

La incorporación de agencias en la estructura administrativa colombiana del orden nacional. Una confrontación axiológica de dos modelos organizacionales de la administración pública¹

ALBERTO MONTAÑA²

RESUMEN

La incorporación de las agencias a la estructura de la administración del orden nacional en Colombia, generó serias dudas sobre la necesidad de crear una estructura administrativa diferente de las tradicionales. Esta incorporación resulta aún más cuestionable cuando se observa la introducción de esta cate-

1 Este documento se presentó en el Seminario de Investigación Binacional México-Colombia "Nuevas tendencias organizacionales de la administración pública", Universidad de Guadalajara y Universidad Autónoma de México, abril de 2012.

2 Doctor en derecho Universidad de Bolonia, Bolonia, Italia. Profesor y director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: alberto.montana@uexternado.edu.co Fecha de recepción: 12 de diciembre de 2014. Fecha de modificación: 2 de febrero de 2015. Fecha de aceptación: 3 de abril de 2015. Para citar el artículo: MONTAÑA, A. (2015). La incorporación de agencias en la estructura administrativa colombiana del orden nacional. Una confrontación axiológica de dos modelos organizacionales de la administración pública. *Revista Digital de Derecho Administrativo* n.º 13, Universidad Externado de Colombia, pp. 27-43. DOI: 10.18601/21452946.n13.04

goría norteamericana sin un análisis profundo sobre la tradición y la realidad nacionales. La situación se agrava por el hecho constatable de que los valores y la filosofía de la estructura de la administración pública en Colombia difieren en mucho de los predominantes en Estados Unidos. Por lo anterior, se propone un análisis crítico de la institución y de su adopción acrítica e irreflexiva en nuestra realidad.

Palabras clave: agencias, estructura de la administración pública, ministerios, principio de legalidad, organización administrativa, autonomía.

The Incorporation of Agencies in Colombia's National Administrative Structure: An Axiological Comparison between Two Organizational Models of Public Administration

ABSTRACT

The incorporation of agencies into Colombia's Administrative Structure has generated profound debates about the need to create administrative bodies that differ from traditional ones. Such incorporation is all the more problematic when these North American agencies are introduced without any real analysis of the local tradition and culture. The situation became more complicated as a consequence of the undisputed fact that the values and philosophies of the Public Administration Structure in Colombia are different from the predominant values in the United States. Hence, this paper provides a critical analysis of the institution and of its credulous and impulsive adoption of such instruments into our reality.

Keywords: Agencies, Structure of Public Administration, Ministries or Secretaries, Rule of Law, Administrative Organization, Autonomy.

INTRODUCCIÓN

En Colombia la estructura de la administración se ve fuertemente influenciada, en mayor o menor medida, por la ideología y la concepción de Estado del gobernante de turno. En este contexto, los presidentes de la República en su condición de suprema autoridad administrativa suelen irradiar la fisonomía de la estructura administrativa del orden nacional, a través de reformas que se insertan en políticas públicas precisas, que las más de las veces son presenta-

das bajo rubros de modernización y/o simplificación administrativa (TINGLE, 1988; THOMAS, 1971)³⁻⁴.

Cuando ello ocurre, los estudiosos del derecho administrativo nos vemos forzados, como es lógico, a interpretar dichas reformas y, desde la doctrina, a construir reflexiones que puedan resultar útiles para su comprensión.

Si bien la expresión "agencias" no era del todo ajena a la estructura administrativa colombiana del orden nacional⁵, el actual gobierno ha introducido un número significativo de este "tipo" de administraciones públicas, todas ellas adscritas a ministerios o departamentos administrativos, y por ende, pertenecientes desde una perspectiva formal a la organización administrativa.

En tal sentido la Ley 1444 de 2011 creó una "agencia" del orden nacional que se esboza como una unidad administrativa especial, y dotó de facultades extraordinarias al Presidente de la República, para que a través de decretos con fuerza de ley diera origen a unas entidades administrativas o "reorganizar" las existentes, atribuyéndoles algunas veces una nueva fisionomía, y otras, fusionándolas o escindiéndolas.

En cumplimiento de lo anterior se crearon algunas novedosas agencias, y se convirtieron en ellas otras entidades administrativas que se esbozaban bajo denominaciones estructurales convencionales, las más de las veces teniendo las mismas origen en la primera gran composición normativa de la organización administrativa colombiana, los decretos 1050 y 3130 de 1968.

Sin embargo, a la hora de identificar los rasgos con los cuales caracterizar las nacientes agencias, el intérprete debe afrontar no pocos problemas, derivados fundamentalmente de la ausencia de un norte conceptual que se desprenda de los instrumentos normativos que les han dado origen.

En efecto, solo una de las nuevas agencias fue creada por la ley⁶ (Ley 1444 de 2011), y allí se le atribuyó la categoría de unidad administrativa especial; las otras 7 fueron creadas por los correspondientes decretos leyes⁷, de las que solo 3 siguieron la idea legal de esbozarse en términos normativos como unidades administrativas especiales (la Agencia colombiana para la Reintegración

3 "Structural reorganization has been oversold as an instrument of governmental and political reform during much of this century": THOMAS, NORMAN C. (1971). Politics, structure, and personnel in administrative regulation. 57 Va. L. Rev. 1035, p. 1035.

