

# Editorial

ANÍBAL ZÁRATE<sup>1</sup>

Con la reforma contenida en la Ley 1444 de 2011, por medio de la cual se escinden algunos ministerios<sup>2</sup> y se otorgan facultades extraordinarias al presidente de la República para renovar y modificar la estructura de las entidades y los organismos del orden nacional, se buscaba "garantizar la eficiencia en la prestación del servicio público y hacer coherente la organización y funcionamiento de la Administración pública"<sup>3</sup>. Para lograr este propósito, el Gobierno planteó modernizar diferentes órganos administrativos y, para ello, afirma que se realizaron las siguientes actividades: revisión de instituciones similares en otros países (según las buenas prácticas), procesos de toma de decisiones, roles de funciones en la estructura (evitar duplicidades), estrategias que generen una cultura de gestión del conocimiento y revisión de la estrategia con diferentes grupos de interés (consulta expertos)<sup>4</sup>.

La acomodación de nuestra organización administrativa a las "buenas prácticas", a las que compelen ciertas instituciones supranacionales<sup>5</sup>, pasó por la multiplicación de estructuras denominadas agencias<sup>6</sup>. Pese a que la Ley 1444

- 1 Doctor en Derecho Público por la Universidad Paris II, Panthéon-Assas, Paris, Francia. Docente investigador y director del Grupo de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: [anibal.zarate@uexternado.edu.co](mailto:anibal.zarate@uexternado.edu.co). Para citar el artículo: ZÁRATE, A. Editorial. *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 19, primer semestre, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 3-9. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n19.01>
- 2 Ocho años después de las fusiones ordenadas por el Gobierno Nacional en uso de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 790 de 2002, se constata que los ahorros fiscales pretendidos como objetivos esenciales de dicha reforma no se habían logrado y que, por el contrario, se estaba afectando la buena prestación de los servicios a cargo del Estado; Congreso de la República, *Gaceta del Congreso*, n.º 778 de 14 de octubre de 2010, p. 4.
- 3 Congreso de la República, *Gaceta del Congreso*, n.º 778 de 14 de octubre de 2010, p. 3.
- 4 CONSUELO SARRIA, "¿Las agencias son unidades administrativas especiales?", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 13, 2015, p. 248.
- 5 Por ejemplo, en un informe de la OCDE titulado "Las otras caras de la gobernanza pública" se expone un tablero sobre los cambios intervenidos en los modos de gestión, principalmente la aparición de agencias, autoridades administrativas independientes y establecimientos públicos (Organisation de Coopération et Développement Économiques, 2002). Al momento de la reforma de 2011, Colombia estaba en proceso de adhesión a la OCDE.
- 6 Antes de 2011 se habían creado la Agencia Nacional de Hidrocarburos (Decreto 11760 de 2003, v. además, JAIME ANDRÉS MELO MARULANDA, "La Agencia Nacional de Hidrocarburos a la luz de la noción de agencia en el derecho comparado", *Revista de Derecho Público*,

de 2011 solo establece la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado<sup>7</sup>, el Gobierno crea, en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por el legislador<sup>8</sup>, diferentes entidades dentro de las cuales encontramos veinticuatro unidades administrativas especiales y diez agencias, y dentro de este último grupo, siete serían igualmente definidas como unidades administrativas especiales<sup>9</sup>, como es el caso de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente<sup>10</sup>.

El término *unidad administrativa especial* con el que se busca identificar a varias de las agencias que han sido creadas parece haber ganado en extensión lo que ha perdido en densidad, desde su consagración en 1968, para referirse a las dependencias internas de los ministerios o departamentos administrativos que, por el origen de sus recursos o la naturaleza de los programas que realizaban, debían escapar del régimen administrativo ordinario<sup>11</sup>. Para la profesora Consuelo Sarria, el concepto de unidad administrativa especial se ha dado a diferentes clases de entidades dentro de la Administración pública sin rigor jurídico<sup>12</sup>. A pesar de que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia había precisado el concepto<sup>13</sup>, el término se comenzó a utilizar de modo genérico

Universidad de los Andes, n.º 30, 2013, pp. 5-27) y la Agencia Nacional del Espectro (Ley 1341 de 2009), entidades que serían no obstante modificadas por el Gobierno Nacional en uso de las facultades extraordinarias contenidas en el artículo 18 de la Ley 1444 de 2011.

