, pagar salarios a los profesores mejor cualificados, ofrecer servicios de apoyo académicos de alta calidad (bibliotecas, redes, intercambios, etc.), de extensión (practicas, bolsas de empleo, etc.) y administrativos (infraestructura, insumos, etc.). Mientras tanto, las IES que solo cumplen los estándares mínimos, se ven en la obligación de disminuir o no actualizar sus derechos pecuniarios, con el fin de hacer atractiva su oferta, sin embargo, sacrifican condiciones de calidad y en consecuencia son instituciones que no son elegibles en los diferentes mecanismos de financiación, lo cual es una situación que les impide salir del eslabón en el que se encuentran, salvo que reciban un aporte económico extraordinario.

Por otra parte, se establece que la educación superior es un mercado que adolece de fallas generadas por dos circunstancias relevantes (1998, p. 142): (i) los beneficiarios del servicio no tienen certeza de su calidad o un conocimiento pertinente sobre la composición del costo, estando limitados en aceptar o rechazar los servicios ofrecidos por las IES; y (ii) la periodicidad del contrato de prestación de servicios educativos no permite obtener un beneficio inmediato del estudiante a su finalización periódica, sino que se materializa con el cumplimiento de los requisitos legales e institucionales para la adquisición de un título, después de la suscripción de varios contratos. La expectativa de obtención de un título permite deducir la existencia de una posición dominante por las IES, donde las pretensiones de cobertura pueden ir en contra de la calidad del servicio (Hernandez Álvarez, 1999, p. 51).

Estas circunstancias son la causa de que el mercado adolezca de información asimétrica (1998, p. 142), ya que el estudiante no tiene total certeza de la calidad del servicio que se presta o de la utilidad esperada al momento de acceder al servicio[109]. Por cuanto el conocimiento del consumidor sobre el producto es difuso y subjetivo, constituido por la reputación creada por los prestadores, los rankings o la información comercial construida por las IES.

Bajo este escenario, los consumidores no cuentan con posibilidades reales y efectivas de realizar un control eficaz sobre las condiciones en que se presta el servicio. Tiene que recurrir a las vías administrativas, de las cuales ya se hizo referencia, o judiciales para que el disfrute de su derecho sea efectivo (Ayala Oramas, 1998, p. 140). Las vías judiciales disponibles estarían enmarcadas por los medios de control de nulidad por inconstitucionalidad o nulidad simple contra los actos que otorgan permisos de funcionamiento, registros calificados a programas académicos, acreditación en alta calidad, el otorgamiento de algún subsidio, entre otros[110]. También se establecerían otras vías generales de orden constitucional, como las acciones populares para proteger derechos e intereses colectivos relacionados con la prestación del servicio[111] o la acción de tutela cuando se vulneran derechos fundamentales .Si bien estos controles pueden tener un carácter más neutral, son procedimientos que en su mayoría son engorrosos y requieren un tiempo considerable para su decisión, lo cual profundiza los problemas de información asimétrica, que presenta este mercado o la falta de interés de las autoridades para acudir a buenas prácticas regulatorias, tal y como fue enunciado en apartes anteriores.

---

[109] Tampoco, el mercado laboral tiene certeza de las competencias de los graduados al momento de su acceso, trasladado a los mecanismos institucionales esta carga, que no es un parámetro verificador de la calidad del servicio (1999, p. 52).

[110] Si bien estas actuaciones se traducen en actos administrativos particulares, se sujetan a dichos medios de control, dadp que sus efectos son de carácter e interés general, sobre la forma en que se presta el servicio, en los términos del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011

[111] Moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público, la libre competencia económica, acceso oportuno y eficiente a los servicios públicos, derechos de consumidores y usuarios, entre otros.

Las IES que no cumplan con criterios adecuados de calidad, son potencialmente más propensas a ser sujetos de actuaciones de carácter administrativo y judicial en contra, respecto de las instituciones con una capacidad institucional más robusta. Las IES que se encuentran en los segmentos más altos del mercado tienen los recursos humanos y económicos para normalizar el estándar legal de calidad y contratar grupos de apoyo técnico, legal y financiero, cualificados[112] para defender sus intereses, disminuyendo su riesgo litigioso. En contraste, las IES que se encuentran en los segmentos inferiores, limitan su operación en cobertura y calidad, disminuyendo la posibilidad de atraer a más segmentos de la demanda, a causa de que su riesgo litigioso es mayor, teniendo que destinar recursos financieros, humanos o administrativos al cumplimiento de providencias o sanciones, poniendo en riesgo su reputación (Bula Escobar, 2009, p. 309).

Bajo este escenario, el déficit presupuestal presentado en el mecanismo de subsidio a la oferta impide que las IES públicas puedan conservar el estándar predicado de las universidades, en detrimento de la cobertura. El mecanismo de subsidio a la demanda está estructurado por factores que favorecen a IES de los escaños más altos de la jerarquía, en detrimento de IES con una orientación técnica o tecnología. Situación que puede afectar de manera colateral el mercado laboral, toda vez que los instrumentos de financiación y fomento existentes son estructurados bajo el paradigma del estándar de la universidad con perfil investigativo y no para otros segmentos del mercado. Igualmente, el esquema de subsidio a la demanda ha estado encaminado en gran parte en la estructuración de programas crediticios, en los cuales el mérito académico es el principal factor para la asignación de recursos, lo cual impide el acceso al servicio a la población que no cumple con las calidades educativas esperadas en dichos programas por la ausencia del Estado en los niveles básicos, secundaria y media vocacional.

Teniendo como base el actual escenario de la educación superior, resulta relevante caracterizar a los grupos de presión que se verían beneficiados con el contexto actual.

112 Que en ciertos casos provienen o tienen experiencia laboral en las instituciones de intervención que ya fueron mencionadas.

Aclarando que no son factores unívocos y que para los efectos del presente escrito determinan algunos rasgos del grupo con motivaciones para capturar al regulador:

- Son IES de carácter privado, con un enfoque profundamente vinculado a la investigación de alto nivel, es decir, tiene una alta oferta y desarrollos muy importantes en los programas de posgrado, especialmente en los niveles de maestría y doctorado.
- Su enfoque investigativo, les permite acceder a otras fuentes de financiación no exclusivas para la educación superior, permitiéndoles enfocar sus demás recursos en aumentar los aspectos relativos los factores generales de calidad.
- Son IES que han recibido una buena porción de los recursos que el gobierno nacional destina para fomentar el servicio, en especial por la vía del subsidio a la demanda, a través de los programas de Ser Pilo Paga y generación E.
- Son IES que reciben sumas importantes del sector productivo, en especial de los principales grupos empresariales, con el fin de recibir beneficios tributarios y porque pueden dar uso de su personal mejor calificado para la prestación del servicio o estableciendo alianzas para el cumplimiento de funciones sustantivas, retribuyendo los recursos aportados, sin desdibujar su régimen tributario.
- Son instituciones que han ocupado los primeros lugares en los rankings privados y los primeros lugares en todas las categorías del MIDE, en especial las enfocadas en las categorías de pregrado-perfil maestría o doctorado, lo que permite generar una mayor visibilidad y prestigio.
- Tienen la capacidad de ofrecer educación de alta calidad, ya que cuentan con los recursos financieros para contratar a los docentes mejor calificados, amplia infraestructura, grandes redes con universidades y sector productivo, entre otros.
- Los egresados de estas instituciones han sido ubicados en altos cargos del gobierno nacional o en lugares importante del sector productivo.
- Los sectores privilegiados de la sociedad buscan acceder a sus servicios, en consideración a que ofrecen educación de alta calidad.
- Tienen la capacidad de estructurar sus precios con mayor libertad, puesto que el exceso de demanda que tienen por su calidad y reputación, no les impide modular los derechos pecuniarios para obtener una mayor cobertura.

- La reputación y los factores de calidad son elementos que hacen atractivas a estas IES para recibir recursos vía actividades de extensión, mediante eventos de educación continuada, consultorías, entre otros.

La situación de la educación superior afirma la existencia de una tensión entre los conceptos de educación como derecho y servicio transable, en vista que las dinámicas generadas por la jerarquización del mercado, que afectan a gran parte del esquema de intervención, generan situaciones adversas a los beneficiarios del servicio, debido a que los beneficiarios están sujetos a la dinámica del mercado. En estas condiciones es muy difícil dar cumplimiento al fin compensatorio de la educación, en virtud de la limitación de los medios disponibles para que los sectores más necesitados puedan acceder a un servicio de calidad.

Otro aspecto fundamental del escenario regulatorio es que el diseño institucional del Ministerio de Educación, como regulador, propicia la influencia de los participantes del mercado y el poder político, en detrimento de la independencia esperada de estas autoridades. Teniendo en cuenta las recomendaciones de la OCDE, referidas al final del segundo capítulo, se destaca la existencia de factores que propician la influencia política del presidente, a consecuencia de que es un órgano del sector central que desarrolla las políticas y funciones encomendadas por el presidente. Su función regulatoria no es independiente y está restringida, toda vez que se encarga de la proyección de reglamentaciones que el presidente debe firmar y desarrolla mediante resoluciones las disposiciones que son emitidas vía Decreto. Destacando que estas resoluciones no han sido sometidas a las herramientas provenientes de la política de mejora normativa[113].

[113] De las diferentes versiones de agenda regulatoria que han sido publicadas únicamente se evidencian los proyectos de decreto que el presidente debe firmar. La versión de la agenda regulatoria para 2024 se puede consultar en el siguiente enlace: https://www.sucop.gov.co/formulacion_/Procesos/Ministerio%20de%20Educaci%C3%B3n%20Nacional%20Agenda%202024/Agenda%20-%20Firma%20-%20versi%C3%B3n%206.pdf

Sus funciones no están limitadas exclusivamente a la regulación, sino que adicional a las actividades de inspección y vigilancia, tiene a su cargo el direccionamiento de los recursos vía subsidio a la oferta y demanda y participa en órganos de decisión de los sujetos regulados, factores que propician el riesgo de captura. Desde el punto de vista del recurso humano, no existen incentivos salariales diferenciados para los empleados públicos que pertenecen al Ministerio, porque están sujetos al régimen salarial general de los servidores públicos.

Por parte de los funcionarios directivos se contemplan políticas relativas al conflicto de interés que son muy generales y no tratan los aspectos relativos a la influencia política o de los grupos de interés. El Ministerio de Educación Nacional, tiene publicados en su sistema integrado de gestión y autocontrol una Guía de conflicto de interés y un Protocolo para la gestión de conflictos de interés; si bien son documentos que desarrollan ampliamente el concepto de conflicto de interés enunciado en la Ley 1437 de 2011 y las directrices establecidas por el Departamento Administrativo de la Función Pública, no establecen aspectos relativos al manejo de situaciones de presión por parte de grupos de presión.