4 "Ronald Reagan arrived at the White House in 1981 armed with a quixotic strategy for reducing the size and scope of the federal government and for closing the budget deficit. The President's strategy required a massive reduction in taxes and, simultaneously, even greater reductions in expenditures": TINGLE, MICHAL LAURIE (1988). Privatization and the Reagan Administration: Ideology and Application. 6 Yale L. & Pol'y Rev. 229.

5 La Corte Constitucional, en la sentencia C-150 de 2003, se refiere a la expresión "otras agencias del Estado" de origen constitucional para aludir a la fundamentación de entidades administrativas que gozan de autonomía.

6 Se trata de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado.

7 Decretos 4085, 4137, 4138, 4165, 4169 y 4170 de 2012.

de Personas y Grupos Alzados en Armas; la Agencia Nacional del Espectro, y la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente); mientras que otras 3 (Agencia Nacional de Minería, Agencia Nacional de Hidrocarburos y Agencia Nacional de Infraestructura) no se identifican con ninguna estructura administrativa precisa tradicional⁸, y por ende deberían entenderse como una nueva (RODRÍGUEZ, 2007).

Si su denominación puede dar lugar a problemas interpretativos, debe subrayarse que estos se acrecientan cuando quiera que se revisen las diferencias en lo relativo a su composición interna, y más aún, cuando se evidencian la heterogeneidad de actividades que desarrollan (MONTAÑA PLATA, 2010) y los mecanismos que pueden y deben utilizarse para ello (WEBER, 1977).

En el estudio de estas surge entonces una inquietud lógica: ¿qué son las agencias en la organización administrativa nacional colombiana?

Si lo anterior genera algún tipo de perplejidad, más aún puede producirlo una posible y racional solución al interrogante planteado: ¿para qué preguntarse qué son?, ¿no basta saber que son entidades administrativas del orden nacional, adscritas o vinculadas a organismos nacionales (ministerios y departamentos administrativos), que tendrán personalidad jurídica en la medida en que así lo determine su norma creadora, y que en caso de no tenerla actuarán en nombre de la Nación colombiana, que desarrollarán las actividades que la ley (o una norma con tal fuerza) les fije, y que tendrán la composición interna que se establezca en su norma creadora?

Esta posible solución, que, insistimos, puede gozar de un sustento de racionalidad, en buena medida comporta una confrontación con un modelo de organización administrativa como el escogido por Colombia, donde la ley se esboza (art. 150, num. 7 superior) como el referente obligado para la comprensión de las singulares administraciones públicas; donde existen distintas entidades (estructuras organizacionales) que la ley tipifica, justamente, porque el origen de cada una de ellas ha tenido una razón de ser; que como tales detentan unas características que las hacen unas y no otras; y de cuya caracterización se deriva, en cierta medida, una técnica para el operador jurídico administrativo al afrontar situaciones que guardan relación con ellas.

Dicha confrontación necesariamente comporta una técnica de comparación, porque en estos términos las "agencias" han nacido fundamentalmente de la experiencia administrativa estadounidense, donde la "despreocupación" por encuadrar y caracterizar las distintas entidades administrativas resulta coherente con una cultura jurídica en la que basta su identificación subjetiva, junto con sus funciones, para estudiarlas; y donde posturas de sistemas como la

8 Por tradicional se quiere hacer referencia a denominaciones de organización administrativa existentes desde la composición normativa de 1968, o cuando menos desde la sanción del instrumento normativo vigente que se ocupa de ello: Ley 489 de 1998.

del nuestro son observadas como exageración de formalidades, y por qué no, como obsesión por los encuadramientos y las clasificaciones (GRAVES, 1950).

De lo anterior, estimamos pueden desarrollarse interesantes reflexiones y estudios con altas cargas de derecho comparado, pero también, construcción de prejuicios, e importaciones a veces malsanas, que interfieren un modelo jurídico administrativo que por supuesto debe entenderse como abierto al cambio, pero que no puede perder su norte como consecuencia de la imitación de modelos nacidos en contextos culturales y teóricos distintos (DÍAZ, 2010).

La preocupación que lo anterior produce, así como la convicción de que, aunque bienvenidos, los cambios en este y otros temas de interés jurídico administrativo deben implementarse con juicio conceptual y con plena conciencia de su contexto, constituyen la motivación de este escrito, cuya pretensión es tan solo la de revisar algunos valores del modelo de organización administrativa existente en Colombia y confrontarlos con algunas ideas que en la lógica estadounidense son usadas para la comprensión de las agencias.

Con este propósito, este artículo se distribuirá en tres partes: en la primera se pondrán en evidencia algunos valores históricos que en buena medida han justificado las ideas de encuadramiento y caracterización aludidas; luego se revisarán algunos valores de índole organizacional con fundamento en los cuales estas mismas ideas se han afianzado, y finalmente, se aludirá a las actividades y funciones que en últimas deben ser el norte de cualquier tipo de organización administrativa. Hecho lo anterior, se presentarán algunas consideraciones finales y conclusiones.

1. VALOR HISTÓRICO DE UN MODELO FORMAL DE ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA

En otra oportunidad (MONTAÑA PLATA, 2010) hemos señalado la tradicional tendencia existente en el derecho administrativo moderno de identificar el principio de legalidad de las administraciones públicas con el conjunto de normas donde se establecen las distintas funciones que pueden y deben desarrollar, todo ello en virtud de esa idea proveniente de la Revolución francesa consistente en que mientras los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté prohibido, las administraciones públicas, en cambio, solo aquello que el ordenamiento jurídico les permita hacer⁹.