7 Parágrafo del artículo 5.

8 Artículo 18, Ley 1444 de 2011.

9 CONSUELO SARRIA, op. cit., p. 248.

10 Artículo 1, Decreto 4170 de 2011 "por medio del cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente".

11 El artículo 1 del Decreto 1050 de 1968 señalaba, dentro de los organismos que integran la rama ejecutiva del poder público, que "el gobierno, previa autorización legal, podrá organizar unidades administrativas especiales para la más adecuada atención de ciertos programas propios ordinariamente de un ministerio o departamento administrativo, pero que, por su naturaleza, o por el origen de los recursos que utilicen, no deban estar sometidos al régimen administrativo ordinario". El artículo 121 de la Ley 489 de 1998 derogó de manera especial los decretos leyes 1050 y 3130 de 1968.

12 CONSUELO SARRIA, op. cit., p. 245.

13 De acuerdo con los criterios fijados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del 30 de abril de 1981 (expediente n.º 837), las unidades administrativas especiales se entendieron en sus inicios como dependencias internas de los ministerios o departamentos administrativos que en razón del origen de sus recursos o de la naturaleza de los programas que desarrollaban debían escapar del régimen administrativo ordinario. Sin embargo, en una sentencia posterior del 14 de febrero de 1985 (expediente n.º 1244), la misma Corte Suprema de Justicia avaló la posibilidad de que el Gobierno Nacional pudiera denominar como unidades administrativas especiales a estructuras que eran también calificadas bajo otras denominaciones, como es el caso de la Superintendencia de Notariado y Registro. Esto permitió una proliferación y distorsión del término "unidades administrativas especiales" en el derecho nacional, hasta el punto de que la Ley 489 de 1998 las incluye en su artículo 38 como una categoría de órganos, pero sin que medie una definición clara de estas estructuras.

para designar estructuras que ya respondían a otras categorías de órganos de naturaleza pública. La generalización del término<sup>14</sup> contrasta, sin embargo, con su ubicación dentro de las diferentes categorías de organismos y entidades que integran, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, la rama ejecutiva del poder público. Además, conforme al artículo 67 de la misma ley, las unidades administrativas especiales son estructuras que, cuando hacen parte del sector central de la rama ejecutiva, son creadas por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, y sin personería jurídica, que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo. A su vez, el artículo 82 de la misma ley señala que hacen parte del sector descentralizado por servicios las unidades administrativa especial que, además de la autonomía administrativa y financiera, poseen la personalidad jurídica<sup>15</sup>. Como el artículo 1 del Decreto 4170 de 2011 establece que la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente es una entidad descentralizada de la rama ejecutiva que tiene patrimonio autónomo, y autonomía administrativa y financiera, sería posible afirmar que se trata de una unidad administrativa especial con personería jurídica de las que trata el artículo 82 de la Ley 489 de 1998.

Ahora bien, con el objeto de identificar cuál es la naturaleza de Colombia Compra Eficiente, se examinaron sus funciones para saber si, de acuerdo a lo señalado por el artículo 67 de la Ley 489 de 1998, estas corresponden a aquellas propias de un ministerio o departamento administrativo. Esto, en la medida en que las categorías de órganos incorporadas desde las construcciones normativas de 1968 y reproducidas por el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 persiguen la satisfacción de los deberes constitucionales de auto-organización, la realización de los fines propuestos en la Carta y dotan de seguridad jurídica a la ciudadanía al definir competencias, órganos principales y el régimen jurídico aplicable a cada una de las estructuras que integran la

