

# Editorial

ANÍBAL ZÁRATE<sup>1</sup>

La regla fiscal es un instrumento a través del cual se busca asegurar la sostenibilidad de las finanzas públicas, de manera que no se supere el límite de la deuda en términos de un porcentaje del producto interno bruto (PIB)<sup>2</sup>. Con el propósito de hacer el seguimiento a esta regla y procurar la sostenibilidad de las finanzas públicas, hace unos meses se creó el Comité Autónomo de la Regla Fiscal (CARF) como un organismo con carácter técnico, permanente e independiente<sup>3</sup>. No es la primera vez que una ley usa indistintamente los términos autonomía e independencia para referirse a las condiciones en que se encuentra un organismo frente a las ramas tradicionales del poder público y, en especial, a la rama ejecutiva<sup>4</sup>. Además, en el derecho colombiano se han empleado los términos *independencia*, por un lado, y *autonomía*, por otro lado, para definir cualidades reconocidas a algunos organismos, atributos que se designan de manera inversa en las acepciones de muchos otros países, como lo muestran los ejemplos francés o estadounidense<sup>5</sup>. Es

1 Doctor en Derecho, Universidad Panthéon-Assas (Paris II), París, Francia. Docente investigador del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5453-9464>. Para citar el artículo: ZÁRATE, ANÍBAL, "Editorial", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, 2022, pp. 3-8. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n28.01>

2 Artículo 60, Ley 2155 de 2021

3 Artículo 61, Ley 2155 de 2021, norma que transforma el Comité Consultivo de la Regla Fiscal del que trataba el artículo 14 de la Ley 1473 de 2011, en la CARF.

4 Posibilidad prevista en el artículo 113 CP. A manera de ejemplo, mientras que el artículo 19 de la Ley 1341 de 2009, modificado recientemente por la Ley de Modernización de las TIC, señala que la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) es una unidad administrativa especial del orden nacional, con "*independencia* administrativa, técnica, patrimonial, presupuestal", el artículo 25 más abajo, dispone que la Agencia Nacional del Espectro en cambio es una unidad administrativa especial del orden nacional con "*autonomía* técnica, administrativa y financiera". En uno y otro caso, el legislador se refiere es a distintas dimensiones de autonomía.

5 ANÍBAL ZÁRATE, *L'indépendance des autorités de concurrence, analyse comparative Colombie, France, Etats-Unis*, Université Panthéon-Assas, École doctorale de droit public, 2011; véanse también, STÉPHANE MASON, *La notion d'indépendance en droit administratif français*, París: Thèse de doctorat Université Panthéon-Assas, Paris II, 1995; HUBERT DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, tesis de doctorado, Université Bordeaux IV, 2008.

claro que esto se debe a que en nuestra Constitución las autoridades que son independientes en otros sistemas son referidas como *órganos autónomos constitucionales*, mientras que aquellas que solo poseen dimensiones de autonomía, serían erróneamente calificadas por la Corte Constitucional como *órganos dotados de independencia legal*<sup>6</sup>.

Pero, sea que hagamos referencia a la independencia, tal y como ocurre en otros sistemas, como una condición que se obtiene a partir de la emancipación frente a las reglas de subordinación –supresión de los controles jerárquico y de tutela– y de un dispositivo orgánico que va más allá de la atribución de una o más dimensiones de autonomía, que busca proteger a sus agentes tanto al momento de su nominación como durante el ejercicio de sus funciones<sup>7</sup>. O bien que la entendamos como la atribución por vía legal de una o más dimensiones de autonomía (la mal llamada *independencia legal*, que no es otra cosa que autonomía), en uno u otro caso, la CARF no tiene dicho carácter<sup>8</sup>. Este fue precisamente uno de los puntos que se debatió durante el seminario de discusión del grupo de investigación del Departamento de Derecho administrativo el pasado 5 de mayo de 2022, que contó con la presencia del director ejecutivo del Comité.

Con relación a las dimensiones de autonomía, llama la atención que su acto de creación no precise qué dimensiones de autonomía tiene el Comité, sino que se refiera a él como un organismo de carácter técnico, permanente e independiente<sup>9</sup>. Lo que tal vez representa un avance en este aspecto frente al Comité anterior sería la atribución de un equipo técnico definido y seleccionado por los miembros del Comité, la posibilidad de darse su propio reglamento y la asignación de una apropiación o partida presupuestal para la CARF. Esto no significa que el Comité sea un órgano desconcentrado, con

6 Esto aparece incluso como algo recurrente, por ejemplo, en la jurisprudencia constitucional (sentencias C-827 de 2000 y C-351 de 2004, entre muchas otras). Y de hecho, esa distinción contrasta con la realidad actual. Desde 2012, cuando la ley creó la ANTV, y luego en 2019, con el ajuste institucional a la CRC, podemos decir que tenemos órganos con garantías de independencia orgánica similares a los autónomos constitucionales, como la banca central, pero de creación legal.

7 ANÍBAL ZÁRATE, "El eufemismo del término agencia en el ordenamiento jurídico colombiano", en *El derecho administrativo como idea*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 349.