Lo anterior lo hemos hecho con la intención principal de poner en evidencia el descuido que ello supone, ya que dicho principio también irradia, y de manera bastante significativa, a la organización administrativa, y en ese contexto es el ordenamiento jurídico lo que nos da una idea de la composi-

9 Principio este recogido en el artículo 6.º de la Constitución Política colombiana.

ción administrativa de un Estado, así como de las posibilidades de acción de los distintos sujetos que se desenvolverán en las dinámicas que constituyen el objeto del derecho administrativo (RESTREPO MEDINA, 2002).

Mutatis mutandi, así como el derecho privado nos ofrece una conceptualización de persona, y en ese contexto distingue roles y situaciones subjetivas de distintas manifestaciones suyas (padres, hijos, empresas, corporaciones, etc.), el derecho administrativo distingue también a diferentes sujetos (establecimientos públicos, superintendencias, unidades administrativas especiales, empresas industriales y comerciales, agencias, etc.) con la finalidad de indicar los distintos roles que ellas deben cumplir, así como de manera más particular los estatus subjetivos de las mismas. Nótese cómo, en uno y otro caso, es la ley en su sentido amplio la que nos señala lo último, de tal manera que las distintas denominaciones se observan como de máxima utilidad y en absoluto caprichosas.

La situación que se señala no adquiere entonces solamente implicaciones organizacionales que resultan lógicas (la identificación de roles y estatus subjetivos sirven sin duda para la consideración y diseño de una organización que se justifica para cumplir y llevar a buen término los fines del Estado); adquiere también, y ello es lo que se quiere subrayar, una idea de garantía ciudadana, por cuanto en los nacientes Estados de derecho, los ciudadanos no solo tenían la expectativa de que la ley les indicara qué podían hacer las administraciones públicas, sino también la de que la ley les indicara cómo estaba formada la administración pública (PAREJO ALFONSO, 2011).

La conformación y diseño de la administración pública en un instrumento normativo como la ley, se esbozaba entonces como un referente que el ciudadano común sentía como suyo, porque de él se desprendía la imposibilidad de crear o concebir singulares administraciones públicas sobre la marcha y frente a coyunturas particulares (como ocurría en el pasado en otros modelos estatales y/o de organización pública en general); lo concebía también como el referente necesario de disposición de recursos físicos, financieros y humanos para el efectivo cumplimiento de los fines que su Estado se trazaba.

Esta la idea de un modelo de organización administrativa como el adoptado en Colombia; una idea que se esgrime como un valor fundamental de su concepción de Estado de derecho, en cuyo marco deben observarse las leyes que distinguen estructuras, atribuyen roles y funciones, como instrumentos normativos que suponen garantías de derechos e intereses ciudadanos, como instrumentos de seguridad jurídica, así como para la disposición de acciones para la consecución de los fines del Estado.

Las construcciones normativas de 1968 no crearon en Colombia por primera vez estructuras administrativas para efectos didácticos; lo que hicieron fue recoger algunas denominaciones e implementar otras, para la organización de la administración pública del orden nacional, con miras a cumplir con los deberes constitucionales de auto-organización a efectos de cumplir con los

finos propuestos en la Carta Política, así como de dotar de seguridad jurídica a una ciudadanía que debe rechazar la improvisación en este campo, pero que también es expectante de una identificación inequívoca de la composición de la administración pública, y por ende también del Estado.

En Estados Unidos, donde según lo indicado se ha construido un concepto de agencia que pareciera haber servido de inspiración en la reciente reforma de la organización administrativa que motiva este trabajo, se ha tomado a estas, al menos desde una perspectiva federal, en buena medida como sinónimo de "autoridad de gobierno", es decir como referente genérico de autoridad o entidad pública (GRAVES, 1950).

En efecto, en el *Administrative Procedural Act* (APA)¹⁰ se indica que por agencia debe entenderse toda autoridad de gobierno de Estados Unidos, sin importar si en términos organizacionales se ubica dentro o fuera de este, o si se sujeta o no al control de estamentos pertenecientes a él.

Tan genérica resulta la conceptualización de agencia que el mismo instrumento normativo se encarga de excluir algunas autoridades o entidades públicas que no pueden entenderse comprendidas dentro del concepto de agencia: el Congreso, los tribunales, los gobiernos de los territorios o de las posesiones territoriales de Estados Unidos, el gobierno del Distrito de Columbia¹¹, agencias compuestas por representantes de partes en conflictos determinados por ellas, los tribunales marciales, las autoridades militares que ejercen en el campo de guerra o en territorio enemigo ocupado, y otras en extremo específicas¹².

Como se observa, el común denominador de las agencias en este modelo de organización administrativa es el ejercicio de autoridad (gobierno), hasta el punto de que existen algunas que hacen parte del órgano ejecutivo, mientras que otras se encuentran fuera de él. Es en virtud de esta dualidad de posibilidades que la jurisprudencia estadounidense ha distinguido entre simples agencias (las primeras) y agencias independientes o comisiones o agencias regulatorias independientes (las segundas) (HUNTER DIETZ, JACOBS, & LEMINA, 1994)¹³, subrayando que la última situación supone la ausencia de un control por parte de la Casa Blanca (MORRISON, 1988).