4.5 Riesgos de Captura del Regulador en la Educación Superior

Conforme los diferentes factores determinantes del mercado y de intervención en el servicio de educación superior, existe riesgo alto de captura del regulador, puesto que se presentan varios elementos que caracterizan los mercados con tendencias a la influencia de su regulador, por los siguientes motivos:

- La inexistencia de posibilidades de negociación de las condiciones del contrato de matrícula, impiden a los estudiantes tener mecanismos de control de las condiciones de prestación del servicio.
- El otorgamiento de registros calificados, acreditación en alta calidad y licencias de funcionamiento, además de ser barreras de ingreso al mercado, son el vehículo para la búsqueda de rentas a través de la captura, visto que el regulador, es quien otorga estos derechos y tiene la facultad de realizar los traslados presupuestales a través de los diferentes mecanismos de financiación, que toman como referencia algunos descriptores de estas barreras para trasladar directa o indirectamente

recurso, como el enfoque investigativo, aspectos financieros, publicaciones, entre otros.

- El mercado y el esquema de intervención son los factores que determinan la jerarquización del mercado- El esquema de intervención es el mecanismo inicial que permite discriminar y categorizar los oferentes del mercado (tipologías de IES o su carácter de acreditación en alta calidad) . Así mismo, los instrumentos de evaluación de la educación superior creados por el ICFES, el MIDE y los rankings internacionales, son fuentes de información que puede ser utilizadas como estrategia de mercadeo por las IES para direccionar a la población estudiantil y para la creación de mecanismos de fomento financiero enfocados a ciertos modelos de IES con un perfil investigativo, reputación y un gran musculo financiero. Estos instrumentos marginalizan los niveles de educación que no están enfocados en la investigación de "alto nivel" y en consecuencia las IES de perfil técnico y tecnológico no pueden participar de todos los mecanismos de fomento financiero que son ofrecidos por el sector público y privado en detrimento de sus condiciones de calidad.
- Esta situación pone en riesgo la legitimidad del esquema de intervención, ya que en una misma autoridad recae gran parte de las funciones que le son asignadas al ejecutivo, sin que pueda existir una división adecuada de funciones, que respondan de manera robusta a un mercado altamente estructurado. Toda vez que participa en las actividades de fomento económico y la emisión de reglamentaciones para la prestación del servició y de ingreso al mercado, así como como a las funciones derivadas de las actividades de inspección y vigilancia
- El esquema de intervención requiere de una mayor capacidad institucional, toda vez que conforme el artículo 115 de la Constitución Política y la Ley 489 de 1998 la naturaleza de un Ministerio es de orden político, por ser la instancia que dirige el sector administrativo. Las funciones del MEN sobrepasan este alcance, asumiendo la instancia de inspección y vigilancia, que como lo contempló la Ley 1740 de 2014, deberían corresponder a una superintendencia u otro órgano con funciones similares; o la función regulatoria estar en cabeza de una entidad de orden técnico, con la suficiente independencia para generar condiciones y restricciones que permitan la adecuada prestación del servicio por las IES, en especial, las recomendaciones trazadas por la OCDE.

- El MEN como regulador en el servicio es susceptible de ser capturado, a causa de que su relacionamiento con las IES es generalizado en las diferentes actividades de intervención. Pese a la existencia de órganos asesores que predican una mayor independencia, la carencia de personería jurídica, autonomía presupuestal y/o interferencia del MEN en la toma de decisiones, pueden afectar + su riguridad técnica-legal.
- Esta situación no es un reto inexplorado. La pérdida de relevancia que tuvo el ICFES en el sector administrativo es un factor que explica la situación actual del esquema de intervención. Antes del 2009, dicha entidad apoyaba técnicamente las diferentes funciones derivadas con la formulación de políticas y regulaciones para la adecuada prestación del servicio, inspección, vigilancia, emisión de conceptos técnicos y apoyo a los órganos consultivos en el ejercicio de sus funciones. Esta dinámica, permite establecer controles internos en el esquema de intervención, porque las principales funciones no son asumidas por una autoridad.
- El esquema regulatorio y, en especial, las barreras de entrada tienden a fomentar las IES con un perfil investigativo en detrimento de otras instituciones con enfoques diferentes con perfiles técnicos o tecnológicos. Permitiendo a las IES que se encuentran en la elite la configuración de sus precios y ventajas en la búsqueda de otras fuentes de financiación.
- La jerarquización del mercado permite gestionar prácticas en contra de la autonomía universitaria y el desarrollo de un segmento de la educación que es objeto de interés para cierta parte de la población y útil al desarrollo científico e industrial. Toda vez que desincentiva el conocimiento técnico y tecnológico dentro del desarrollo investigativo y científico en campos prácticos u operativos, afectando al mercado laboral, en la medida que el mercado no incentiva estos perfiles útiles para la fuerza productiva.
- El modelo de IES propicia a ser financiada por instancias oficiales, va a ser caracterizada por los diferentes factores de calidad y pertinencia que el regulador va a fijar para la estructuración de las barreras de entrada (registros calificados, acreditación en alta calidad, etc.). Sin embargo, la estructuración de estas barreras toma como referencia las diferentes fuentes de información disponibles: resultados de las pruebas de estado, el MIDE, las certificaciones de acreditación en alta calidad y los rankings internacionales.

- Tal y como se expuso en apartes anteriores, algunas de estas fuentes de información, tienen problemas de estructuración o de neutralidad, debido a que atienden a modelos dispuestos por una parte importante del sector empresarial, el ICFES puede estructurar modelos de evaluación sujetos a estándares privados o el MIDE no toma como referencia algunos parámetros trazados por el ordenamiento legal vigente para demostrar las opciones más optimas de acceso a la educación superior. Factores inconvenientes para la neutralidad e independencia del regulador, puesto que las vías de influencia se dan mediante el relacionamiento comercial del regulador con las vías no oficiales o la participación de los sujetos regulados en las instancias de decisión oficial.
- Estas circunstancias, permiten afirmar que la estructura gubernamental de intervención por la vía regulatoria es insuficiente, ante un mercado sumamente diversificado, jerarquizado y sofisticado, dado que en la autoridad que ejerce dicha función, también reposan las de inspección, vigilancia, control, participación y fomento.
- La presencia de otros actores (estudiantes, docentes, comunidad general, padres de familia, entre otros) en los órganos asesores diferentes al Estado y los sujetos regulados, es muy precaria para establecer eficaces controles participativos. Si bien, el artículo 8 de la Ley 1437 de 2011 establece un mecanismo general de participación respecto de los proyectos de regulación, a la administración únicamente le corresponde recibir y dejar constancia de los comentarios provenientes del público general, tomando autónomamente la decisión que considere [114]. Además, en caso de establecer escenarios de discusión y participación, esos no son obligatorios para la estructuración del acto administrativo, puesto que dependen de espacios generados por la voluntad de ejecutivo y pueden ser usados para que sirvan de escenario de legitimación de actividades que pueden fomentar la captura de la regulación[115].

---

[114] El MEN, conforme lo establecido en la Ley 1712 de 2014 publica los proyectos de actos administrativos generales en el siguiente enlace https://www.mineducacion.gov.co/portal/secciones-complementarias/Proyectos-normativos-para-observaciones-ciudadanas/

[115] Para la expedición del Decreto 1330 de 2019 el Gobierno Nacional realizó la publicación del proyecto de acto administrativo en mención. De igual manera, realizó una serie de talleres

- La función regulatoria del ejecutivo es sumamente ambigua, porque el ordenamiento legal establece o enuncia pautas de participación muy generales sin establecer restricciones especiales que no van más allá de un enunciado abstracto para la protección a la autonomía universitaria. Algunos antecedentes dan cuenta que existen excesos en el ejercicio de la potestad reglamentaria, como el caso del trámite para el otorgamiento de registros calificados o establecer criterios específicos sobre las condiciones de calidad para la prestación del servicio.
- La falta de voluntad política y administrativa en la aplicación de buenas prácticas regulatorias como el AIN o la abogacía de la competencia son condiciones que aumentan los efectos negativos de un mercado en riesgo de captura. La aplicación de estas herramientas propicia una mayor rigurosidad técnica a los proyectos regulatorios, aumentando la calidad en la prestación del servicio y estableciendo controles a las prácticas abusivas en el mercado.
- No hay viabilidad para aplicar herramientas que optimicen el escenario regulatorio, como la autorregulación vigilada[116]. La jerarquización del mercado y la crisis financiera que atraviesan las universidades públicas, no son factores que garanticen un escenario prolífico para que las IES publicas puedan participar de manera activa en estos espacios (Clavijo Clavijo, 2022), debido a que la demanda se volcaría al sector privado vía créditos educativos y se procedería a un eventual abandono de la educación pública (Goyes Moreno & Uscategui de Jimenez, 2001, p. 71). Las IES con mayores medios o las que tengan estándares más acordes al mercado, van a ser los referentes para estas prácticas. Quienes no se adapten a los estándares establecidos, estarían obligadas por el mercado a cumplirlos, so pena de ser acreedores a penalizaciones por parte del administrador o gestor del

denominados *Calidad ES de todos,* realizado únicamente con representantes de las IES en los ámbitos regionales. Si bien, dichos talleres pueden ser escenarios de convergencia entre soluciones de orden democrático y técnico, la comunidad general, el sector productivo, científico y los estudiantes que son los directamente afectados por el servicio no fueron protagonistas o participes en dicho escenario. Las notas que dan cuenta del ejercicio se pueden consultar en los siguientes enlaces: https://www.mineducacion.gov.co/portal/salaprensa/Comunicados/378104:En-Cali-se-realizo-el-sexto-taller-Calidad-Es-De-Todos-con-participacion-de-Instituciones-de-Educacion-Superior-de-varios-departamentos-de-Colombia y https://www.mineducacion.gov.co/portal/salaprensa/Comunicados/377138:Inician-los-talleres-Calidad-ES-de-todos-con-la-participacion-de-Instituciones-de-Educacion-Superior

[116] Los integrantes del mercado son quienes establecen los estándares de calidad, los escenarios de autocontrol e incluso los de sanción,

escenario de autorregulación. Esto pone en riesgo a la autonomía universitaria de quienes no hagan parte de la elite y la estabilidad financiera de las IES públicas que no cumplan con el modelo establecido.

