

serie Derecho
Administrativo **30**

El derecho administrativo
como idea
y sus transformaciones
contemporáneas

Daniel Castaño (editor)

Universidad
Externado
de Colombia

El derecho administrativo como idea y sus transformaciones contemporáneas / Irit Milkes [y otros] ; Daniel Castaño, editor. – Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2018.

445 páginas ; 21 cm. (Derecho Administrativo ; 30)

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587900026

1. Derecho administrativo – Fundamentos 2. Contratos administrativos 3. Concesiones 4. Administración pública -- Aspectos jurídicos I. Castaño, Daniel, editor II. Universidad Externado de Colombia III. Título IV. Serie.

344

SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.
Octubre de 2018

ISBN 978-958-790-002-6

© 2018, DANIEL CASTAÑO (EDITOR)

© 2018, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57-1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: noviembre de 2018

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Néstor Clavijo

Composición: Álvaro Alexander Rodríguez Peña

Impresión y encuadernación: Imageprinting Ltda.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CAPÍTULO OCTAVO
EL EUFEMISMO DEL TÉRMINO AGENCIA EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

ANÍBAL ZÁRATE¹

Resumen: la proliferación de agencias en el derecho colombiano es justificada por una necesidad de mayor independencia técnica y la implementación de buenas prácticas en la organización administrativa del orden nacional. Mediante la comparación con el caso estadounidense, sistema en el que se origina el término, este capítulo muestra cómo las agencias nacionales carecen de los componentes orgánicos que tienen las agencias de los Estados Unidos, que son calificadas como independientes del Ejecutivo. Más que constituir una categoría de órganos, se trata de una denominación genérica e imprecisa para referirse a formas organizativas en su mayoría pertenecientes al sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva y que evocan unidades de trabajo bajo la orientación de comités compuestos de agentes del presidente, no siempre expertos en las áreas de intervención. El eufemismo alrededor de la noción apela

1 Doctor en Derecho de la Universidad de Paris II, Panthéon-Assas, París. Profesor del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

a una reforma de la Administración que considere aspectos orgánicos y no solo funcionales de diseño institucional.

Palabras clave: agencias estatales de naturaleza especial, autoridades administrativas independientes (AAI), unidades administrativas especiales, buenas prácticas; componentes orgánicos de independencia; reforma de la Administración pública.

INTRODUCCIÓN

El término *agencia* aparece a veces empleado en derecho colombiano como sinónimo de autoridad administrativa independiente². Varias son las razones que pueden explicar este uso inapropiado del término. Una primera explicación reside en que las agencias estatales que han aflorado a lo

-
- 2 Es el caso de quienes coordinaron la reforma administrativa del Gobierno nacional en 2011, con fundamento en las facultades otorgadas por la Ley 1444 de dicho año, en la cual se adoptó de manera generalizada la denominación de *agencias estatales*. Entre las razones dadas por el Gobierno para modificar la naturaleza de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) se encuentra la “plena independencia en el sentido de la gestión de sus respectivos campos de actividades [...]”, que tienen autoridades que cumplen funciones similares en otros países; Agencia Nacional de Hidrocarburos, *Consolidación institucional del sector hidrocarburos, transformación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos*, Bogotá, Agencia Nacional de Hidrocarburos, Estudio Técnico, 2011. Tampoco ha sido clara la distinción de ambos términos por la doctrina. Véase, por ejemplo, JAIME ANDRÉS MELO MARULANDA, “La Agencia Nacional de Hidrocarburos a la luz de la noción de agencia en el derecho comparado”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 30, Bogotá, Universidad de los Andes, 2013, pp. 5-27. A pesar de que en países como Francia autoridades independientes se han denominado *agencias*, como ocurre con la Agencia Francesa de Lucha contra el Dopaje (AFLD), la distinción entre ambas nociones parece ser menos difusa. Según el Consejo de Estado francés, las autoridades son independientes mientras que las agencias son solamente autónomas, sometidas a una tutela que se expresa por la conclusión de contratos plurianuales de objetivos y de medios o de gestión, HÉLENE PAULIAT, “Réfléchir aux agences, c’est réfléchir à l’organisation de l’État”, en *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités Territoriales*, n.º 37, París, Lexis-Nexis, 2012, act. 595. Es precisamente esta distinción la que se busca demostrar en este capítulo para el caso de las agencias colombianas.