Adicional a lo anterior, vale la pena indicar que pareciera inferirse del mismo APA, y en tal sentido lo ha reconocido la jurisprudencia de este país,

10 Inserto en el título 5 del United States Code, convertido en ley en 1946.

11 Con excepción de los requerimientos manifiestos en la sección 552 del instrumento normativo a que se alude.

12 Las que guardan relación con las funciones conferidas por las secciones 1738, 1739, 1743 y 1744 del título 12, capítulo 2 del título 49, secciones 1884, 1891-1902, literal y numeral b 2 de la sección 1641, y el apéndice del título 50 (United States Code).

13 Cfr. *Federal Trade Commission v. Ruberoid Co.*, 343 U.S. 470, 72 s. Ct 800, 96. L. Ed. 1081 (1952). En *American Jurisprudence*, 2.ª ed. Base de datos con actualización de septiembre de 2008. Administrative Law. LAURA HUNTER DIETZ, ALAN JACOBS, THERESA LEMING, JEFFREY SHAMPO, ERIC SURETTE. (II. Administrative Agencies. A. Introduction. 1. In General).

que la creación de una agencia de este tipo solo puede hacerse a través de un acto de gobierno, ya que esta es justamente una de las características, la más evidente seguramente, que les atribuye el estatus de agencia pública respecto de las simples agencias (privadas)¹⁴.

Con tal formalidad para la creación de las agencias se garantiza, sin duda alguna, la legitimidad para el cumplimiento de las funciones de autoridad (gubernamentales) que les son atribuidas en sus actos de creación (MACEY, 1993), y de ellas, por su parte, se deriva la dotación de mayor o menor autonomía (FROOMKIN, 1987), en relación con los controles que les resultan propios, sean estos, en el caso de las simples agencias, gubernamentales a más de judiciales, o estrictamente judiciales en el caso de las agencias independientes, o comisiones, o agencias regulatorias independientes.

La clasificación a la que se alude, sin embargo, no puede apreciarse de manera estricta; la jurisprudencia y, en muchos casos, la doctrina han intentado crear este tipo de clasificaciones, no para distinguir de manera inequívoca algunas características comunes a tipos de agencias, sino principalmente con la finalidad de identificar los controles que ellas puedan tener, en virtud de funciones tan trascendentales como son las de "rule making", o las de "adjudication", sin nombrar las denominadas "quasijudicial functions"¹⁵ (SHAPIRO, 1965).

En tal sentido, referir el estudio de las agencias en el modelo estadounidense no es aproximarse a la caracterización de un tipo específico de entidad administrativa, sino que por el contrario supone la revisión de la organización administrativa en general de este país, e inclusive pública (si se atiende a la no pertenencia de algunas agencias al órgano ejecutivo). No en vano el estudio

14 "A 'public agency' has been defined as an agency endowed with governmental or public functions, and the authority to act with the sanction of government behind it determines whether or not a governmental agency existist": *Corpus Juris Secundum*. Base de datos con actualización en junio de 2008. Public Administrative Law and Procedure. JOHN BOURDEAU, JOHN DVORSKE, SONJA LARSEN, RICHARD J. LINK, THOMAS MUSKUS, KARL OAKES, LORI PARKER, CARMELA PELLEGRINO, ERIC C. SURETTE, ELIZABETH WILLIAMS, y LISA ZAKOLSKI. (II. Administrative Agencies, Officers, and Agents. A. In general).

15 Para corroborar lo anterior, basta la revisión de la denominación de aquellas que han sido concebidas como agencias regulatorias independientes: Board of Governors of the Federal Reserve System; Commodity Futures Trading Commission (CFTC); Consumer Product Safety Commission (CPSC); Federal Communications Commission (FCC); Federal Deposit Insurance Corporation; Federal Energy Regulatory Commission (FERC); Federal Housing Finance Board; Federal Maritime Commission (FMC); Federal Trade Commission (FTC); Mine Enforcement Safety and Health Review Commission; National Labor Relations Board (NLRB); Nuclear Regulatory Commission (NRC); Occupation Safety and Health Review Commission (OSHRC); Postal Rate Commission; Securities and Exchange Commission (SEC); Surface Transportation Board o Interstate Commerce Commission; entre las más importantes. Cfr. *Federal Procedure*, Lawyers Edition. Base de datos con actualización de septiembre de 2008. Capítulo 2: Procedimiento administrativo. (I. In general. B. Executive Branch Organization. 2 How independent are the independent Regulatory Agencies?).

de las agencias constituye uno de los principales capítulos de los estudios de derecho administrativo en Estados Unidos (DAVIS, 1982).

Estas agencias desarrollan importantes actividades de interés público (relacionadas con los fines del Estado) a través del ejercicio de funciones que se señalan en actos gubernamentales, principalmente aquellos que aluden a su creación. Y el ejercicio de estas funciones puede ser más o menos poderoso, es decir, puede caracterizarse por mayor o menor autonomía, situación esta que en línea de principio no depende de su denominación, sino de la caracterización de las funciones que el ordenamiento jurídico les atribuye, así como de las posibilidades de control a sus acciones que se establecen (FROOMKIN, 1987).