5. Panorama de otros sectores para Mitigar el riesgo de captura

En otros sectores el desarrollo del esquema de intervención es más sofisticado de cara al mercado al que intervienen, con relación al de la educación superior. Bajo esta perspectiva se expondrán los aspectos más relevantes, así como los que requieren acción de mejora, con el fin de ser contrastados para proponer algunos mecanismos de mitigación al riesgo de captura en la educación superior.

5.1 Sector Financiero

Uno de los sectores en los cuales, tanto la academia como la institucionalidad, insisten en la calidad y nivel de intervención del Estado, es el financiero. Dicha intervención viene justificada por dos factores a saber: en primer lugar, la estabilidad del sistema financiero es un factor de especial interés con el fin de evitar las crisis económicas por ser un elemento fundamental para preservar la economía de los países (Rosillo Rojas, 2004, p. 92), puesto que de ellas se derivan problemas de orden social como el desempleo, la

pobreza y la estabilidad social (Zuleta J., 1990, p. 32). En segundo lugar, se requiere mantener la confianza del público en la estabilidad que debe generar el sistema, en vista de que se encuentra basada en la certeza de la materialización de las transacciones realizadas por sus usuarios (Fernández Riva, 1991, p. 36).

El papel del Estado dentro del sistema financiero, se basa en dos funciones principales a saber: (i) la supervisión, que consiste en la implementación de mecanismos de seguimiento y verificación del desarrollo de las instituciones financieras, sus operaciones y la información que es transmitida al público y al Estado, con la potestad de iniciar las medidas tendientes a prevenir situaciones adversas al sistema o imponer las sanciones respectivas (Rosillo Rojas, 2004, p. 95); (ii) regulación[117] que radica en el sistema normativo especifico de intervención dirigido al sector financiero (2004, p. 93). En la actualidad, estas funciones suelen ser ejercidas de manera coordinada por diferentes instancias gubernamentales, debido a que la actividad regulatoria se renueva de manera constante, en la medida que se desarrollan las funciones de supervisión o se manifiestan las crisis financieras. Esta dinámica genera un régimen de intervención basado en la prevención de los riesgos, toda vez que la actividad financiera es un escenario propicio para la creación de tecnologías, plataformas y otros mecanismos que autogestionan el desarrollo del sistema (López Garavito & López Angarita, 2004, p. 20).

A fin de dar cumplimiento a las actividades de intervención, se ha insistido en la independencia de las funciones de supervisión y regulación. Este aspecto es de vital importancia para promover la competitividad en el mercado, la estabilidad económica y el bienestar general; por cuanto, se requiere de un organismo que pueda corregir las distorsiones del mercado, sin que pueda ser sujeto de influencia política y/o de los regulados (Quintyn & Taylor, s/f, p. 6). La independencia de dichas funciones debe estar asegurada en 4 dimensiones básicas a saber (s/f, pp. 7–10):

[117] Al respecto los principales objetivos específicos que persigue la regulación del sector financiero están encaminados a proteger el riesgo sistémico del sector, la administración de riesgos intrínsecos a las instituciones, la protección al consumidor, la libre competencia y la eficiencia del sistema como objetivo de desarrollo económico.

- Regulación: donde la autonomía del regulador sea suficiente para aplicar normas acordes a la naturaleza de las operaciones del sistema financiero, en el marco de la constitución y la ley; sin presiones políticas que devenguen un largo trámite legislativo.
- Supervisión: Se deben establecer incentivos para que los funcionarios que ejecutan dichas funciones mantengan la neutralidad en las inspecciones y procedimientos administrativos. Este escenario se puede lograr mediante la protección legal de las decisiones tomadas (reglas específicas sobre actos administrativos, procedimientos especiales, garantía del debido proceso, etc.), incentivos económicos y laborales que permitan mantener personal competente, desalentando el soborno y un régimen disciplinario definido por la función a realizar.
- Independencia institucional: Un sistema normativo que contenga reglas claras para la elección, contratación o nombramiento de los funcionaros y/o contratistas que ejecuten o apoyen dichas funciones propicia una mayor independencia de las autoridades. La existencia de comisiones de expertos en las cuales se decida con riguridad técnica la agenda regulatoria, con un sistema de toma de decisiones transparente para el público y los órganos de control, respetando la información que sea sujeta a reserva.
- Presupuesto: los organismos deben estar libres de interferencia política para la definición de su presupuesto. Si su financiación proviene de las asignaciones del presupuesto nacional aprobado por el congreso, debe tener la autonomía necesaria para sustentar y justificar ante el legislativo, las necesidades requeridas para llevar a cabo la función reguladora. Por otra parte, se pueden establecer tasas obligatorias de supervisión a los sujetos regulados, que permitan apalancar su funcionamiento. Se deben establecer mecanismos de control, que prevengan que dicho aporte sea un factor de captura o que este costo pueda ser trasladado a los consumidores.

El papel del regulador es principal dentro del esquema de intervención, debido a que es un mecanismo que se basa en los riesgos del sistema con el fin de mitigarlos, pero no pretende reprimir el desarrollo, competitividad y rentabilidad del sector (Zuleta J., 1990, p. 28). El modelo de intervención busca trasladar a los sujetos regulados los efectos adversos que sus actividades pueden generar en el sistema financiero, sin afectar la libertad económica (Caballero Argáez, 1990, p. 56). Dentro de la estructura del Estado debe existir un sistema de frenos y contrapesos robusto, con el fin de que el poder político no pueda pasar por alto la competencia del regulador o reasumirla en caso de querer intervenir en

el sistema financiero. Es importante incentivar prácticas democráticas en las que exista una representación de todos los grupos de interés al momento de estructurar el modelo de intervención, estableciendo mecanismos para la rendición de cuentas por parte de las autoridades (Quintyn & Taylor, s/f, pp. 13–14). Sin embargo, en los países en que el sistema de equilibrio de poderes no se encuentre debidamente configurado o con una cultura política debidamente desarrollada, se opta por el seguimiento o positivización de los estándares internacionales con el fin de preservar un nivel de regulación adecuado, que procure la creación de incentivos para la inversión extranjera (s/f, p. 14).

El artículo 335 de la Constitución Política establece que las actividades que se realizan en el marco del sistema financiero son de interés público y su intervención es realizada por el gobierno nacional en las condiciones establecidas por la ley, así como las gestiones para promover la democratización del crédito. El ámbito de intervención se realiza mediante leyes marco, que son expedidas para establecer las condiciones y directrices básicas para la prestación del servicio y la intervención realizada por el gobierno se ejecuta por decretos reglamentarios proyectados por el Ministerio de Hacienda, quien funge como la instancia cabeza del sector administrativo (López Garavito & López Angarita, 2004, p. 119). La actividad regulatoria es desarrollada mediante disposiciones e instrumentos que son emitidos por otras entidades del sector administrativo [118]. La composición del sector administrativo se encuentra integrada por las siguientes instancias:

- El Ministerio de Hacienda es el órgano de carácter político que encabeza el sector administrativo, y del cual se desprenden las demás entidades e instancias adscritas y/o vinculadas. Sus funciones, son netamente de carácter político y sirve de instancia mediante la cual se proponen políticas y reglamentos del sector.

[118] Dicho marco de intervención se compone de las siguientes disposiciones normativas principales: Ley 35 de 1993 por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores; Decreto Ley 663 de 1993, por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores; Ley 79 de 1988, por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores; Decreto 1068 de 2015, mediante el cual se reglamenta el sector administrativo de hacienda y crédito público; Decreto 2555 de 2010, por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores

- La Superintendencia Financiera ejerce Inspección y vigilancia a quienes realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, ejerce funciones de regulador residual en los términos del estatuto orgánico del sistema financiero, desarrollando las disposiciones establecidas por el legislador y la facultad reglamentaria del ejecutivo, mediante instrucciones y directrices a través de circulares, para el debido ejercicio de la actividad financiera.
- La Superintendencia de la Economía Solidaria ejerce inspección y vigilancia sobre las entidades de economía solidaria con el propósito de velar por la sostenibilidad de las organizaciones, la protección de los derechos de los asociados y de la comunidad en general. Igualmente, ejerce funciones de regulador residual en los términos de la Ley 454 de 1998 que asimila las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, con desarrollando las disposiciones legislativas y la facultad reglamentaria del ejecutivo, mediante instrucciones y directrices a través de circulares, para el debido ejercicio de la actividad financiera.
- La Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación Financiera URF, tiene por objeto la preparación de la normativa para el ejercicio de la facultad de reglamentación en materia cambiaría, monetaria y crediticia y de las competencias de regulación e intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, para su posterior expedición por el Gobierno Nacional. Sin embargo, a pesar de que es una instancia de iniciativa regulatoria independiente de un órgano de orden político, su naturaleza jurídica de Unidad Administrativa Especial sin personería jurídica, puede desdibujar, la neutralidad que se espera de una instancia regulatoria, considerando que dichas entidades están diseñadas para llevar a cabo programas que le corresponden a un ministerio, su independencia presupuestal está sujeta al ministro de la cartera y es una instancia de proyección y no de generación de regulaciones (Flórez Villegas, 2011).
- Fondo de Garantías de Instituciones Financieras que es la entidad encargada de proteger los ahorros de los ciudadanos depositados en bancos, corporaciones financieras, compañías de financiamiento, sociedades especializadas en depósitos electrónicos (SEDPES), mediante un seguro de depósitos.

- Fogacoop que tiene la finalidad la protección de la confianza de los depositantes y ahorradores de las entidades cooperativas inscritas, mediante un seguro depósitos a favor de los asociados que usan los servicios financieros de las entidades del sector.
- La Unidad de Información y Análisis Financiero es un organismo de inteligencia económica y financiera que centraliza, sistematiza y analiza la información suministrada por las entidades reportantes y fuentes abiertas, para prevenir y detectar posibles operaciones de lavado de activos, sus delitos fuente y la financiación del terrorismo

En el segmento relativo al mercado bursátil, se presenta un caso particular respecto de las funciones de vigilancia y regulación, puesto que conforme los articulo 25 y 26 de la Ley 964 de 2006 se establece la obligación de autorregulación de este segmento. El mercado, sus integrantes y los gremios son quienes establecen las mejores condiciones para el ejercicio de la actividad bursátil y el régimen sancionatorio para disciplinar a los competidores que incumplan sus estándares. En ese sentido, el Autorregulador de Mercado de Valores, es la instancia carácter privado, sin ánimo de lucro, que regula, monitorea, disciplina, y profesionaliza el mercado de valores colombiano.