largo de la última década parecen sugerir una ruptura con las categorías jurídicas tradicionales en materia de organización administrativa³, tal como ocurrió en su momento con las autoridades administrativas independientes⁴. Más allá de los interrogantes que plantea la denominación de un gran número de agencias como unidades administrativas especiales⁵, estas presentan atributos de las entidades descentralizadas⁶ que varían en cada caso concreto según sus propias normas de creación: autonomía administrativa, financiera, técnica o presupuestal, personería jurídica y

3 Categorías ya establecidas en el ordenamiento colombiano en la reforma administrativa de 1968 (Decr. 1050 de 1968, art. 1.º) y reafirmadas en la Ley 489 de 1998 sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional.

4 Autoridades que en derecho colombiano fueron creadas como órganos autónomos por la Constitución de 1991, tal que la banca central o la extinta Comisión Nacional de Televisión (CNTV).

5 Son por ejemplo definidas legalmente como unidades administrativas especiales la Agencia del Inspector de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales (ITRC), la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la Agencia Nacional del Espectro, la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas (ACR), la Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia (APC Colombia), la Agencia para la Superación de la Pobreza Extrema y la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente. También se crearon la Agencia Nacional de Minería (ANM), la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) y la Agencia Nacional de Infraestructura, a las cuales no se les da el carácter de unidades administrativas especiales. Según CONSUELO SARRIA, el calificativo de unidades administrativas especiales a un gran número de agencias se explica por la ambigüedad que en su evolución ha caracterizado a los órganos denominados unidades administrativas especiales: “El concepto de unidad administrativa especial no es claro, y por ello se ha utilizado para darle[s] ese calificativo a diferentes entidades dentro de la Administración pública, sin rigor jurídico y siempre buscando un mayor grado de autonomía en relación con los organismos centrales de la Administración”. CONSUELO SARRIA, “¿Las agencias son unidades administrativas especiales?”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 13, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 245.

6 A excepción de la ITRC, todas las agencias colombianas estudiadas tienen la personalidad jurídica.

adscripción a organismos principales de la Administración del orden nacional⁷.

Estas diferentes dimensiones de autonomía que se atribuyen a las agencias estatales se enmarcan en una tendencia a hacerlas menos dependientes del Ejecutivo. Encontramos aquí precisamente una segunda explicación a la confusión de estos términos, en el sentido de que las preocupaciones que inspiran la creación de autoridades administrativas independientes y agencias pueden ser comunes: se trata en ambos casos de escapar al esquema tradicional de organización de la Administración, estructurado bajo el principio jerárquico y la autoridad directa de un Ejecutivo unitario⁸.

A partir de construcciones intelectuales que forman lo que se ha llamado *nueva gerencia pública* o *New Public Management*⁹, el traslado de competencias administrativas a