Es en este contexto que deben apreciarse clasificaciones como las introducidas por la doctrina y la jurisprudencia, las que tienen la pretensión, más que de encuadrar distintos tipos de agencias en virtud de sus características o roles comunes, de distinguir aquellas que tienen control del ejecutivo respecto de las que no lo tienen, y por ende, con independencia de la naturaleza de las actividades que desarrollan, o del tipo de funciones que cumplen, las que se esbozan con mayor o menor autonomía.

Sin duda alguna existe, en el fondo de la organización administrativa estadounidense que se esboza, un espíritu con rasgos propios, que no excluye la necesidad de encontrar referentes normativos para la consideración de la organización administrativa, para efectos de garantizar derechos e intereses ciudadanos que en buena parte se materializan en el conocimiento de estos de las funciones que cumplen y en la legitimidad de sus acciones fundada en un sistema de controles (administrativos y judiciales).

El modelo aludido se distingue, en cambio, en la ausencia de un imperativo normativo de clasificación de las autoridades administrativas con fundamento en las actividades que desarrollan y/o en las funciones que cumplen. Cuando se producen clasificaciones de agencias, en primer lugar ellas provienen las más de las veces de la jurisprudencia y la doctrina, y en segundo lugar, ello se hace para efectos de advertir mayor o menor autonomía en virtud de la existencia o no de controles de tipo administrativo.

Con tal consideración axiológica de carácter histórico de uno y otro modelo de organización administrativa, no puede más que mantenerse la perplejidad frente a una reforma que introduce un tipo de estructura administrativa (agencias) que de donde provienen (Estados Unidos) no son ningún tipo, sino por el contrario un género en el que pueden gozar de mayor o menor autonomía; de mayores o menores controles; que pueden desarrollar variados tipos de actividades; y que para ello pueden tener distintos tipos de funciones (*rulemaking, adjudication y quasijudicial functions*) que no necesariamente confluyen.

2. VALOR ORGANIZACIONAL DEL MODELO DE ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA COLOMBIANO

Reflexionar en torno al valor organizacional de uno y otro modelo es una tarea difícil por distintos motivos, entre los que cabe citar que en cualquier modelo de estructura administrativa la organización de la administración pública se esboza a efectos de cumplir unos fines que no son otros distintos que los del Estado; que, pese a la revisión y constatación de distintos modelos organizacionales, una influencia significativa tuvo en Europa continental el pensamiento de MAX WEBER (WEBER, 1977), el cual en su teoría burocrática, de amplia implementación en su continente, no hizo nada distinto de subrayar las bondades de un modelo de organización administrativa como el estadounidense caracterizado principalmente por las distinciones entre gobierno y administración pública; y que todos los modelos organizacionales (al menos los esbozados en un plano teórico) guardan una lógica y una coherencia con una idea ordenadora, cuya comparación, al menos desde un plano de análisis jurídico, resulta antipática, por decir lo menos.

Se quiere subrayar, sin embargo, que en uno y otro modelo hubo una marcada influencia de CAVOUR sobre la idea ministerial (aunque en Estados Unidos se haga alusión a secretarías) (BASSANINI, 2000); solo que en un modelo como el colombiano, de marcada influencia francesa, a partir de esta idea surgió la necesidad de identificar el tipo de vínculo que tenían las entidades administrativas con sus correspondientes ministerios (o departamentos administrativos, después), así como de identificar con cuál de ellos estaban relacionadas.

Dos razones principales pueden subrayarse respecto de esta necesidad de relacionar las distintas entidades administrativas con los ministerios (y por supuesto también con los departamentos administrativos) en un caso como el colombiano: en primer lugar, la necesidad de identificar plenamente la actividad que desarrollará la entidad administrativa, a efectos de encuadrarla en alguna de las grandes materias (en cabeza de los ministerios) que hacen parte del gobierno; y en segundo lugar, la necesidad de determinar en abstracto el grado de autonomía, o si se prefiere de mayor o menor vinculación que tienen las entidades administrativas con el ministerio con el cual se relacionan.

Lo primero, en el caso colombiano, tiene inclusive claros efectos normativos; así, la Ley 489 de 1998 define a los sectores administrativos como sigue: "El sector administrativo está integrado por el Ministerio o Departamento Administrativo, las superintendencias y demás entidades que la ley definan como adscritas o vinculadas a aquéllos según correspondiere a cada área".

Como se aprecia, pareciera importante identificar un sector administrativo, a efectos de observar, apreciar y entender una unidad material en la que convergen actores, cuya identificación orgánica y funcional resulta de máxima importancia para la ciudadanía en general, y en tal sentido se establece un orden conceptual de gran trascendencia.

Lo segundo también ha tenido desarrollos normativos y ha sido objeto de intensas construcciones doctrinarias, principalmente a partir de la distinción entre entidades sin personería jurídica y, por ende, pertenecientes al orden central, y aquellas que en cambio gozan de personalidad jurídica y en tal sentido pertenecen al orden descentralizado. Esta segunda razón ha tenido también incidencia en la clasificación entre entidades adscritas y entidades vinculadas, para distinguir intensidades de autonomía diferentes en uno y otro caso (HERNÁNDEZ, 1999).