Para la intervención en la actividad financiera, hay varias entidades con diferentes funciones que permiten un adecuado ejercicio por el Ejecutivo. Este contexto posibilita una mayor neutralidad, rigor técnico y eficiencia en el desarrollo de las tareas por parte del Estado con el propósito de resguardar los intereses del público en general, que su estructura está enfocada en los riesgos derivados del sistema, aumentando el rigor técnico predicado para la protección de los intereses del sistema. No obstante, la función regulatoria puede tener inconvenientes, toda vez que, si bien los actos administrativos generales son proyectados por una entidad creada para tal fin, estos son gestionados y proferidos por intermedio del ministerio de la cartera, lo cual puede afectar la independencia del regulador.

5.2 Sector de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones (TICs)

El ordenamiento legal del sector de las Tics encuentra su origen en las normas que regulaban los servicios públicos domiciliarios y en una distribución de funciones relativas al fomento y generación de políticas por autoridades sectoriales. En dicho marco, se estableció una fuerte dinámica de intervención, que generaba fallas en el mercado relativas

a los subsidios y mecanismos de fomento establecidos en la normativa del sector, porque existía un trato legal diferenciado e injustificado entre la prestación del servicio de telefonía fija respecto de la móvil y demás servicios de conectividad (Botero Rico, 2016, p. 77). Esta dinámica iba en contra de las nuevas tendencias del mercado con tendencias a generar economías de alcance, la mediante la agrupación de los servicios de telefonía fija y móvil.

Con la promulgación de la Ley 1341 de 2009, las nuevas formas de comunicación, tecnología y conectividad dieron paso a un nuevo marco legal de intervención y eventual regulación del sector, que buscaba 3 objetivos a saber: (i) la simplificación de un esquema institucional eficaz, (ii) establecer mecanismos institucionales que garanticen la estabilidad jurídica, con el fin de generar un aumento en la confianza inversionista del sector, y (iii) el fortalecimiento de los mecanismos de protección a los usuarios y consumidores, a través de una autoridad con funciones específicas y delimitadas (2016, p. 28). La estructura de intervención de este sector se dividió en las funciones de control, regulación y vigilancia, que son ejercidas por diversas entidades a saber:

- La función de control en este sector consiste en la facultad de otorgar títulos habilitantes para la prestación del servicio (barreras de entrada) y la destinación de recursos económicos para la formulación y ejecución de políticas de fomento (2016, p. 45). En ese sentido, el ordenamiento legal vigente otorga dichas funciones al Ministerio de las TIC (MINTIC), la Autoridad Nacional de Televisión respecto de la prestación del servicio público de televisión y la Agencia Nacional del Espectro en lo relativo a la asignación de los derechos de explotación sobre el espectro radioeléctrico.
- La función regulatoria consiste en la realización de normas para establecer límites para la ejecución de actividades económicas por parte de particulares, con el fin de preservar y garantizar el funcionamiento del mercado. Al respecto, el Banco Mundial estableció que, en el sector de las telecomunicaciones, la función regulatoria del mercado de las TICS estaba atribuida a un Ministerio o institución con similares alcances. Sin embargo, el desarrollo del mercado ha demandado la necesidad de instituir un regulador independiente, en vista que en los órganos políticos, los funcionarios son propensos a participar y disponer de manera parcializada en la adopción y ejecución de políticas en la facultad reglamentaria y la explotación del

servicio (Itven et al., 2000, p. 4). Desde dicha perspectiva, la función regulatoria recae en tres instituciones a saber:

- Conforme la Ley 1341 de 2009 El Min TIC tiene la función de expedir de acuerdo con la ley los reglamentos, condiciones y requisitos para el otorgamiento de licencias, permisos y registros para el uso o explotación de los derechos del Estado sobre el espectro radioeléctrico y los servicios del sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones.
- La Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), que, con el cumplimiento de los requisitos establecidos para la descentralización por servicios, es una Unidad Administrativa Especial sin personería jurídica que no está sujeta al control de tutela, circunstancia que en principio puede dar una mayor independencia al órgano. Se puede evidenciar que su carácter independiente puede quedar en entredicho, en virtud de su naturaleza jurídica, ya que al estar vinculada al sector central, se sujeta a control jerárquico ejecutado por el presidente de la república conforme el artículo 189 de la Constitución Política y el Ministro de la Cartera en virtud de coordinación administrativa, así como la intervención en la estructuración de su, conforme el literal d del artículo 61 de la Ley 489 de 1998 (Perdomo Villamil, 2020, p. 611) y el propósito de las Unidades Administrativas Especiales trazado por el artículo 67 de la Ley 489 de 1998 es el cumplimiento de programas propios de un Ministerio o Departamento administrativo, lo cual, no es propio del ejercicio de un regulador.

  Dicha comisión está compuesta por dos sesiones (de contenidos audiovisuales y de comunicaciones) integradas por grupos plurales de comisionados, que son representados por los integrantes de los prestadores de los servicios, la sociedad civil y el Estado; los escaños que son asignados a la sociedad civil son elegidos mediante un proceso meritocrático reglado por la Ley. No obstante, la Ley 1341 de 2009, estableció que las sesiones no se pueden llevar a cabo sin la presencia del ministro de las TIC o su representante, lo cual puede denotar una restricción a la independencia regulatoria, generando sesgos en las decisiones tomadas por influencia del órgano político (Quevedo Caicedo, 2022, p. 37).

  Es una entidad que comparte muchos de los atributos de las agencias regulatorias de los Estados Unidos. Sus competencias están encaminadas a mantener un escenario equilibrado de competencia, el cumplimiento de estándares internaciones de tecnología y la solución de controversias suscitadas entre los

proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Esta última función comporta una situación particular que puede desdibujar la división de poderes, en la cual se asigna una función eminentemente judicial a una autoridad administrativa (Botero Rico, 2016, p. 68).

- La Agencia Nacional del Espectro es una Unidad Administrativa Especial, descentralizada adscrita al Min TIC, cuya misionalidad está enfocada en la gestión, administración y asignación del espectro radioeléctrico, mediante actividades de soporte técnico, la formulación de políticas de control; formular reglamentaciones técnicas de dicho bien inmaterial conforme el Decreto 4169 de 2011. Si bien, dicha entidad tiene la potencialidad de ser una autoridad reguladora en el sector específico, su campo de acción, están en gran parte asignados al MinTIC. De igual manera, tiene funciones que deberían ser asignadas al ministerio de la cartera, en especial las de índole político, por cuanto se presenta una situación de afectación en el carácter independiente la función regulatoria del recurso (2016, p. 71).

En el sector de las TIC existe una alta concentración de funciones de intervención por parte del Ministerio de la Cartera. La independencia predicada de las entidades que ejercen la función regulatoria queda en entredicho, por la interferencia del Ministerio en su ejercicio, a causa de la estructura organizacional trazada por el legislador (Perdomo Villamil, 2020, p. 612)[119]. Situación que comporta un desconocimiento de los criterios técnicos y políticos para la asignación de funciones, elección de la naturaleza jurídica y definición del alcance de descentralización requerida para la satisfacción de las necesidades de intervención (2020, p. 617). Esta dinámica ha traído inconvenientes relativos a la deslegitimación del regulador y afectaciones a las empresas al momento que el ejecutivo ejerce las funciones de control[120]. De la organización interna de la CRC, se debe destacar que la elección de

[119] Camilo Perdomo expone que una situación de captura en el sector TIC se manifestó con la Regulación de Redes Internas de Telecomunicaciones, toda vez que el vicepresidente de la República, sin tener la función regulatoria anunció la suspensión de dicha reglamentación, sin que se haya proferido acto administrativo al respecto.

[120] En especial, en la asignación de títulos habilitantes, dado que se han presentado inconvenientes entre la asignación de títulos por parte del MinTIC y la ANTV, con relación a la explotación del servicio de televisión IP, ya que para este servicio confluyen los servicios de televisión que pueden ser competencia de la ANTV y la implementación de la tecnología IP constituye una competencia del MINTIC (Botero Rico, 2016, p. 141).

sus integrantes se realiza con criterios democráticos y técnicos, condicionados al cumplimiento de un perfil, mediante un proceso de selección reglamentado, ligado a la participación de los diferentes grupos de interés.

5.3 Sector Salud

Uno de los derechos que en la práctica ha tenido un alto desarrollo en las políticas que se han implementado para su materialización y la definición de su alcance normativo, con un carácter controversial respecto de su garantía por parte del Estado, es la salud. En primer lugar, es un derecho desarrollado por las sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional[121], que ha pasado del ámbito de los derechos sociales al de los fundamentales, debido a su vínculo estrecho con la vida y el mínimo vital (Arbeláez Rudas, 2006, p. 169). Actualmente, es reconocido como un derecho fundamental de carácter autónomo y sujeto de aplicación inmediata vía acción de tutela (Pérez Fuentes et al., 2020, pp. 117–118).

Su origen constitucional en los derechos sociales tiene un carácter prestacional. Para su garantía requiere de disponibilidades presupuestales y normas relativas a su organización y procedimiento (Corte Constitucional de Colombia, 1997), con el fin de asegurar una debida prestación por parte de los privados y entidades públicas. Los artículos 48 y 49 de la Constitución Política establecen la existencia de un sistema general de seguridad social en salud, en el cual confluyen políticas, prestadores, autoridades, presupuesto, entre otros elementos, que concurren para garantizar el servicio en condiciones de no regresividad y constante progresividad.

La relación existente entre ser un derecho de aplicación inmediata y su carácter prestacional ha tenido diversas problemáticas en torno a la disponibilidad de recursos y sostenibilidad del sistema, puesto que los aspectos presupuestales, no deben ser una razón para negar su prestación, en condiciones de progresividad (Corte Constitucional de Colombia, 2014). Con el propósito de dar cumplimiento a su materialización mediante una adecuada prestación del servicio, el esquema de intervención está enfocado en 4 dimensiones que se desprenden de los estándares fijados por la Organización Mundial de

[121] T-012/20 M.P. Diana Fajardo Rivera; T-926/99 M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-760/08 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa;

la Salud (OMS) (Velandia Naranjo et al., 2002, pp. 3–5) : (i) la modulación consiste en las funciones de implantación, gestión y monitoreo de las reglas de juego en el sistema, que corresponde a la función reguladora; (ii) el financiamiento consiste en la administración, asignación y disponibilidad de recursos y, por otra parte, en la generación de incentivos para el adecuado manejo de los mismos por los prestadores ; (iii) el aseguramiento consiste en la garantía de calidad del servicio (suministro, medicamentos, personal en salud, infraestructura, entre otros), bajo estándares mínimos establecidos por el gobierno y las autoridades nacionales e internacionales; y (iv) la prestación o provisión de servicios consiste en la forma en que se garantiza en condiciones de cobertura, mediante la determinación de que, a quien y como distribuir los servicios al público.