14 Se observa la utilización de un término que no tenía contenido jurídico. Es posible afirmar que estas unidades se fueron hipertrofiando porque se le dio ese calificativo a entidades que ya tenían otro, como las superintendencias. Además de los ejemplos mencionados por la profesora Sarria, es posible indicar cómo las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios fueron creadas como unidades administrativas especiales (artículo 69, Ley 142 de 1994, para el caso de las comisiones de regulación), situación que se mantuvo para la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), puesto que la Ley 1341 de 2009, al modificar la estructura y denominación de la antigua Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones, mantuvo no obstante su definición como unidad administrativa especial sin personería jurídica. El artículo 19 de la mencionada ley dispone que: "La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), de que trata la Ley 142 de 1994, se denominará Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), Unidad Administrativa Especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, sin personería jurídica adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones".

15 Este atributo les confiere además un patrimonio propio.

Administración pública colombiana<sup>16</sup>. Desde un punto de vista funcional, la Agencia Colombia Compra Eficiente realiza algunas de las tareas que son propias del Departamento Nacional de Planeación al cual está adscrita, tales como “desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas orientadas a la organización y articulación de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado” o “proponer al gobierno planes, programas y normas en materia de compras públicas”<sup>17</sup>. Pero, desde un punto de vista orgánico, esta entidad posee una arquitectura que replica aquella de los establecimientos públicos<sup>18</sup>. De acuerdo con lo señalado en el artículo 72 de la Ley 489 de 1998, la dirección y administración de los establecimientos públicos estará a cargo de un Consejo Directivo y de un director, gerente o presidente que será de libre nombramiento y remoción del presidente de la República<sup>19</sup>. Según el artículo 5 del Decreto 4170 de 2011, la dirección y administración de Colombia Compra Eficiente está a cargo de un director general y de un Consejo Directivo, el cual estará integrado por el director de Planeación Nacional, organismo principal al cual está adscrita esta agencia, así como por el director del Departamento Administrativo de la Función Pública, los ministros de Hacienda, de las TIC, de Transporte y de Comercio, Industria y Turismo, y un representante del presidente<sup>20</sup>. De igual manera, encontramos

16 ALBERTO MONTAÑA, “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*, Universidad Externado de Colombia, n.º 13, 2015, p. 32.

17 Artículos 2 y 3 del Decreto Ley 4170 de 2011. Además de las labores de coordinación, de desarrollo de sistemas para electrónicos para la contratación, de difusión de reglas, procedimientos y recursos tecnológicos, de brindar apoyo al Gobierno Nacional y de atender consultas en materia de compras y contratación.

18 El artículo 25 del Decreto 1050 de 1968 establecía que “la dirección de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado estará a cargo de una junta o consejo directivo, que siempre presidirá un ministro o jefe de departamento administrativo o su delegado; y de un gerente, director o presidente, que será su representante legal”. Cabe recordar que el artículo 82 de la Ley 489 de 1998 indica que el régimen de las unidades administrativas especiales con personería jurídica será aquel que esté previsto en su acto de creación y, en lo no previsto por este, se aplicará el de los establecimientos públicos.

19 Numeral 13, artículo 189 y artículo 77, Ley 489 de 1998.

20 Artículo 6, Decreto Ley 4170 de 2011. Esta composición del Consejo Directivo denota una preocupación del Gobierno Nacional, manifestada en las consideraciones del Decreto 4170 de 2011, relacionadas con la necesidad de contar de manera permanente con un organismo técnico que se encargue de impulsar políticas y unificar procesos y normas, que remplace a la Comisión Intersectorial de Contratación Pública que había sido creada por el Decreto 3620 de 2004. El objetivo de establecer un órgano de manera permanente que remplace a la Comisión Intersectorial parece distanciarse del propósito general de la reforma de “lograr una mayor rentabilidad social en el uso de recursos públicos”.

en las normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional una remisión al régimen general de los establecimientos públicos. En este sentido, el artículo 82 de la Ley 489 de 1998 dispone que las unidades administrativas especiales y las superintendencias con personería jurídica "se sujetan al régimen jurídico contenido en la ley que las crea y en lo no previsto por ella, al de los establecimientos públicos". ¿Son entonces las agencias que se denominan unidades administrativas especiales una especie de híbrido entre estas y los establecimientos públicos? O ¿estamos en presencia de una categoría de órganos nueva y distinta de aquellas previstas en la Ley 489 de 1998?