Estas dos razones aludidas, que, se insiste, son de fácil constatación en un modelo de organización administrativa como el colombiano, encuentran, sin lugar a dudas, fundamento también en un modelo de organización administrativa como el existente en Estados Unidos, en el que resulta de manera indiscutible importante advertir el tipo de actividad que va a desarrollar cada agencia en un contexto macro, así como el grado de autonomía con que cuentan, según se indicó, fundamentalmente en relación con los controles de los que sus actividades pueden ser objeto.

El fundamento de ellas, sin embargo, alcanza intensidades distintas que resulta importante advertir. Obviamente, identificar el tipo de actividad que una agencia desarrolla en el contexto de las grandes materias del gobierno federal es un aspecto importante, pero no por ello existe una urgencia de circunscribirla a alguna de las secretarías existentes, hasta el punto de que, según se anotó, existen algunas agencias (independientes, o comisiones, o regulatorias independientes) que no pertenecen al órgano ejecutivo.

Lo mismo ocurre, y de manera evidente, con la otra razón anotada; es importante identificar en Estados Unidos la autonomía con que cuenta una determinada agencia, principalmente en relación con los controles de que su actividad puede ser objeto. Ello, sin embargo, no supone la necesidad de encuadrarla en una denominación o clasificación precisa, ya que los niveles de una autonomía así entendida pueden variar, por razones jurídicas, pero también políticas, en cada caso, y ello no se resuelve con una clasificación que puede resultar en extremo artificial.

Esta última reflexión la estimamos de gran importancia para un caso como el colombiano, en el que en no pocas oportunidades se constata una formalidad que hace pensar en una intensidad precisa de autonomía, que en la práctica no es real. A título de ejemplo puede citarse el caso de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) y la Comisión de Regulación de Energía Eléctrica y Gas (CREG), ambas creadas por la Ley 142 de 1994 como unidades administrativas especiales del orden central, es decir, sin personería jurídica.

Esta situación, de inmediato haría pensar en la existencia de una autonomía de ellas bastante relativa, al menos en relación con los ministerios a los que se encuentran adscritas; sin embargo, cuando se observan con algo de detenimiento las funciones que cumplen, tales como sus capacidades norma-

tivas, y por qué no, cuasi-judiciales (PIMIENTO ECHEVERRI, 2013), así como las implicaciones sociales de la observancia de sus funciones, no puede más que advertirse una marcada autonomía que encuentra referente en las funciones que el ordenamiento jurídico les ha atribuido, antes que en la ubicación orgánica de las mismas.

Esta situación resulta de tal interés que nuestro máximo Tribunal Constitucional, pese al reconocimiento de estas comisiones como unidades administrativas especiales, ha subrayado la vocación de autonomía que les resulta propia, y en tal sentido ha hecho relación a una "independencia" que podría tener origen en la capacidad de disposición del legislador de crear entidades administrativas y "otras agencias del Estado" (Corte Constitucional C-150, 2003).

3. VALOR FUNCIONAL DEL MODELO DE ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA COLOMBIANA

El surgimiento de categorías en el modelo de organización administrativa colombiano ha estado fuertemente influenciado por el devenir francés en la materia, al menos desde una perspectiva formal.

En efecto, junto a la configuración ministerial de la administración pública del orden nacional, se esbozó en Colombia, como en Francia, la institución de los establecimientos públicos como entidad administrativa descentralizada por excelencia. La lógica unitaria de ambos Estados forzaba a una idea amplia de descentralización, que comprendía un ámbito territorial y otro nacional.

Y como en buena medida la construcción de este modelo de organización administrativa en Francia coincidió con la de las primeras grandes obras del derecho administrativo, y, por ende, con el auge de la Escuela del servicio público, ello trajo consigo la identificación de la descentralización nacional con la expresión "descentralización por servicios", así como la identificación de una función por antonomasia de los establecimientos públicos, a saber, la de prestar servicios públicos (MONTAÑA PLATA, 2005).

Los establecimientos públicos eran entonces los modelos organizacionales de la administración pública del orden nacional (y también territorial) que por excelencia daban desarrollo a la finalidad por excelencia del Estado y que a su vez justificaban la procedencia del derecho administrativo, la prestación de los servicios públicos.

Así mismo, cuando, transcurrido no mucho tiempo del auge de la Escuela del servicio público, se advirtió la posibilidad de que las administraciones públicas pudieran desarrollar actividades industriales y comerciales, donde la satisfacción del interés general no se advertía tan evidente, ello justificó, primero en Francia, y luego en Colombia, la aparición de una segunda entidad administrativa descentralizada: los establecimientos públicos industriales y

comerciales, que en Colombia se denominaron empresas industriales y comerciales del Estado.

Vale la pena llamar la atención sobre el hecho de que este requerimiento en Francia tuvo exigencias jurídicas, más que estrictamente organizacionales. En efecto, desde el primer momento en que se reconoció la posibilidad que tenía la administración pública de desarrollar actividades industriales y comerciales, pese a la gran trascendencia (inclusive orgánica) del concepto de servicio público¹⁶, se puso en evidencia la proximidad de este tipo de actividades con las desarrolladas por los particulares, y por ende, la necesidad de que el régimen jurídico de las entidades administrativas que tuvieran por objeto el desarrollo de actividades industriales y comerciales fuera el del derecho privado.