- 7 Conforme a lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 489 de 1998, son organismos principales de la Administración los ministerios y los departamentos administrativos, a los cuales le corresponde, en razón de dicha calificación, coordinar las políticas del sector administrativo que lideran. El numeral 7 del artículo 59 establece a su vez que son funciones de los ministerios “orientar, coordinar y controlar, en la forma contemplada por las respectivas leyes y estructuras orgánicas, las superintendencias, las entidades descentralizadas y las sociedades de economía mixta que a cada uno de ellos estén adscritas o vinculadas”.
- 8 Quienes defienden la tesis de un Ejecutivo unitario abogan por un mayor control y supervisión presidencial de los órganos administrativos; oponiéndose categóricamente a la idea de que las autoridades independientes se expliquen desde una concepción menos rígida de la separación de poderes, véase RICHARD J. PIERCE, “Saving the Unitary Executive Theory from Those Who Would Distort and Abuse it: A Review of the Unitary Executive by Steven G. Calabresi and Christopher S. Yoo”, en *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 12, 2010, p. 593. A su vez, sus detractores defienden la idea de que la explicación menos contestable a la independencia administrativa se encuentra en una visión “renovada” de la separación de poderes. *cfr.* PETER STRAUSS, “The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch”, en *Columbia Law Review*, vol. 84, 1984, p. 575.
- 9 La “Nueva gestión pública” no es un conjunto monolítico. Ella se nutre de fuentes teóricas diversas y de métodos como el análisis administrativo comparado, con el fin de medir y clasificar los sistemas administrativos nacionales, etiquetándolos de excelentes a regulares en sus relaciones para con los administrados o de cara a inversionistas; *vid.* FRANÇOIS-XAVIER MERRIEN,

órganos que disponen de varios tipos de autonomías, y no de una simple autonomía funcional¹⁰, se opone a un modelo *weberiano* de administración. Se habla de un marco de gestión promovido como proyecto político que hace propios los imperativos de eficiencia, eficacia y economía en el manejo de lo público, erigiendo la necesidad de reformar las administraciones de distintos países¹¹. Siguiendo este enfoque, la autoridad administrativa independiente y la agencia participan de una preocupación por restablecer la legitimidad del Estado al renovar sus formas de acción. Se pretende darles respuesta a cuestionamientos sobre la imparcialidad y racionalidad del aparato administrativo¹²,

“La nouvelle gestion publique en action”, en *Revue internationale de politique comparée*, vol. 11, n.º 2, Bruselas, De Boeck, 2002.

- 10 La autonomía funcional ha sido definida por la Corte Constitucional colombiana como la que le permite a un organismo de la Administración ejercer las competencias específicas de que ha sido investido por el ordenamiento jurídico y para el cumplimiento de funciones especializadas que le han sido asignadas; Corte Constitucional, Sentencia C-341 de 1996. Se trata de una dimensión básica de la autonomía que no sabría aislar a su titular del control jerárquico en virtud del cual su superior puede impartir instrucciones y orientaciones, revisar y modificar el contenido de sus actos y arrogarse la competencia de la que es titular, entre otras facultades. Sobre el alcance del control jerárquico, *vid.* LUCIANO PAREJO, *Lecciones de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 181.
- 11 De acuerdo con DANIEL MOCKLE, imperativos como la eficacia y la eficiencia favorecieron el surgimiento de la gerencia —*management*— como nueva disciplina fundada sobre dos modelos en competencia para el análisis de las organizaciones públicas y del modelo burocrático: la Administración pública (*public administration*) y la gerencia pública (*public management*). DANIEL MOCKLE, “La gouvernance publique et le droit”, en *Les Cahiers de droit*, vol. 47, n.º 1, Quebec, Université Laval, 2006, pp. 89-165. La situación está lejos de ser exclusiva a Colombia. En otros sistemas el recurso a las agencias también se ha justificado a partir de postulados de nueva gerencia pública. En el caso francés, “le recours à cette structure s’est amplifié sous l’effet des principes de la nouvelle gestion publique ou du New Public Management (dans d’autres États aussi), mais de manière désordonnée, au plan national et au plan local, et en fonction d’événements, certaines agences étant ainsi créées en réponse à des crises”, Conseil d’État français, *Les agences: une nouvelle gestion publique?*, París, Publications du Conseil d’État, 2012, p. 38.
- 12 MATTHEW STEPHENSON, “Optimal Political Control of Bureaucracy”, en *Mich. L. Rev.*, n.º 107, Michigan, University of Michigan, 2008.