Como ha venido ocurriendo con el término "unidad administrativa especial", la denominación de agencia suele emplearse cada vez con más frecuencia para definir organismos que se identifican como las unidades administrativas especiales, o aquellos que se califican como entidades "muy especiales" o "de naturaleza estatal especial"<sup>21</sup>, o incluso a estructuras con garantías estatutarias de independencia, como la Autoridad Nacional de Televisión<sup>22</sup>, por lo que las agencias no solo pueden referirse a entidades de la rama ejecutiva sino también a otros órganos cuya creación está constitucionalmente prevista y que se ubican por fuera de esta rama. Esto sugiere que, además de ser un término que cobra cada vez más fuerza en nuestra jerga jurídica<sup>23</sup>, las categorías tradicionales con las que se han identificado organismos y entidades administrativas, heredadas en su mayoría del derecho francés, y conforme a las cuales a un determinado tipo de estructura administrativa corresponde en principio realizar una actividad específica de la Administración, servirían cada vez menos para designar los órganos que integran la Administración pública colombiana.

Más que constituir una categoría específica de organismos, las agencias apuntarían a buscar una mayor autonomía de cara a los organismos principales de la Administración<sup>24</sup>. Pero, si esto es así, ¿por qué entonces sus órganos

21 Han sido calificadas como agencias estatales de naturaleza especial las agencias de minería, hidrocarburos y de infraestructura, la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) y las agencias creadas para el desarrollo rural en un escenario de postconflicto.

22 Artículo 2, Ley 1507 de 2012. Entre las garantías estatutarias de independencia de la ANTV encontramos procedimientos de nominación plural para los tres miembros de su junta que no son del gobierno, un período fijo y escalonado en sus mandatos, la ausencia de adscripción o vinculación a un organismo principal de la Administración y, en consecuencia, la falta de controles jerárquico y de tutela. Sobre estas garantías, v. ANÍBAL ZÁRATE, *L'indépendance des autorités de concurrence: Analyse comparative Colombie, France, États-Unis*, Paris: Thèse de doctorat Université Panthéon-Assas, Paris II, 1.º de junio de 2011.

23 Con la supresión del Incoder, fueron creadas en 2015 tres nuevas agencias: la Agencia Nacional de Tierras, la Agencia de Desarrollo Rural y la Agencia para la Renovación del Territorio.

24 Al respecto, la profesora CONSUELO SARRIA indica que "Al efecto puede observarse cómo en la reforma administrativa de 2011, hecha por el Gobierno con fundamento en las facultades otorgadas por la Ley 1444 de 2011, se les dio el carácter de unidades administrativas especiales a 23 entidades de la administración, sin personería jurídica y 18 con personería

de dirección están compuestos solo por representantes del presidente? La indicación en sus actos de creación de que se trata de entidades que poseen ciertas autonomías en sus dimensiones administrativa, patrimonial, financiera e incluso técnica<sup>25</sup> no significa que estos órganos actúen de manera independiente o que estén menos expuestos a las injerencias del ejecutivo que otras entidades del sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva que, como los establecimientos públicos, pueden contar en sus consejos directivos con la presencia de actores no gubernamentales<sup>26</sup>. ¿Son las agencias una manifestación de la llamada crisis del servicio público, que a su vez expresa la idea de un declive del Estado providencia y el paso a otro modelo menos "intervencionista"? Término puesto de moda, a partir de un modelo estadounidense muchas veces desconocido en los países de tradición civilista, y con el que se pretende adecuar las administraciones públicas a imperativos de buena gobernanza que faciliten el logro de buenas calificaciones en rankings internacionales y el consecuente aumento de la inversión extranjera<sup>27</sup>. En este contexto, las agencias nacionales aparecen como una denominación vacía y como una expresión ómnibus con la que se han ido denominando diferentes categorías de organismos y entidades del orden nacional sin que medie una intención lógica<sup>28</sup>. La cuestión va incluso más allá del derecho de la organización, tal como lo muestra el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado sobre las competencias normativas de la agencia de contratación Colombia Compra Eficiente<sup>29</sup>, uno de los temas que es abordado en este número dedicado principalmente a la contratación pública y a las facultades regulatorias de los partícipes en el sistema de compras públicas. Si bien el propósito de la reforma