La función regulatoria o de modulación ocupa una especial relevancia, dado que establece las condiciones básicas para garantizar las demás funciones, mediante un modelo de competencia regulada, evitando la "(…) *la selección adversa, la selección de riesgos y la segmentación del mercado* (…)" (2002, p. 6). El sistema busca mediante la estandarización de servicios y precios, no trasladar estos costos al usuario, sino mejorar la provisión del servicio en términos de calidad y cobertura y los factores para la estructuración de un adecuado marco de competencia. El esquema normativo, está compuesto por un alto número de disposiciones expedidas por diferentes instancias, que van desde el congreso[122] conforme los artículos 48 y 49 de la Constitución Política; el presidente[123] de acuerdo con el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud[124] y el Ministerio de Salud por las funciones asignadas directamente por el legislador[125] o mediante delegación del presidente. En las diferentes

[122] Las principales disposiciones que han sido expedidas son las leyes 100 de 1993, 1122 de 2007, 1438 de 2011, 1608 de 2013, 1751 de 2015, 1753 de 2015, 1797 de 2016, 1949 de 2019, 1955 de 2019 y 2015 de 2020.

[123] Que ha expidió el Decreto 780 de 2016, en el cual se recogen varias de las disposiciones que se han emitido en el desarrollo de las leyes proferidas. De igual manera, dicho decreto ha recogido varias modificaciones que se pueden consultar en el siguiente enlace: https://www.minsalud.gov.co/Normativa/Paginas/decreto-unico-minsalud-780-de-2016.aspx

[124] Creado por el artículo 171 de la Ley 100 de 1993 y reglamentado por el gobierno nacional como instancia reguladora compuesta por 14 miembros distribuidos de la siguiente manera: 5 por parte de gobierno nacional, 5 por parte de los prestadores y el sector industrial y 3 por los usuarios

[125] Dentro de las diferentes disposiciones que desarrollan esta facultad son el Decreto Ley 4107 De 2011, Ley 9 de 1979, la Ley 100 de 1993, Ley 1355 de 2009, Ley 1751 de 2015, Ley 2120 de 2021, Ley 2047 de 2020

entidades que componen el sector administrativo de la salud están distribuidas las diversas funciones que desarrollan las dimensiones enunciadas, de acuerdo con aspectos de orden estratégico para el servicio, a saber:

- Ministerio de Salud: es la máxima autoridad del sector, tiene dentro de sus funciones dirigir, formular y coordinar las diferentes políticas, planes, acciones y programas enfocados en la garantía del servicio público de salud. Los ejes estratégicos de sus funciones son la prevención de la enfermedad, la promoción del control de los factores que afectan en la salud, la vigilancia epidemiológica y establecer nuevas tecnologías, dirigidos al mejoramiento de los servicios en salud. Tiene a su cargo la formulación de políticas relativas al aseguramiento de condiciones óptimas de aseguramiento de la calidad y financiamiento del sistema de seguridad social en salud.
- Superintendencia Nacional de Salud: ejerce la inspección y vigilancia sobre los responsables de la prestación del servicio, tanto para quienes administran los recursos del sistema, como a los prestadores directos del servicio, mediante inspecciones, auditorías y el inicio de procesos administrativos sancionatorios. Adicionalmente, conforme las leyes 1122 de 2007, 1438 de 2011 y 1949 de 2019, tiene atribuidas funciones jurisdiccionales respecto de temáticas relativas al funcionamiento del sistema como la afiliación, reconocimientos económicos de los gastos acarreados por el afiliado, glosas de facturas por servicios prestados, entre otros. De igual manera, ejerce funciones de regulador residual, mediante la emisión de instrucciones sobre la forma en que los actores del sector deben dar cumplimiento a las disposiciones dictadas por parte de quienes ejercen la función de modulación
- Instituto Nacional de Salud (INS): es una instituto científico y tecnológico del orden nacional, encargado de las siguientes funciones: (i) el desarrollo y gestión del conocimiento científico y biomédico para mejorar las condiciones de salud de las personas, (ii) realizar y promover la investigación científica y la innovación en el campo médico y de la salud, (iii) realizar la vigilancia sanitaria, mediante la provisión de insumos científicos que mejoren la prestación del servicio y (iv) es laboratorio nacional de referencia y coordina sus redes en el marco del sistema de seguridad social en salud.
- Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA): se encarga de realizar actividades de inspección y vigilancia a los alimentos, bebidas, medicamentos, productos biológicos, entre otros de uso en humanos, con el fin de que cumplan las

condiciones básicas para su adecuado uso y/o consumo. Se encarga de otorgar el registro y aplicar sanciones a quienes comercializan y fabrican dichos productos sin el cumplimiento de los requisitos legales y técnicos establecidos.

- ADRES: es una entidad descentralizada de naturaleza atípica que se asimila a una empresa industrial y comercial del estado, encargada de la administración de los recursos del sistema general de seguridad social en salud y los demás asignados por la ley.
- Secretarias de Salud: La Ley 715 de 2001, en concordancia con el Decreto 780 de 2015 han establecido en cabeza de las secretarias de salud departamentales y municipales las funciones de inspección y vigilancia sobre los prestadores de servicios de salud que se encuentren en su jurisdicción en relación a la habilitación de prestadores de servicios, el inicio de procesos administrativos sancionatorios y la realización de auditorías con fines preventivos y reactivos para garantizar la prestación del servicio.
- Otras entidades que prestan servicios en el sector: en el nivel nacional hay otras entidades constituidas como Empresas Sociales del Estado, que prestan servicios de salud y fungen como competidor directo en el mercado. Se destacan el Instituto Nacional de Cancerología, el Hospital Universitario Centro Dermatológico Federico Lleras Acosta, los Sanatorios San Juan de Dios y de Contratación.

Las diferentes dimensiones que componen el esquema de intervención del Estado en la salud son distribuidas en torno a la funcionalidad de las diferentes entidades. Algunas actividades relativas a la inspección, vigilancia y control se realizan de la mano con los entes territoriales, lo que permite una mayor neutralidad en su ejercicio. No obstante, las principales problemáticas que presenta el sector están focalizadas en el mecanismo de financiación, porque al ser un servicio que requiere de su prestación inmediata, necesita del flujo de recursos para que dicha prestación sea sostenible, situación que ha estado obstaculizada, por los extensos controles que son impuestos por ser recursos públicos[126].

[126] Si se requiere profundizar sobre el funcionamiento del sector administrativo el Departamento Administrativo de la Función Pública, ha elaborado un manual en el cual se compilan el organigrama, funciones y marco jurídico aplicable al sector, en el siguiente enlace: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/manual-estado/pdf/8-Sector_Salud.pdf.

5.4 Consideraciones Sobre los Esquemas De Intervención

De los elementos referenciados, se resalta que si bien las dinámicas del mercado que son sujetas a la intervención estatal son diferentes, existen algunos aspectos útiles y reflexiones que pueden ser tomados en cuenta, respecto del papel del regulador en la educación superior, a saber:

- Hay una marcada división de funciones entre diversas entidades en cada sector, lo que permite disminuir el riesgo de captura y sus efectos, en vista que de existir alguna propensión a la influencia por parte de alguna autoridad, otras funciones derivadas de la intervención no se van a ver afectadas, disminuyendo el impacto de la captura.
- Es importante tener en cuenta la naturaleza jurídica de la entidad que va a ejercer las actividades relativas a la inspección, vigilancia y/o regulación, así como la delimitación de sus funciones. Este factor determina en gran proporción el grado de independencia de la autoridad que la ejerce. En los casos de los sectores TIC y financiero, las Unidades Administrativas Especiales, están sujetas a una importante influencia política del Ministerio de la cartera, sacrificando en gran parte la rigurosidad técnica.
- El esquema de intervención debe estar diseñado con un alto criterio técnico, en el cual se establezca una clara división de competencias entre las autoridades e instancias administrativas, tomando como referencia los diferentes ámbitos del esquema de intervención, las actividades sujetas a supervisión y la naturaleza jurídica de las entidades, propiciando un ejercicio armónico y eficiente por parte del Estado.
- Establecer criterios meritocráticos en la elección de los diferentes dignatarios de cuerpos colegiados, es un aspecto que se debe tener en cuenta al momento de diseñar estos órganos, porque facilita la elección de autoridades bajo pautas democráticas y técnicas. Las funciones regulatorias y de inspección y vigilancia se puedan efectuar bajo parámetros objetivos y neutrales en dichos órganos, en procura de proteger el mercado, sin influencias políticas o del mercado.
- Hay sectores que colaboran de manera armónica con el Estado para establecer instancias de autorregulación que atienden la intencionalidad de los marcos técnicos y las disposiciones regulatorias, con el fin de sancionar o castigar a

aquellos agentes que actúan en contra del mercado. No obstante, es importante determinar que el escenario de autorregulación puede ser admisible, bajo un contexto de paridad, igualdad y equidad de los sujetos regulados.

6. Conclusiones y recomendaciones

6.1 Conclusiones

Una vez presentado el problema y revisados los aspectos regulatorios que inciden en la prestación del servicio de la educación superior, resulta importante realizar las siguientes conclusiones:

- No existe un amplio desarrollo académico y político de la estructura regulatoria de la educación superior. Es un servicio de importancia estratégica para el desarrollo del país, porque incide en el mercado laboral y, en consecuencia, promueve el desarrollo industrial, que conlleva una actividad económica, de la cual se obtienen ingresos para el sector privado y público. Esto denota una falta de voluntad política del ejecutivo de someter las regulaciones a herramientas técnicas y buenas prácticas regulatorias para mejorar el servicio[127].

[127] En consideración a que no ha sido tenida en cuenta en los ejercicios de mejora propuestos por el Comité de Mejora Normativa.

La abogacía de la competencia y la aplicación de herramientas regulatorias como el Análisis de Impacto Normativo son instrumentos que dentro del mismo gobierno se pueden utilizar para fabricar regulaciones con un alto nivel técnico y participativo. Su uso puede mitigar los efectos negativos derivados de la materialización del riesgo de captura. La aplicación en el sector administrativo de la educación superior ha sido casi nula, convirtiéndose en otro factor de riesgo que incentiva la captura.