De esta manera, desde un punto de vista organizacional se esgrimía en Francia una clasificación, cuyo propósito fundamental resultaba en últimas el régimen normativo a aplicar, toda vez que mientras a los establecimientos públicos en cuanto prestadores de servicios públicos les correspondería un régimen jurídico administrativo, a los establecimientos públicos industriales y comerciales, en cuanto actores de actividades industriales y comerciales (económicas), les correspondería un régimen de derecho privado.

Esta consideración, muy jurídica y muy francesa, se quiso implementar de manera idéntica en Colombia, donde, al menos desde una perspectiva de derecho positivo, con pretensiones inequívocas, se estableció en el Decreto 1050 de 1968 que los establecimientos públicos tendrían la función de prestar servicios públicos y que su régimen jurídico sería el derecho administrativo, mientras que las empresas industriales y comerciales del Estado, junto con las empresas de capital mixto (público y privado) que se constituyeran también con fines industriales y comerciales, se registrarían por el derecho privado.

Esta disposición normativa, sin embargo, probablemente por la marcada influencia de corrientes orgánicas y subjetivas, no ha sido cabalmente desarrollada; y lo cierto es que la evolución normativa ha marcado un desconocimiento evidente de una disposición que aún hoy persiste (en la Ley 489 de 1998), en la que basta revisar situaciones contractuales, presupuestales, laborales, disciplinarias y de responsabilidad extracontractual de las administraciones públicas, entre otras, para constatar que unos y otros las más de las veces terminan sujetos a normas de derecho administrativo en intensidades bastante similares.

De esta manera, el propósito de distinguir entidades administrativas para efectos de diferenciar regímenes jurídicos, en Colombia se desvaneció, y en tal sentido la única justificación posible de dicha distinción no podría ser otra que la de establecer modelos organizacionales en razón de las actividades administrativas (diferentes) que desarrollan las administraciones públicas.

16 Tribunal de Conflictos (Francia). Sociedad Comercial del Oeste Africano, 1921.

La consideración entonces de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta, superintendencias y unidades administrativas especiales en la construcción normativa de 1968, no puede entenderse sino como la configuración de distintos modelos organizacionales que se conformarían para el desarrollo de actividades disímiles que debía afrontar la administración pública. La organización interna diferenciada no era la razón de ser de tal clasificación, sino la respuesta organizacional a las necesidades estatales, y de manera concreta, relacionadas con el cumplimiento de los fines del Estado.

De tal manera, los establecimientos públicos se ocupaban de la prestación de servicios públicos; las empresas industriales y comerciales, del desarrollo de actividades económicas; las sociedades de economía mixta, de lo mismo, pero con conformación público-privada de su capital; las superintendencias, de un naciente rol de máxima importancia, como era el de, en desarrollo de una típica actividad de policía administrativa, efectuar control y vigilancia frente a determinadas actividades a efectos de garantizar el orden público; y las unidades administrativas especiales como una incógnita de objeto material, que llevó a que algunos asimilaban su razón de ser a una lógica eminentemente residual.

En tal sentido, la ya hoy clásica división de actividades administrativas: servicio público, policía administrativa y actividades económicas, encontraba un referente organizacional para cada una de ellas, y se esbozaba un cuarto del que no se sabía muy bien su esencia, pero que no por ello transgredía la identificación aludida.

La continuación de la historia es previsible: desde un punto de vista material la heterogeneidad de las actividades administrativas dificulta la consideración de casilleros, y al interior de actividades de servicio público, de policía administrativa y de actividades económicas, se evidencian diferencias sustanciales, que fuerzan la consideración de referentes organizacionales distintos.

La educación no es lo mismo que la generación eléctrica; controlar la actividad notarial no es lo mismo que promover la libre competencia; desarrollar monopolios rentísticos no es lo mismo que desarrollar actividades económicas en escenarios de libre competencia; son algunos ejemplos escogidos al azar que ponen en evidencia exigencias organizacionales disímiles.

Si a lo anterior se le agrega la connotación económica que han adquirido algunos servicios públicos, y su consecuente inserción en lógicas de libre competencia con los particulares, el fortalecimiento de actividades administrativas de fomento y cooperación, y hasta la coparticipación público-privada, no solo para el desarrollo de actividades económicas, sino para la ejecución de acciones directamente relacionadas con los fines del Estado, no puede más que subrayarse la puesta en evidencia de un panorama en el que la heterogeneidad de actividades podría comportar una diversidad aún mayor de modelos organizacionales, cuya justificación no puede más que cuestionarse.

Esta tendencia se hace visible con las más recientes reformas a la organización administrativa colombiana; la Ley 489 de 1998 agregó otras categorías adicionales: empresas sociales del Estado; sociedades públicas, institutos científicos y tecnológicos, empresas oficiales de servicios públicos; y ahora, normas como las citadas en la introducción de este escrito parecieran introducir una adicional: las agencias.

La incertidumbre ya aludida sobre qué hacen las agencias o para qué fueron concebidas no puede más que reñir con un modelo organizacional que se ha esbozado a partir del reconocimiento de modelos organizacionales que detentan un referente material.

Una explicación razonable, pero sin duda revolucionaria en relación con la trayectoria organizacional que detenta un Estado como el colombiano, podría ser la de que estamos adquiriendo conciencia de las dificultades (acaso la imposibilidad) de concebir modelos organizacionales para cada una de las actividades administrativas, por la sencilla razón de que estas últimas no son reconducibles a categorías fijas o inamovibles, como en buena medida lo ha intentado hacer la doctrina en los últimos tiempos.