jurídica; estas últimas, por expresa definición legal son entidades descentralizadas, lo que confirma la tendencia de buscar mayor autonomía", op. cit., p. 245.

- 25 Atributo que poseen las agencias que se denominan "de naturaleza especial estatal" y que no poseen aquellas que se definen como unidades administrativas especiales, pero que en la práctica no conlleva a una autonomía reforzada o a una mayor discrecionalidad.
- 26 Incluso por particulares quienes, conforme al artículo 74 de la Ley 489, "aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos".
- 27 FABRICE MELLERAY, "Les trois âges du droit administratif comparé ou comment l'argument de droit comparé a changé de sens en droit administratif français", en Fabrice Melleray (ed.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles: Bruylant, 2007, p. 22.
- 28 Basta con recordar la anécdota expuesta por la profesora Sarria, con la cual ni siquiera los autores de la reforma tendrían claridad sobre qué son las agencias: "Ante el interrogante que plantearon los organizadores de las Jornadas de Derecho Administrativo de 2012 como título de esta presentación, alguna de las personas que intervinieron y coordinaron la reforma administrativa que se hizo por el Gobierno Nacional en 2011, con base en las facultades otorgadas por la Ley 1444 de dicho año, en la cual se adoptó de manera generalizada la denominación de Agencias Estatales, respondieron que la agencia es 'más especial que las unidades administrativas especiales'".
- 29 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A, Sentencia del 16 de agosto de 2017, Expediente 56.166.

contenida en la Ley 1444 de 2011 era el de hacer coherente la organización y funcionamiento de la Administración pública y contar con organismos técnicos que actúen con mayor autonomía frente al ejecutivo nacional, la ausencia de un diseño institucional que asegure el ejercicio independiente de sus funciones permite observar cómo, bajo la apariencia de cumplimiento de las exigencias derivadas del buen gobierno y las buenas prácticas, se han ido incorporando en nuestra organización entidades como Colombia Compra Eficiente, cuya arquitectura interna revela lo contrario, esto es, una burocracia muchas veces no calificada para resolver asuntos técnicamente complejos<sup>30</sup> y una dirección centralizada en manos del presidente.

#### NOTA DEL EDITOR

El concepto de regulación y su vertiente regulación económica se han convertido en una materia de obligatorio estudio y análisis en las facultades de Derecho y Economía del país. La ausencia de libros de investigación en Colombia sobre esta materia donde se aborden las diversas temáticas relacionadas con la regulación económica, particularmente en el sector TIC, telecomunicaciones y audiovisual, dio origen al estudio académico de los problemas jurídicos inherentes a la función de regulación, su alcance, las instituciones encargadas de su organización y el futuro de esta función en el entorno digital, aspectos que son analizados en la obra de investigación *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC*, fruto del esfuerzo conjunto del Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones y de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en la que participan docentes investigadores del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

30 Contrario a lo que sucede en otros países y a la excepción tal vez de la ANTV, entidad que ha sido calificada como agencia, no hay un régimen de cualificaciones para ser miembro de los consejos directivos de las agencias nacionales. Basta recordar que en Colombia, para ser ministro, se requiere ser ciudadano, mayor de 25 años y no tener inhabilidades ni incompatibilidades para el cargo.