8 No es la CARF en efecto un organismo autónomo, más allá de su denominación, ni independiente, pero este sí constituye un avance en esa dirección, es decir, hoy día el comité posee algunos atributos (no autonomías) y una garantía de independencia (orgánica).

9 Luego de revisar tanto su acto de creación (artículo 61 de la Ley 2155 de 2021), así como las disposiciones del Decreto 1737 de 2021 y su reglamento de funcionamiento, no encontramos mención a las autonomías administrativa, financiera o presupuestal, ni, como es el caso, a la patrimonial, que se sustenta y deriva de la personería jurídica, de la cual carece la CARF.

autonomía administrativa y financiera. A su vez, y puesto que su partida presupuestal está en los gastos de funcionamiento del Ministerio de Hacienda, se constata que el Comité carece de autonomía presupuestal, ya que no es una sección a la que se refiere el artículo 110 del estatuto orgánico del presupuesto y, de este modo, carece de capacidad para contratar. De hecho, el artículo 61 de la Ley 2155 dice que el equipo técnico que defina la CARF, "será contratado a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público".

En cuanto a las garantías de independencia orgánica, tenemos que la CARF no es una entidad externa a la rama ejecutiva, es decir, no operó en su caso la supresión de todo vínculo jerárquico, pero también de tutela, como sí ocurre con órganos autónomos constitucionales o con la CRC, sobre la cual la Ley 1341 de 2009 señala que: "no estará sujeta a control jerárquico o de tutela alguno y sus actos solo son susceptibles de control ante la jurisdicción competente"<sup>10</sup>. La CARF, en cambio, nos dice la norma que está adscrita al Ministerio de Hacienda. Luego, tenemos que los cinco miembros expertos de la CARF son todos designados por el ministro<sup>11</sup>. Ahora bien, una garantía de independencia orgánica presente al revisar el acto de creación y normas complementarias, y que puede ser lo más significativo de la CARF, es la atribución no solo de un período fijo, sino también escalonado en los mandatos para sus cinco miembros expertos. Esa renovación parcial y escalonada en el tiempo con miras a que no todos los cinco miembros expertos sean nombrados por un mismo gobierno, es una garantía de independencia. Lo determinante para su nombramiento deberá ser, como dice la ley, "su reconocido prestigio profesional o académico en materia de finanzas públicas", y no que sean nombrados por afinidades políticas o de cualquier otro tipo. No está de más advertir que durante este período de cuatro años, no podría el ministro removerlos del cargo, lo cual en sí constituye también una garantía de independencia<sup>12</sup>.

10 Artículo 19, Ley 1341 de 2009, modificado por artículo 15, Ley 1978 de 2019.

11 Véase Resolución 3498 del 31 de diciembre de 2021 sobre esas designaciones y cómo es esa entidad la que establece los honorarios de sus miembros por asistencia a las sesiones del Comité.

12 ANÍBAL ZÁRATE, "El eufemismo del término agencia...", *op. cit.* La renovación del período es un punto aún bastante debatido por la doctrina. Hay quienes dicen que merma la garantía de independencia, y de hecho la ley que fija el régimen general de las AAI en Francia establece que no podrán ser renovados los mandatos. Esto, sin embargo, como les digo, es un punto aún discutido. Tendría relevancia aquí el tema de quién los nombra, porque si es el mismo gobierno, entonces lo que se dice es que buscarían "favorecerlo" para asegurar una renovación del período. Conviene destacar que los miembros del Comité designan a su presidente (y esto es conforme con las recomendaciones hechas en el pasado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), a propósito de organismos como la CRC, en donde antes de 2015 era el ministro el que la presidía; OCDE, *Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de*

Tratándose de la independencia funcional, la CARF es una administración consultiva<sup>13</sup>. Pero para entender el alcance de esta afirmación conviene hacer un par de observaciones. Una de las cualidades que el legislador atribuye a la CARF es su carácter técnico. No se trata de autonomía técnica, la cual debe estar asegurada por un dispositivo orgánico de independencia<sup>14</sup>. El carácter técnico está dado sin duda por las cualificaciones que se requieren para ser uno de los cinco miembros expertos del Comité<sup>15</sup> y para pertenecer al equipo técnico<sup>16</sup>. Otro elemento que refuerza este carácter técnico es la posibilidad prevista en la ley de que el Comité contrate estudios especializados. En efecto, el artículo 61 de la ley señala que "se podrán financiar los estudios especializados que se requieran para el ejercicio de su objeto y las funciones establecidas en esa ley". Se entiende entonces que es el órgano técnico, ese Comité, quien determinará esa necesidad, pese a que la contratación de estos, lo que resulta menos afortunado, se hará a través del ministerio<sup>17</sup>. Dicho esto, se observa un contraste entre la intención de reforzar su carácter técnico y el alcance meramente consultativo de los actos que expide la CARF. Entre las funciones de este organismo está pronunciarse y emitir conceptos sobre diferentes asuntos relacionados con la regla fiscal<sup>18</sup>. Se supone que estos actos deberían ser observados por su destinatario: el gobierno. Pero por el

*telecomunicaciones en Colombia*, 2014, pp. 92-93. Disponible en: <https://www.oecd.org/internet/colombia-telecom-review.htm> [última consulta: 12-05-2022]. Pero si el ministro de Hacienda participa en el Comité, este solo lo hace con voz, pero no tiene derecho al voto. La coordinación no es solo con el ejecutivo, porque hay incluso dos miembros de la CARF que son los presidentes de las comisiones de asuntos económicos del Congreso.