- La regulación es el mecanismo idóneo, que permitiría sentar las bases para impactar de manera óptima la forma en que se presta el servicio desde la perspectiva de la calidad y cobertura. La diversidad de niveles de educación superior en Colombia requiere un enfoque regulatorio que tenga en cuenta las distintas finalidades y necesidades de las instituciones de educación superior, estableciendo incentivos que permitan el desarrollo de cada uno de los niveles.
  El enfoque investigativo o la clasificación de las IES han sido determinantes para la jerarquización del mercado, debido a que los diferentes mecanismos de financiación de la educación superior han tomado estos factores para asignar una mayor proporción del presupuesto del gasto público social a las IES que les han dado una mayor importancia en su desarrollo, generando una elite que se beneficiaría del escenario actual para generar actividades de influencia. Aunque el propósito del documento no es evidenciar la existencia de escenarios de influencia, sino de establecer factores de riesgo que los propicien, la existencia de un grupo de interés con motivaciones para direccionar políticas a su favor es relevante para establecer la existencia de un riesgo relevante de captura.

  Sin afectar el desarrollo de la autonomía universitaria la investigación y el conocimiento técnico y tecnológico, deben ser elementos trasversales en todos los niveles de educación para fomentar el desarrollo académico y tecnológico y no un factor que propicie la jerarquización del mercado y la existencia de una elite que se pueda beneficiar de actividades de influencia o de una actitud apática para generar cambios en este orden. Este escenario, permite determinar que la regulación es un instrumento que puede afectar y profundizar las vicisitudes del mercado.

La diversidad de objetivos y finalidades de las instituciones de educación superior debe ser considerada en las políticas y regulaciones para evitar un enfoque único que pueda favorecer la captura e incentiven la prestación del servicio educativo de manera equitativa y eficaz, teniendo en cuenta la diversidad de actores y funciones en el sector educativo, ya que han sido aspectos para direccionar una mayor cantidad de recursos públicos a las IES que se adecuen a los rasgos de la elite. Por tal motivo, es esencial reconocer y valorar la variedad de funciones y niveles académicos en la educación superior para evitar que los recursos se concentren únicamente en determinadas áreas, favoreciendo así una educación más inclusiva y equitativa. Evitando que ciertos grupos en la elite de la educación superior busquen capturar rentas a través de recursos públicos, garantizando una distribución equitativa de fondos y beneficios.

Esto permite afirmar una disparidad en la forma en que se concibe la educación superior. Mientras la Constitución Política, le da un estatus de derecho que deambula entre lo fundamental y social, que es prestacional y para su garantía es considerado un gasto publico social; el mercado y las normas que regulan el servicio, promueven la construcción de una jerarquía de oferentes, en función de la calidad como ventaja para que las elites puedan acceder a más recursos públicos y el servicio no pueda ser prestado de manera universalizada en las mismas condiciones de calidad para todos.

- Es importante establecer medidas para mitigar los riesgos de captura del regulador en el sector de la educación superior, con el propósito de que el mercado y el esquema de intervención funcionen con el propósito de fomentar el fin social del servicio. Por lo cual, se retomarán algunos aspectos relevantes del escenario actual de la educación que son claves para establecer mecanismos de mitigación:
    - No hay un adecuado diseño institucional de la educación superior, que permita mitigar el riesgo de captura. En el Ministerio de Educación Nacional recaen las principales funciones de intervención que establece la Constitución y la Ley para mejorar el servicio, que van desde la generación de políticas y regulaciones, pasando por actividades de inspección y vigilancia, hasta la gestión de recursos financieros para fomentar el servicio.

Lo cual puede afectar la neutralidad y objetividad del regulador, a causa de los diferentes escenarios de relacionamiento con los regulados.

- La existencia de una elite que ha sido promovida por el ordenamiento legal vigente, que toma como referencia fuentes de información con cuestionamientos en su rigor técnico, jurídico o por la objetividad de sus criterios de evaluación.
- El incipiente uso de herramientas de mejora regulatoria como el uso de SUCOP, el AIN o la abogacía de la competencia, por parte de las autoridades responsables del esquema de intervención, aumenta el riesgo de captura. De ser utilizados, pueden disminuir los efectos adversos derivados de la materialización del riesgo de captura, ya sea por la inserción de elementos participativos o un mayor rigor técnico.

- Es importante considerar la influencia de intereses particulares y políticos en el sistema educativo, para diseñar políticas que eviten la captura de rentas, promuevan la calidad y equidad en el servicio. La independencia y transparencia del regulador son aspectos clave para prevenir la captura y garantizar un proceso regulatorio imparcial.

  Fomentar la diversidad de opiniones, la pluralidad de actores involucrados en el proceso regulatorio y la apertura a la sociedad civil pueden ayudar a reducir los riesgos de captura del regulador. Es fundamental promover la transparencia en las decisiones gubernamentales, la participación ciudadana y la rendición de cuentas en el proceso regulatorio para prevenir la captura y garantizar decisiones basadas en el interés público.

  Sin embargo, la participación de estos sectores en algunas instancias decisivas es minoritaria, respecto de la participación de los órganos políticos o los sujetos regulados, lo cual afecta el componente democrático a la forma en que se toman las decisiones regulatorias. Por tal motivo, es importante establecer dentro del diseño institucional, mecanismos que aumenten la participación de otros grupos de interés en instancias para la toma de decisiones, así como procesos meritocráticos para su escogencia, lo cual permitiría aumentar el rigor técnico en el ejercicio de los órganos asesores.

- La estructura institucional establecida para intervenir en el servicio es un factor que propicia la captura del regulador. La concentración de funciones de inspección,

vigilancia, regulación y fomento económico en el Ministerio de Educación es un factor que promueve la captura. Las recomendaciones realizadas por la OCDE sobre la independencia del regulador requieren de un protocolo detallado que establezca los parámetros de relacionamiento del regulador con los regulados y las autoridades políticas. No obstante, el ejercicio de las demás funciones puede comportar otras formas de relacionamiento con los grupos de interés y la naturaleza jurídica del Ministerio como órgano político, pueden afectar de manera determinante los mecanismos de resistencia e independencia, predicados de un regulador independiente.

De otros sectores administrativos, se debe rescatar la existencia de un esquema de intervención en el que existen varias autoridades con algunas funciones más definidas y enfocadas al comportamiento del mercado. Esto permite una mayor independencia de los reguladores o que se minimice la posibilidad de captura por los regulados o los órganos políticos, dado que estas estructuras permiten tener protocolos más definidos de relacionamiento, políticas laborales diferenciadas y mayor independencia. No obstante, ninguna de las autoridades regulatorias revisadas, cuentan con todas las herramientas, que permitan resistir de manera efectiva a la influencia, porque que dependen de los órganos políticos para la asignación de presupuesto, los altos directivos son elegidos por el presidente o con cierta influencia de este y no son órgano de cierre para la emisión de regulaciones, sino que es el Ministerio de la cartera el encargado de promoverlas.

Por tal motivo, se deben establecer controles y mecanismos de supervisión efectivos para detectar y evitar posibles influencias indebidas en la formulación de políticas y regulaciones. Es importante fortalecer la capacidad institucional, así como establecer una adecuada política de incentivos y formación ética de los funcionarios públicos para resistir posibles presiones externas que busquen influir en su actividad regulatoria. La implementación de políticas de transparencia, divulgación de conflictos de interés y evaluación periódica de la gestión regulatoria son herramientas clave para prevenir la captura.

- Es importante tener en cuenta estos escenarios en el proyecto de Ley estatutaria de la educación superior, dado que poco se habla de la optimización del esquema institucional de intervención que permitiría optimizar el servicio. Únicamente se habla de manera general de aspectos superficiales de su dimensión como derecho,

pero no de los aspectos orgánicos del derecho o su dimensión como servicio. Resulta perspicaz que en el texto del articulo 35 se otorguen facultades extraordinarias al ejecutivo para desarrollar las disposiciones en la Ley, lo cual no es conveniente, en vista de que el ejercicio y facultades legislativas, puede estar permeado de los riesgos que tienen consigo la actividad regulatoria

6.2 Recomendaciones

Teniendo en cuenta el carácter socio jurídico de la investigación realizada, el contexto legal presentado puede ser utilizado como soporte de investigaciones de corte empírico que se realicen en otras ciencias sociales y económicas. Así mismo, puede ser utilizado para la formulación y análisis de políticas publicas en materia de educación superior o en otros sectores administrativos.

Es importante precisar, que el alcance de esta investigación era evidenciar la existencia de riesgos de influencia o captura que se pueden materializar por el diseño institucional trazado por el ordenamiento legal vigente para la educación superior. Sin embargo, ejercicios investigativos de corte cuantitativo pueden complementar su alcance en demostrar la materialización estos riesgos.

Bibliografía

Alchian, A. A., & Demsetz, H. (1975). Production, Information Costs, and Economic Organization. *IEEE Engineering Management Review*, *3*(2). https://doi.org/10.1109/EMR.1975.4306431

Alzate, J. J. M. (2018). *Derecho económico constitucional colombiano* (Ediciones Doctrina y Ley, Ed.; Septima Ed).

Arango, R. (2004a). Constitucionalismo, Estado social de derecho y realización integral de los derechos. En Universidad Externado de Colombia (Ed.), *Derechos, constitucionalismo y democracia* (Primera Ed, pp. 59–94).

Arango, R. (2004b). Derechos, Justicia Constitucional y Democracia. En Universidad Externado de Colombia (Ed.), *Derechos, constitucionalismo y democracia* (Primera Ed, pp. 113–139).

Arango, R. (2004c). La Filosofía Politica de la Consttitución de 1991. En *Derechos, constitucionalismo y democracia* (Primera Ed, pp. 141–158). Universidad Externado de Colombia.

Arango, R. (2015). Derechos sociales. En J. L. Fabra Zamora & V. Rodríguez Blanco (Eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (Vol. 2, pp. 1677–1711). http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3796

Arbeláez Rudas, M. (2006). *Derecho a la salud en Colombia el acceso a los servicios del sistema general de seguridad social en salud* (H. Gardeazábal Garzón, Ed.). Centro de Investgación y Educación Popular, Cinep.

Ayala de Rey, M. V. (2015). *El Impacto regional del MIDE y la política pública*. https://universidad.edu.co/images/cmlopera/descargables/impacto_regional_mide_ma_victoria_ayala.pdf

Ayala Espino, M. (1992). *Límites del mercado, límites del estado. Ensayos sobre economía política del Estado.* (Instituto Nacional de Administración Publica, Ed.; Primera Ed). http://inap.mx/portal/images/pdf/book/3065.pdf

Ayala Oramas, U. (s/f). La regulación de la educación superior en Colombia. En Fedesarrollo (Ed.), *Obra Escogida* (pp. 79–117).