según los cuales los burócratas no actuarían en función del interés general, sino de sus propios intereses o los de los *lobbies* que los instrumentalizan¹³. Apoyándose en una ciencia que versa sobre las reglas de funcionamiento de la economía, se intenta que la administración del Estado pase a manos de “expertos” atribuyéndoles competencias administrativas a organismos compuestos de tecnócratas, más o menos desligados del Ejecutivo, y que se legitimarían con fundamento en sus resultados (*outputs*), más que en revelar las preferencias de las mayorías políticas (*inputs*)¹⁴. Estos postulados hallan un eco favorable en actores nacionales, incentivando así procesos de universalización de buenas prácticas y una homogeneización de los comportamientos de las organizaciones públicas que facilite el funcionamiento de agentes económicos globales¹⁵.

-
- 13 Como lo enseñan los teóricos de la Escuela de Virginia, por ejemplo, MC-NOLLGAST, “The Political Economy of Law”, en *Handbook of Law and Economics* (Mitchell Polinsky y Steven Shavell, eds.), Stanford, Stanford University, vol. 2, chapter 22, 2007, p. 1664.
- 14 Alimentándose en los trabajos de economistas, en particular de los análisis desarrollados desde los años sesenta por la escuela monetarista de Chicago y de los trabajos sobre la “incoherencia temporal”, coronados en el 2004 por la atribución del Premio Nobel de Economía a Finn Kydland y Edward Prescott, la teoría del largo-plazo aboga no solo por la independencia de las bancas centrales con respecto al poder político, sino que se expande a imperativos de protección del ambiente y de salud pública, considerados esenciales para la supervivencia misma de la comunidad. Se busca entonces, de acuerdo con esta lógica, sustraer imperativos económicos y sociales de las contingencias políticas para confiarlos a un dispositivo institucional controlado por “expertos”. ¿Acaso no sería necesario preservar a la colectividad de las tentaciones del poder político que, por naturaleza, no podría sino aferrarse al corto plazo?
- 15 Con todo, tal contexto no está exento de críticas, ya que “se trata de aplicar los mismos métodos sin importar la heterogeneidad de los problemas encontrados por los organismos públicos o el contexto institucional en el cual estos están llamados a evolucionar”; HUBERT GÉRALD, “Peut-on toujours faire droit comparé? Le droit administratif à l’épreuve de la globalisation et du management public”, en *L’argument de droit comparé en droit administratif français* (Fabrice Melleray, ed.), Bruselas, Bruylant, 2007, pp. 39-55.

Estas ideas parecen encontrar en la autoridad administrativa independiente de los Estados Unidos una especie de modelo a partir del cual se busca rediseñar las administraciones nacionales en todo el mundo¹⁶. La comparación con el sistema estadounidense se vuelve por tanto un instrumento para motivar cambios en materia de organización. El argumento comparado aparece como un ejercicio de imitación, a partir de un sistema en la mayoría de los casos desconocido para los países de tradición civilista¹⁷. De este modo, cuando el legislador francés introduce autoridades

16 Se entiende por “modelo” una institución que hace prueba de una continuidad suficiente y que ha resistido a las críticas para beneficiar de un “consenso” general, por lo cual deja de ser solo un ejemplo. Esta condición la convierte en referente o en herramienta de préstamo o imitación entre ordenamientos jurídicos, FRANK MODERNE, “Étude comparée, les modèles étrangers”, en *Les autorités administratives indépendantes, les voies du droit* (Gérard Timsit y Claude Albert Colliard, eds.), París, PUF, 1988, p. 186. Más que un modelo de agencia independiente, la idea de administraciones independientes servirá de referente en Europa y América Latina. En esta primera parte se indica sin embargo cómo las autoridades independientes francesas y británicas no son idénticas en su arquitectura interna y diseño institucional a las federales estadounidenses, pudiendo incluso contar con mayores garantías de independencia frente al Ejecutivo. Para una presentación de estas diferencias, *vid.* HUBERT DELZANGLES, *L’indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes* (Loïc Grad, dir.), tesis de doctorado, Burdeos, Université Bordeaux IV, 2008; ANIBAL ZARATE, *L’indépendance des autorités de concurrence: analyse comparative Colombie, France, États-Unis*, tesis de doctorado, París, Université Panthéon-Assas, Paris II, 2011, p. 487. El recurso al caso estadounidense para realizar nuestra comparación se explica por los orígenes del término *agencia* en ese sistema y por la aparición inicial de ciertas estructuras con garantías de independencia en la organización federal de los Estados Unidos.