CONSIDERACIONES FINALES

El escrito que se concluye no ha pretendido hacer una aproximación conceptual de las agencias comprendidas como modelo organizacional de la administración pública que comienza a hacerse campo en la realidad colombiana.

Ha tenido tan solo la intención de, partiendo de una revisión somera de los alcances conceptuales de esta categoría en el Estado donde ha sido concebida, confrontarla con algunos "valores" de la idea colombiana de organización administrativa del orden nacional, a efectos de poner en evidencia incongruencias conceptuales entre un modelo de organización administrativa caracterizado por la clasificación de entidades en razón de las actividades que desarrollan, y una denominación genérica en la que convergen modelos organizacionales distintos, y con diferentes funciones, para hacer frente al cumplimiento de los fines del Estado.

Sin embargo a partir de esta confrontación, se ha insinuado otra de proporciones mucho mayores, como es la de la coherencia del modelo de organización administrativa colombiano con las necesidades organizacionales modernas.

Es difícil entender qué pretendieron el legislador, primero, y luego, principalmente, el gobierno nacional, con la incorporación de agencias a la organización colombiana de la administración pública del orden nacional, máxime si este último no lo explica, porque probablemente no lo entiende, pese a sentir la necesidad.

Dos probabilidades, sin embargo queremos indicar: la primera, la imposible tendencia al abandono de casillas en la organización administrativa, para

abrirnos paso al reconocimiento de entidades administrativas en general y sin prejuicios organizacionales, en los que se pueda modelar en cada caso, y con mayor facilidad, respuestas a las necesidades materiales, a través de la dotación de distintas funciones y, en este contexto, de mayores o menores grados de autonomía.

La segunda, la creación de un nuevo modelo organizacional, no por la puesta en evidencia de una actividad precisa que deba tener un referente en este sentido, sino por la necesidad de encontrar un referente menos rígido en el cual se puedan concebir distintas funciones a ejercer, y mayores posibilidades de dotación de márgenes amplios y distintos de autonomía.

En ambos casos se pone en evidencia la necesidad de revisar un modelo organizacional. El surgimiento de las agencias puede constituir entonces el inicio de una revisión seria de un modelo de organización administrativa con bondades y falencias, que en todo caso no se puede reconstruir o desbaratar de manera improvisada.

BIBLIOGRAFÍA

- BASSANINI, F. (2000). Overview of administrative reform and implementation in Italy: organization, personnel, procedures and delivery of public services. *International Journal of Public Administration* 23 (2), pp. 229-252.
- DAVIS, N. (1982). Administrative Law. *Detroit College of Law Review* 1982 (2), pp. 217-243.
- DÍAZ, C. (2010). Tensiones y proyecciones en la modernización de la Gestión Pública: Discusión desde una perspectiva histórico-cultural. *Psicoperspectivas* 9 (1), pp. 7-28.
- FROOMKIN, A. M. (marzo de 1987). In defense of administrative agency autonomy. *The Yale Law Journal*, pp. 787-814.
- GRAVES, W. B. (1950). *Public Administration in a Democratic Society*. United States of America: D.C. Heath and Company.
- HERNÁNDEZ, P. A. (1999). *Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia*. Bogotá: Legis.
- HUNTER DIETZ, L., JACOBS, A. & LEMINA, T. E. (1994). *American Jurisprudence: A modern comprehensive text statement of American Law, State and Federal*. Lawyers Co-operative Publishing Company, Bancroft-Whitney Company.
- MACEY, J. R. (1993). Administrative agency obsolescence and interest group formation: A case study of the SEC at sixty. *Cardozo L. Rev.* 15 (909), pp. 909-949.

- MONTAÑA PLATA, A. (2005). *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 2.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MONTAÑA PLATA, A. (2010). *Fundamentos de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MORRISON, A. B. (1988). How independent are independent regulatory agencies. *Duke Law Review*, pp. 252-256.
- PAREJO ALFONSO, L. (2011). *Lecciones de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Tirant lo Blanch.
- PIMIENTO ECHEVERRI, J. A. (2013). La regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. *Revista Digital de Derecho Administrativo* n.º 9, pp. 15-40.
- RESTREPO MEDINA, M. A. (2002). La adecuación del derecho administrativo al Estado contemporáneo. *Estudios Socio-Jurídicos* 4 (2), pp. 130-153.
- RODRÍGUEZ, L. R. (2007). La reforma administrativa de 1998, en M. A. MEDINA, *El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI* (p. 105). Bogotá: Universidad del Rosario.
- SHAPIRO, D. L. (1965). The choice of rulemaking or adjudication in the development of administrative policy. *Harvard Law Review* 78 (5), pp. 921-972.
- THOMAS, N. C. (1971). Politics, Structure, and Personnel in Administrative Regulation. *Virginia Law Review* 57 (6), pp. 1033-1068.
- TINGLE, M. L. (1988). Privatization and the Reagan Administration: Ideology application. *Yale Law and Policy Review* 6 (1), pp. 229-258.
- WEBER, M. (1977). *¿Qué es la burocracia?* Buenos Aires: La Pléyade.