Ayala Oramas, U. (1998). *La regulación de la educación superior en Colombia: Una propuesta de reforma* (pp. 125–217). FEDESARROLLO.

Azuero, F. (2018). La búsqueda de rentas: Una revisión teórica y sus expresiones en un país emergente. En Academia Colombiana de Ciencias Económicas (Ed.), *Economía Política Regulación e Informalidad* (Primera ed, pp. 183–210).

Barsky, O. (2018). La inconsistencia de los rankings internacionales de las universidades y la debilidad del debate académico en la Argentina. *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad*, *13*, 153–187. https://www.redalyc.org/journal/924/92457720014/html/

Boehm, F. (2005). Corrupción y captura en la regulación de los servicios públicos. *Revista de economía institucional*, *7*(13), 245–263. http://www.scielo.org.co/pdf/rei/v7n13/v7n13a10.pdf

Botero Rico, C. M. (2016). *Análisis del sector público de las telecomunicaciones en Colombia* (L. D. Lopez Escobar & Universidad de Medellín, Eds.; Primera Edición). Universidad de Medellín.

Bula Escobar, J. I. (2009). Equidad social en la educación superior en Colobia. En *La educación superior: tendencias, debates y retos para el siglo XXI sostenibiliad y financiación* (Primera ed, pp. 281–310). Universidad Nacional de Colombia.

Caballero Argáez, C. (1990). Hacia una nueva relación entre el estado y el sistema financiero. En *La intervención del estado en el sector financiero colombiano* (pp. 43–62). Grupo Editorial 87; Departamento Administrativo del Derecho Civil.

Cantero Fernández, J. (s/f). *EXTERNALIDADES NEGATIVAS EN LA PRODUCCIÓN*. Recuperado el 19 de abril de 2019, de http://www.economiavisual.com/externalidades-negativas-en-la-produccion/

Castañeda Ramos, E. L., & Torres Cerón, J. A. (2017). *La política pública de inspección y vigilancia en la educación superior en Colombia*. Universidad Libre.

Castro Mora, D. V., & Taborda Moreno, L. S. (s/f). *Análisis de la cobertura e implicaciones en la equidad de los programas generación E y Ser Pilo Paga*. Recuperado el 14 de octubre de 2023, de https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2021/12/Ana%CC%81lisis-de-la-cobertura-e-implicaciones-en-la-equidad-de-los-programas-generacio%CC%81n-E-y-Ser-Pilo-Paga.pdf

Chisco Landazabal, D. L. (2018). *Impuesto de renta instituciones de educación superior: impacto fiscal, con ocasión de la Ley 1819 de 2016* [Universidad Externado de Colombia]. https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/c043f212-1618-47cf-80a4-8166a5475aac/content

Chuaqui J., B. (2002). Acerca de la historia de las universidades. *Revista chilena de pediatría*, *73*(6), 583–585. https://doi.org/10.4067/S0370-41062002000600001

Cifuentes Ruiz, K., & Martinez Bernal, D. A. (2002). *Contenido y alcance de las facultades de control, inspección y vigilancia en la prestación del servicio público de educación superior en Latinoamérica: un análisis en clave comparativa Perú - Colombia* [Universidad Libre de Colombia]. https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/24146/TESIS FINAL.pdf?sequence=2

Clavijo Clavijo, G. (2022, julio). *La Financiación de la Universidad Pública*. https://www.universidad.edu.co/la-financiacion-de-la-universidad-publica-galo-adan-clavijo-clavijo-julio-22/

Consejo de Estado de Colombia -Sección Segunda. (1983). *Setencia 20 de abril*. M.P. Joaquin Vanin Telllo.

Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Consejo de Estado. (2009). *Fallo 348*. M.P. Rafael E. Ostau de La Font Pianeta.

Consejo de Estado-Sala de Consulta y Servicio Civil. (2010). *Radicado No. 11001-03-06-000-2010-00049-00*.

Cordero Quinzacara, E. (2019). Los reglamentos como fuente del derecho administrativo y su control jurisdiccional. *Ius et Praxis*. https://doi.org/10.4067/s0718-00122019000100285

Corte Constitucional de Colombia. (1996). *C-188*. M.P. Fabio Moron Diaz. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-188-96.htm

Corte Constitucional de Colombia. (1997). *SU-480*.

Corte Constitucional de Colombia. (1999). *T-638*. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-638-99.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2000). *C-925*.

Corte Constitucional de Colombia. (2003). *C-150*.

Corte Constitucional de Colombia. (2007). *C-782*.

Corte Constitucional de Colombia. (2008). *C-162*. M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Corte Constitucional de Colombia. (2013). *T-743*.

Corte Constitucional de Colombia. (2014). *C-313*.

Corte Constitucional de Colombia. (2017). *C-031*.

Departamento Nacional de Planeación. (2014). *CONPES 3816*. 1–44. https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%c3%b3micos/3816.pdf

Depetris, E., Gustavo, G., Rodrigo, R., & Arancibia, G. (2002). *3 problemas de agencia e incentivos para el desempeño*. *2*.

Echavarría Arboleda, A. (2016). Relaciones entre el servicio educativo y el estatuto del consumidor. *CES Derecho*, *7*(1), 51–64. https://doi.org/10.21615/CESDER.7.1.5

El observatorio de la Universidad Colombiana. (s/f). *MIDE es perjudicial para el sistema de educación superior colombiano*. Recuperado el 9 de junio de 2023, de https://www.universidad.edu.co/mide-es-perjudicial-para-el-sistema-de-educacion-superior-colombiano/

El observatorio de la universidad Colombiana. (2017, septiembre). *MIDE* . https://www.universidad.edu.co/mide/

EnfoqueDerecho.com. (s/f). *La corrupción en el proceso regulatorio: El caso de la captura del regulador*. Recuperado el 29 de abril de 2021, de https://www.enfoquederecho.com/2018/08/02/la-corrupcion-en-el-proceso-regulatorio-el-caso-de-la-captura-del-regulador/

Eslava, M., & Meléndez, M. (2010). Cómo los Grupos de Interés Influyen sobre las Políticas de Productividad. En E. Lora & C. Scartascini (Eds.), *Consecuencias Imprevistas de la Constitución de 1991: Cómo la Política Influye en las Políticas Económicas* (pp. 115–144). Alfaomega - Fedesarollo.

Fabre Batista, G. C. (2005). Las funciones sustantivas de la universidad y su articulacion en un departamento docente. *V Congreso Internacional Virtual de Educación*. http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/24694

Fernández Riva, J. (1991). Regulación y desregulación en el sector financiero. *Revista Universidad EAFIT*, *27*(81), 31–42. http://hdl.handle.net/10784/16639

Flórez Villegas, A. (2011, diciembre 1). La Nueva Unidad Administrativa Especial Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación Financiera (URF). *Ámbito Jurídico*. https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo-y-contratacion/la-nueva-unidad-administrativa-especial-unidad-de-proyeccion

Gaitán Sánchez, Ó. M. (2014). Guía Práctica de las Entidades sin Ánimo de Lucro y del Sector Solidario. En *Publicaciones - Registro Mercantil y Esales*. Cámara de Comercio de Bogotá.

Gaviria Trujillo, L. F., & Sistema Universitario Estatal. (2017). *¿Cuál es el problema de financiación de las universidades públicas? ¿Por qué se dice que se están desfinanciando?* https://periodico.udenar.edu.co/problema-financiacion-las-universidades-publicas/

Giraldo, C. (2018). Comentario a la Ponencia: La búsqueda de rentas: una revisión teórica y sus expresiones en un país emergente de Francisco Azuero. En Acaemia Colombiana de Ciencias Económicas (Ed.), *Economía Política Regulación e Informalidad* (Primera Ed, pp. 211–214).

Gómez Giraldo, R. (2018). *Las élites colombianas entre 1991 y 2013: un estudio sobre la mentalidad de políticos y empresarios respecto a la educación y el desarrollo científico* [Doctorado en Estudios Sociales]. Universidad Externado de Colombia.

Gómez, V. M., González Díaz, L., & Forero Rubio, R. (2007). Formación de élites y educación superior: meritocracia y reclutamiento en el Departamento Nacional de Planeación. *Revista Colombiana de Sociología*, *28*.

Gordillo, A. (2006). Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. En FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO (Ed.), *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. Tomo 2* (8 edición). https://kontencioso.files.wordpress.com/2014/12/tratado2.pdf

Goyes Moreno, I., & Uscategui de Jimenez, M. (2001). *Escenarios posibles de la educación una mirada analítica a la ley 30 de 1992* (COMUNICAN S.A., Ed.).

Guarga, R. (s/f). *La educación superior y los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio **.

Guerrero Orozco, O. (2000). *Teoría Administrativa del Estado* (Oxford University Press, Ed.; 1 edición).

Guinard-Hernández, D. (2017). La 'regulación económica' como instrumento de dirección estatal de la economía. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, *18*(18), 177–224. https://doi.org/10.18601/21452946.n18.09

Hellman, J., & Kaufmann, D. (2001). La captura del Estado en las economías en transición. *Finanzas & Desarrollo*, *Septiembre 2001*. https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/09/pdf/hellman.pdf

Hernandez Álvarez, M. (1999). La lógica de lo publico para el mejoramiento de la calidad de la educación superior. En C. Académico (Ed.), *Documento de trabajo Comisión para el estudio de la reforma de la educación superior* (pp. 24–53). Universidad Nacional de Colombia.

ICFES. (2001). *Bases para una política de estado en materia de educación superior* (ICFES, Ed.). ICFES.

Itven, H., Jeremy, O., & Edgardo, S. (2000). Manual de reglamentación de las telecomunicaciones. *servicios de telecomunicaciones.*, *1*(1). https://www.itu.int/itudoc/itu-d/indicato/81478-es.pdf

Kelsen, H. (1984). *Teoría pura del derecho* (U. N. A. DE MÉXICO, Ed.; 1a ed.).

Lancheros, S. A., & Mora, A. F. (2022). La financiación de la educación superior en Colombia: crisis y disputas en el marco de la pandemia. *Nómadas*, *56*. https://doi.org/10.30578/nomadas.n56a3

Leguizamón Acosta, W. (2002). *Derecho económico: fundamentos* (Ediciones Doctrina y Ley, Ed.).

Lenis Mejía, A. L. (2013). Las agencias independientes o comisiones de regulación. *Revista De La Maestría En Derecho Económico*, *2*(2), 113–173. https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/revmaescom/article/view/7229

López Garavito, L. F., & López Angarita, D. F. (2004). *Estrategias de regulación Financiera* (Universidad Externado de Colombia, Ed.). Universidad Externado de Colombia.