17 En este sentido, MARTINE LOMBARD afirma que estamos frente al “poder del fenómeno de imitación, principalmente a partir de un modelo americano, muchas veces desconocido [...]”. Pero la imitación no es únicamente horizontal, por lo que las influencias entre sistemas jurídicos también pueden ser verticales. Para mostrarlo, LOMBARD denuncia cómo, durante un debate en el Senado francés el 20 de diciembre de 2004 sobre la independencia estatutaria de la Comisión de Regulación de la Energía, uno de los principales argumentos presentados consistía en la necesidad de respetar un estándar europeo de regulador, a pesar de que tal modelo no existía todavía en derecho comunitario, MARTINE LOMBARD, “Institutions de régulation et démocratie politique”, en *AIDA*, París, Dalloz, 2005, pp. 530-540.

administrativas independientes, se indica que invoca los ejemplos anglosajones pero sin ninguna consecuencia en función de análisis de sus misiones y de los poderes susceptibles de ser confiados a dichos organismos¹⁸. Esta conclusión es también la de Bertrand du Marais, que señala, a propósito de la influencia del modelo estadounidense en la creación de las autoridades administrativas independientes francesas, que “los presupuestos institucionales y el contexto económico que presiden su funcionamiento en los Estados Unidos y en Gran Bretaña, han sido raramente en Francia el objeto de un análisis detallado y menos de una evaluación de su capacidad para ser transpuestos a otros sistemas jurídicos”¹⁹.

El uso instrumentalizado del argumento comparado es en efecto la tercera explicación posible a la confusión que existe en Colombia entre autoridad administrativa independiente y agencia, a la cual se suman las dificultades de orden lingüístico que acompañan los desarrollos comparatistas²⁰. Son precisamente estas mismas dificultades terminológicas las que se observan al momento de intentar definir la noción de independencia. En derecho colombiano se emplean los términos *independencia*, por un lado, y *autonomía*, por otro, para definir cualidades reconocidas a algunos organismos, atributos que se designan de manera inversa en las acepciones de otros países, como lo demues-

18 MARIE-ANGE LE MESTRE, “L’argument de droit comparé et les autorités administratives indépendantes”, en *L’argument de droit comparé en droit administratif français* (Fabrice Melleray, ed.), Bruselas, Bruylant, 2007, pp.133-150.

19 BERTRAND DU MARAIS, *Droit public de la Régulation économique*, París, Dalloz, 2004, p. 507.

20 PIERRE LE GRAND, *Le droit comparé*, París, PUF, 1999, p. 23; A juicio de DANIEL MOCKLE, con excepción de los casos en que se afronta el estudio de una concreta institución sectorial muy bien delimitada, la importación de términos propios de otros sistemas está lejos de ser un fenómeno neutral, MOCKLE, “La gouvernance publique et le droit”, cit., pp. 89-165.