- 13 Es decir es uno de los consejos del parágrafo segundo del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 y no un Consejo Superior de la Administración (CSA). El parágrafo en cuestión dice que en además de los CSA funcionarán como organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, con carácter permanente o temporal (fíjense que el artículo 61 dice que de forma permanente) y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de constitución se indicará el Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos.
- 14 Corte Constitucional, sentencias C-050 de 1994, C-383 de 1999 y C-866 de 2014, entre otras.
- 15 Aunque en el decreto hubieran podido precisarse sus cualificaciones.
- 16 Los requisitos de los integrantes del equipo están en el artículo 1.1.4.5.8 del Decreto 1737 de diciembre de 2021, que se refiere a la composición y perfil del equipo. Aunque las exigencias de formación profesional, disciplinas académicas cursadas y número de meses de experiencia cambian según el cargo, lo cierto es que se señalan tanto para su director, los analistas (que pueden ser hasta 17) y el asesor de comunicaciones.
- 17 Artículo 61, Ley 2155 de 2021.
- 18 Encontramos varios literales en el artículo 61 con cinco materias en la que se pronuncia la CARF a través de conceptos y otra en el literal e, en la cual realiza un estudio o análisis de consistencia entre las metas de la regla fiscal con el contenido de los principales instrumentos de la política fiscal, todos estos actos administrativos informales.

momento no son sino meras recomendaciones, es decir, tienen únicamente una vocación a ser seguidos. A pesar de que son públicos y ampliamente difundidos –lo cual podría servir de presión para que el gobierno los considere–, el parágrafo segundo del artículo 61 categóricamente dice que “en ningún caso, los pronunciamientos del Comité Autónomo de la Regla Fiscal serán vinculantes”<sup>19</sup>.

La inconsistencia entre los elementos orgánico y funcional de la independencia no es nueva ni única al caso de la CARF<sup>20</sup>. Si bien por el momento la balanza entre independencia y controles administrativos se encuentra aún bastante desnivelada a favor de las injerencias del ejecutivo, sobre todo en materia financiera, presupuestal y patrimonial, y por la ausencia de personería jurídica, las cosas pueden ser objeto de una próxima reforma. Aquí lo que debemos preguntarnos es si la regla fiscal, como instrumento que busca asegurar la sostenibilidad de las finanzas públicas, de tal forma que no se supere el límite de la deuda, representa un interés que el legislador debería confiar a un órgano aislado –y qué tan aislado– de las intromisiones del ejecutivo. Un ejecutivo además que, como todos sabemos, responde de preferencia al corto plazo (por su responsabilidad política frente a un electorado) y no necesariamente atiende, como si lo puede hacer por ejemplo una banca central independiente, a objetivos y metas macroeconómicas de largo plazo.

\*\*\*

A partir del 31 de agosto próximo tendrá lugar en la Universidad Externado de Colombia la edición número veintitrés de las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, evento que este año estará dedicado a un estudio integral del derecho contencioso administrativo y que contará con la presencia de reconocidos profesores nacionales y extranjeros, principalmente de España, Francia y Perú. En esa semana de intensas jornadas académicas con los miembros del grupo de investigación y de ponencias, grupos de trabajo y paneles de discusión abiertos al público, se abordarán cuestiones relacionadas tanto con el contencioso no jurisdiccional de la Administración pública, la autocomposición en el contencioso administrativo, así como con el contencioso administrativo jurisdiccional. Entre tanto, y mientras nos vemos en el Externado, los invito a consultar y compartir con colegas y conocidos este

19 Al menos el legislador hubiera podido establecer que si el gobierno nacional se aparta de dicho concepto deberá manifestar de forma expresa dentro de las consideraciones de su decisión los motivos por los cuales se aleja. Pero pues así no quedó.

20 Es el caso también de la CRC, luego de la reforma de la Ley 1978 de 2019. Véase ANÍBAL ZÁRATE y CAMILO PERDOMO, “La arquitectura del regulador de las comunicaciones: crónica de una paradoja anunciada”, en *Las TIC y la sociedad digital. Doce años después de la ley*, t. 1, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.

nuevo número de la revista en el que encontrarán contribuciones de autores de diferentes latitudes acerca de los controles administrativos y judiciales a la actividad de regulación y a la discrecionalidad administrativa, así como interesantes reflexiones y recientes desarrollos acerca de las relaciones entre los administrados y la Administración pública, y el uso de tecnologías disruptivas como estrategia de transparencia y lucha anticorrupción.

¡Una provechosa lectura!