López Rodríguez, M. del P. (2014). Democratización de la educación superior en Colombia: un análisis exploratorio. *Revista CS*. https://doi.org/10.18046/recs.i13.1826

López Segrera, F. (2019). *Prospectiva de la educación superior en el mundo tendencias mundiales, regionales y escenarios al 2030* (El Viejo Topo, Ed.).

Losada Lora, R. (2000). *Los gremios empresariales en colombia* (Pontificia Universidad Javeriana, Ed.).

Martínez Rizo, F. (2011). Los rankings de universidades: una visión crítica. *Revista de la educación superior*, *40*(157), 77–97. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-27602011000100004&lng=es&nrm=iso&tlng=es

Medina, D. L. (2007). El sueño weberiano: claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del estado colombiano. *Revista de Derecho Público*.

Méndez Morales, J. S. (s/f). *Fundamentos de economía* (McGraw-Hill Interamericana, Ed.; 4 Edición).

Mora Cortes, A. (2018a, octubre 29). *¿Generación "E" o generación "D"?: desfinanciación, desigualdad y desintegración*. Razon Publica. https://razonpublica.com/generacion-e-o-generacion-d-desfinanciamiento-desigualdad-y-desintegracion/

Mora Cortes, A. (2018b, octubre 29). ¿Generación "E" o generación "D"?: desfinanciación, desigualdad y desintegración. *Razon Publica*.

Mora Cortés, A. F. (2016). *La seudorrevolución educativa: desigualdades, capitalismo y control en la educación superior en Colombia* (Primera Ed). Editorial Pontificia Universidad Javeriana. https://doi.org/10.2307/j.ctv893hj3

Moreno Gamba, A. M. (2021). Los programas de crédito educativo y subsidio a la demanda: instrumentos para el mejoramiento o deterioro de la igualdad en la educación superior en Colombia. *Papel Político*, *25*. https://doi.org/10.11144/Javeriana.papo25.pces

Noreña Jaramillo, F., Mejía Alfaro, G. E., Agudelo García, R. A., Fong Lozano, J., Arias Orozco, F. H., Noguera Serrano, J. A., Becerra Ardila, L. E., Ayala Caldas, L. C., & Rincón Laverde, T. (2012). *Desfinanciamiento de la Educación Superior en Colombia: La realidad de la crisis en el sistema de financiación de las Universidades Estatales*. Sistema Universitario Estatal. https://repositorio.utp.edu.co/handle/11059/3213

Ocampo Londoño, A. (1998). Políticas y Criterios para la asignación de recursos. *Políticas y estrategias para la transformación de la educación superior en américa y el caribe hacia una agenda de la educación superior en Colombia*, 249–280.

OCDE. (2009). *Derecho y Política de la Competencia en Colombia*. https://www.oecd.org/colombia/44111213.pdf

OCDE. (2014). *Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia*. OECD. https://doi.org/10.1787/9789264201965-es

OCDE. (2017). *Creando una cultura de independencia: Guía práctica contra influencias indebidas.* (OECD Publishing, Ed.). OECD. https://doi.org/10.1787/9789264287877-es

Ordorika, I., & Lloyd, M. (2014). Teorías críticas del Estado y la disputa por la educación superior en la era de la globalización. *Perfiles Educativos* |, *XXXVI*, 145.

Padilla Berrío, M. J., Montaño Patarroyo, C. A., Villarraga Albino, L., & Vargas Sandoval, M. A. (2022). La Política de Mejora Regulatoria en Colombia: de la Teoría a la Práctica. *Notas de Política en Mejora Regulatoria*, *1*, 1–8.

Perdomo Villamil, C. (2014). *Regulación económica: caracterización y control* (Universidad Externado de Colombia, Ed.; 1a ed.). Universidad Externado de Colombia.

Perdomo Villamil, C. (2020). Delimitación y alcance de la independencia del regulador de las comunicaciones colombiano. En Edgar González López (Ed.), *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC* (Primera Edición, pp. 599–633). Universidad Externado de Colombia. https://doi.org/10.2307/j.ctv18msq2j.21

Pereira, L., & Marialice M, F. (1970). *Educación y Sociedad. Ensayos sobre sociología de la educación* (Companhia Editora Nacional, Ed.).

Pérez Fuentes, C. A., Hernández Peñaloza, F. A., Leal Castañeda, K., & Castillo Calderón, D. F. (2020). Análisis jurisprudencial del derecho a la salud en Colombia. *Academia & Derecho*, *19*, 87–12. https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.19.6010

Perez Salazar, M. (2007). Economía y fallos constitucionales: la experiencia colombiana desde la vigencia de la Carta Política de 1991. En A. Estrada, M. J. Cepeda Espinosa, & E. Montealegre Lynett (Eds.), *Teoría Constitucional y POlíticas Públicas* (pp. 807–906). Universidad Externado de Colombia.

Piza R., J. R. (1998). Estímulos tributarios para la educación superior en Colombia. En CORCAS editores LTDA. (Ed.), *Políticas y estrategias para la transformación de la educación superior en américa y el caribe hacia una agenda de la educación superior en Colombia*. ASCUN UNESCO.

Posner, R. A. (1974). Theories of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, *5*(2), 335–358. https://doi.org/10.2307/3003113

Quevedo Caicedo, C. M. (2022). *Balance de la ley 1978 del 2019. Impactos y efectos del regulador convergente* [Trabajo de grado - Maestría]. Universidad Externado de Colombia.

Quintyn, M., & Taylor, M. W. (s/f). *¿Deben ser independientes los reguladores del sector financiero?* Recuperado el 22 de octubre de 2023, de https://www.imf.org/external/pubs/ft/issues/issues32/esl/issue32s.pdf

Ramos, C. A. (2015). Los paradigmas de la investigación científica. *Avances en Psicología*, *23*(1), 9–17. https://doi.org/10.33539/avpsicol.2015.v23n1.167

Rosillo Rojas, M. (2004). Arreglos institucionales para la regulación y la supervisión financiera: la integración de la supervisión financiera en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, *32*, 92–138. http://hdl.handle.net/1992/47403

S. Hellman, J., Geraint, G., Jones, J., & Kaufmann, D. (2001). Capture al Estado, capture el día. Captura del Estado, corrupción e influencia en la transición. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 35–62. https://doi.org/10.24965/gapp.vi21.262

Salazar Gaviria, C. (2019). *El derecho a la calidad y garantía de los estudiantes de educación superior de las Universidades en Colombia.* [Universidad Icesi]. https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/87829/1/T02190.pdf

Sánchez Torres, C. A. (1998). *El acto Administrativo Teoría General* (Legis, Ed.; 2 Edición).

Segovia Mora, P. E., & Sierra Reyes, P. H. (2011). Tributación de las Instituciones de Educación Superior en Colombia (Estimación Gasto Tributario concedido). En *Cuaderno de Trabajo* (Vol. 45). UAE. DIAN - Coordinación de Estudios Económicos. https://www.dian.gov.co/dian/cifras/Cuadernos de Trabajo/Tributación de las Instituciones de Educación Superior en Colombia (Estimación Gasto Tributario concedido).pdf

Sen, A. (2000). El desarrollo como libertad. *Gaceta Ecológica*, *55*.

Stigler, G. J. (1971). The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, *2*(1). https://doi.org/10.2307/3003160

Tamayo Valencia, A. (s/f). *Sentido y significado de la Universidad Pública*. El Observatorio de la Universidad Colombiana. Recuperado el 24 de junio de 2023, de https://www.universidad.edu.co/sentido-y-significado-de-la-universidad-pca/

Tollison, R. D. (1982). Rent seeking: a survey. *Kyklos*, *35*(4). https://doi.org/10.1111/j.1467-6435.1982.tb00174.x

Tünnermann Bernheim, C. (2010). Las conferencias regionales y mundiales sobre educación superior de la UNESCO y su impacto en la educación superior de América Latina. *Universidades*, *60*(47), 31–46. https://www.redalyc.org/pdf/373/37318570005.pdf

UNESCO. (1998). *Marco de acción prioritaria para el cambio y el desarrollo de la educación superior*. UNESCO. https://www.iesalc.unesco.org/ess/index.php/ess3/article/view/172/163

Uprimny, R., & Rodríguez, C. A. (2005). *Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho*. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2005/12/Constitución-y-modelo-económico-en-Colombia.pdf

Ureña, R. (2016). El Surgimiento del Estado Regulador-Constitucional en Colombia. En E. T. S.A. (Ed.), *Nuevas Tendencias del derecho Administrativo* (pp. 9–38). Universidad de Los Andes - Facultad de Derecho.

USA, T. P. (1993). *Executive Order 12866 of September 30, 1993*. https://www.archives.gov/files/federal-register/executive-orders/pdf/12866.pdf

Vallejo Almeida, G. (2016). La captura regulatoria y su relación con las fallas del mercado. En Universidad Católica de Colombia (Ed.), *Derecho público en el siglo XXI: regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos* (pp. 13–35). https://hdl.handle.net/10983/18446

Vargas Rozo, O. E. (s/f). *El carácter normativo de los principios del derecho administrativo*. Recuperado el 31 de octubre de 2019, de https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/227

Velandia Naranjo, D., Restrepo Zea, J. H., & Rodríguez Acosta, S. (2002). Organismos reguladores del sistema de salud colombiano: Conformación, funcionamiento y responsabilidades. *Borradores del CIE*, *1*, 1–24.

Vergara Mesa, H. D. (2009). Vista de De los ECAES, la autonomía universitaria y el Derecho. *Diálogos de Derecho y Política*, *2*(1), 1–17. https://revistas.udea.edu.co/index.php/derypol/article/view/3275/3039

Villegas, G. (s/f). Potestad reglamentaria del gobierno frente a la autonomía universitaria . En Asociación Colombiana de Universidades ASCUN (Ed.), *Autonomía universitaria un marco conceptual, histórico, jurídico de la autonomía universitaria y su ejercicio en Colombia* (pp. 203–2014).

Yarce, J., & Lopera, C. M. (2002). Para soñar en el futuro evolución, realidades y expectativas de la educación superior en Colombia. En M. de E. Nacional (Ed.), *La Educación superior en Colombia*. UNESCO; IESALC.

Zuleta J., L. A. (1990). La intervención del estado en el sector financiero. En *La intervención del estado en el sector financiero colombiano* (pp. 11–41). Grupo Editorial 87; Departamento Administrativo del Derecho Civil.