tran los ejemplos francés y estadounidense²¹. En efecto, la jurisprudencia constitucional colombiana designa con el término *independencia legal* el conjunto de atributos reconocidos por el ordenamiento jurídico a órganos que, en razón de esos mismos atributos, no gozan sino de una o varias dimensiones de autonomía en sistemas como el francés y el estadounidense. Al mismo tiempo, el juez constitucional emplea la expresión *autonomía constitucional* para referirse a la situación de la banca central o de la Comisión Nacional del Servicio Civil, autoridades que cuentan con una serie de garantías estatutarias, distintas de la sola autonomía, y que en otros sistemas son referidas bajo el término *independencia*²². De ahí que entendamos por *independencia* la condición en la que se encuentra un organismo o entidad del orden nacional respecto a la rama ejecutiva, la cual es asegurada por un dispositivo orgánico que va más allá de la atribución de una o más dimensiones de autonomía o de la asignación de sus funciones²³, y que le permite sustraerse

21 ZÁRATE, *L'indépendance des autorités de concurrence: analyse comparative Colombie, France, États-Unis*, op. cit., pp. 29 y ss.

22 Por ejemplo, Corte Constitucional, sentencias C-827 de 2001; de 8 de agosto de 2001, exp. D-3345; y C-351 de 2004, de 20 de abril de 2004, exp. D-4877.

23 Si bien es posible situar los componentes de las independencias orgánica y funcional sobre terrenos intelectuales distintos, estos componentes se interrelacionan necesariamente en la práctica. La atribución de una independencia funcional comporta, entre otros aspectos, la definición legal previa de la extensión de los poderes y ámbitos de competencia de la autoridad administrativa. Sin embargo, también depende del marco procedimental previsto *ex ante* por el mismo legislador y de la posibilidad de participación del Ejecutivo en la expedición, revisión o aplicación de sus actos. En este plano son importantes las relaciones funcionales que las autoridades mantienen con otros organismos de carácter administrativo. Recordemos a manera de ejemplo cómo la atribución de la policía del cumplimiento de las regulaciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTIC) limita la independencia funcional de la Comisión. Este capítulo busca demostrar la ausencia de componentes orgánicos de independencia en la arquitectura de las agencias colombianas y la necesidad de considerarlos en las reformas a la organización.

efectivamente de los controles administrativos jerárquico y de tutela en su funcionamiento²⁴.

Mediante la revisión de instituciones de diferentes países, los autores de las reformas a la Administración pública del orden nacional realizadas en el año 2011 aspiraban a encontrar equivalencias entre las autoridades independientes que han aparecido en otros sistemas y las agencias colombianas²⁵. Se mostrará, sin embargo, que el argumento

24 ZÁRATE, *op. cit.*, p. 36. La independencia se obtiene a partir de la emancipación frente a las reglas de subordinación —controles jerárquico y de tutela— y de un dispositivo orgánico que tienda a proteger la libertad de sus agentes, tanto al momento de su nominación como durante el ejercicio de sus funciones; STHÉPHANE MASON, *La notion d'indépendance en droit administratif français*, tesis de doctorado, París, Université Panthéon-Assas, Paris II, 1995. Si bien estos dispositivos se encuentran presentes en el diseño institucional de las autoridades independientes en países como Francia y Estados Unidos, están ausentes tratándose de las agencias estatales colombianas, como se demostrará en la segunda parte de este capítulo. Las agencias estatales solo tienen ciertas características de “autonomía”, principalmente en sus dimensiones funcional, administrativa y patrimonial. De acuerdo con RENÉ CHAPUS, la independencia de las autoridades administrativas reenvía a un grado de “desconexión” con respecto a las estructuras jerárquicas de la Administración, razón por la cual la independencia de estas autoridades no puede definirse de manera precisa e incontestable, sino únicamente describirse respecto a los elementos exteriores susceptibles de menoscabarla; RENÉ CHAPUS, *Droit administratif général*, 15.ª ed., t. I, París, Montchrestien, 2001, n.º 296.

25 Entre los propósitos previstos en la Ley 1444 de 2011 se busca garantizar la eficiencia en el servicio público, hacer coherente la organización y funcionamiento de la Administración pública, su independencia técnica y lograr mayor rentabilidad social en el uso de recursos públicos. Para lograr los propósitos mencionados, el Gobierno planteó la modernización de las entidades, en cuanto a su estrategia y estructura, y para ello afirma 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). *Vid.* SARRIA, “¿Las agencias son unidades administrativas especiales?”, *cit.*, p. 248. Se pretende, por consiguiente, acomodar nuestra organización administrativa a las “buenas prácticas” a las que compelen ciertos organismos supranacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). En efecto, desde el 2002, un informe de la OCDE titulado *Las otras caras de la gobernanza pública* expone un tablero sobre los cambios intervenidos en los modos de gestión, principalmente la aparición

comparado es empleado por el Gobierno nacional de forma selectiva, como justificación para implantar este tipo de entidades, todas ellas adscritas a ministerios o a departamentos administrativos, y para la transformación en agencias de otros organismos de la Administración pública que antes respondían a denominaciones estructurales convencionales²⁶. A pesar de este uso equivocado, mediante la comparación se revelará cómo la pretendida independencia que se les atribuye a las agencias no se encuentra asegurada en su arquitectura interna sino que, en contraste, estas aparecen ajenas al modelo de organización administrativa tradicionalmente escogido por Colombia²⁷. La distinción

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. Según algunos autores, el papel de los organismos supranacionales es indiscutible hoy. Las influencias verticales se suman a las tradicionales influencias horizontales entre sistemas. De ahí que la función del derecho comparado también deba adecuarse a esta nueva realidad. “De cela, il résulte un changement profond dans les enjeux du droit comparé. Traditionnellement exerce plutôt intellectuel et théorique, celui-ci en vient à être doté d’enjeux concrets, opérationnels très substantiels”, JEAN-BERNARD AUBY, “Introduction”, en *L’argument de droit comparé en droit administratif français* (Fabrice Melleray, ed.), Bruselas, Bruylant, 2007, p. 10. Sin embargo, esta situación no es ajena a críticas, y algunos autores denuncian como “sous une apparence scientifique, on a fait circuler des informations partisans pour forcer les décisions politiques”, FRÉDÉRIC ROUVILLOIS, a propósito del informe *Doing Business* de 2004 que sobre Francia realizó el Banco Mundial; citado por 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 *L’argument de droit comparé en droit administratif français* (Fabrice Melleray, ed.), Bruselas, Bruylant, 2007, p. 22. Todavía en el terreno del derecho público, MARIE-CLAIRE PONTTHOREAU, “Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public”, en *AJDA*, 2006, p. 20.

26 La comparación emprendida por el Gobierno parece que solo tomó en cuenta los componentes funcionales de la estructura administrativa y descuidó o no profundizó los orgánicos, dentro de los que están las garantías de independencia. Las categorías y denominaciones en derecho colombiano son funcionales y algunas incluso anteceden la primera gran composición normativa de la organización administrativa con los decretos 1050 y 3130 de 1968.

27 Las agencias se muestran como un elemento extraño en un sistema en el cual la ley es el referente obligado para la comprensión de la organización admi-

entre autoridades independientes y agencias colombianas requiere identificar los dispositivos que integran la arquitectura de las autoridades administrativas que son calificadas de “independientes” (I). Después de establecer las particularidades de estas autoridades, se verificará la ausencia de estos mismos dispositivos de independencia en el diseño institucional de las agencias nacionales (II).

I. LA AGENCIA: MENCIÓN POLISÉMICA NO SIEMPRE INDEPENDIENTE

Mientras que las *agencias* son formas organizativas presididas por una gran indeterminación conceptual que, al igual que la expresión *autoridad administrativa*, apelan a figuras heterogéneas²⁸ (A), la independencia apunta a la condición que tiene una autoridad administrativa respecto a organismos principales del Ejecutivo, pudiendo sustraerse a la tutela de estos y a pesar de su denominación (B).

nistrativa y los diferentes organismos y entidades en ella tipificados representan el equivalente orgánico de las distintas actividades que ha asumido el Estado colombiano desde su creación. 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”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 13, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 35.

28 El carácter polisémico de la noción es explicado por ALEJANDRA BOTO, a partir del ejemplo italiano: “[...] es lógico que surjan interrogantes en la frontera entre *agenzie* y *autorità*, pues ambas son formas organizativas presididas por una fuerte indeterminación conceptual; figuras heterogéneas que han conocido un auge reciente, proliferando en poco tiempo de la mano de influencias extranjeras y coincidiendo en los mismos momentos cronológicos. Ni unas ni otras son, por separado, categorías unitarias, por lo que es fácil que sus distintos subtipos puedan, en la práctica, solaparse entre sí”. ALEJANDRA BOTO, “La agencia como forma organizativa de optimización de servicios públicos. Pasado, presente y futuro en una España en crisis”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 13, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 49.

A. Agencia como elemento nominativo de órganos administrativos

La importación de términos propios de otros sistemas para designar estructuras de la Administración pública del orden nacional no es ajena a la tradición colombiana²⁹. En el país, antes de la aprobación de la reforma contenida en la Ley 1444 de 2011, que introdujo una multiplicidad de agencias³⁰,

29 Es posible mencionar la incorporación en 1968 de la diferenciación entre establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado (EICE), distinción que tiene su origen en el derecho francés y que está ligada a la aparición de los servicios públicos industriales y comerciales en 1921 con el fallo del Tribunal de Conflictos conocido como “Bac d’Eloka” (Tribunal de Conflits, TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l’Ouest Africain*, rec., p. 91). Con posterioridad, el Consejo de Estado francés determinaría en un fallo de 1956 los criterios para distinguir entre un *Établissement public industriel y commercial* (EPIC) y un *Établissement public administratif* (EPA). Para que un EPA pueda identificarse como EPIC, tres condiciones deben reunirse: 1) el objeto del servicio, el cual recaerá sobre una actividad económica de producción o distribución de bienes o de servicios; 2) los modos de funcionamiento, que sean similares a los de una empresa privada y; 3) los recursos, que deben provenir principalmente de los importes que los usuarios de esos servicios o consumidores de esos bienes pagan en contraprestación a ellos (Conseil d’État, *Union Syndicale des industries aéronautiques*, 16 novembre 1956, rec., p. 434). A pesar del uso de esta misma distinción por el derecho colombiano, algunas particularidades se observan respecto al caso francés. Por ejemplo, el régimen aplicable a los contratos de las EICE es de derecho público en Colombia, excepto cuando estas empresas operan en situación de competencia con agentes económicos públicos o privados, nacionales o extranjeros, o en mercados regulados (Ley 1474 de 2011, art. 93). Del mismo modo, algunos autores cuestionan la posibilidad de que estas empresas puedan incluir cláusulas excepcionales en sus contratos, de conformidad con lo establecido en el Estatuto General de la Contratación (Ley 80 de 1993), lo cual constituye un ejercicio de potestades públicas, fruto de “rezagos de una convencional consideración subjetiva del régimen jurídico-administrativo”, ALBERTO MONTAÑA PLATA, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 215.

30 Parece existir una tendencia convergente, al menos entre los países miembros de la OCDE, que hace que las agencias se multipliquen hasta tal punto que incluso se ha llegado a catalogarlas por autores como POLLITT como “accesorios de moda”, en BOTO, “La agencia...”, cit., p. 50. Sobre este punto, vale la pena indicar que, producto de las facultades extraordinarias que se le otorgaron al presidente de la República con la reforma contenida en la Ley 1444 de

ya existían organismos que adoptaban tal denominación formal, aunque respondían en realidad a otras tipologías jurídicas. De esta manera, la Agencia Nacional de Hidrocarburos antes de constituir una *agencia nacional estatal de naturaleza especial* era una *unidad administrativa especial* del sector descentralizado de la rama ejecutiva, adscrita al Ministerio de Minas y Energía³¹, mientras que la Agencia Nacional del Espectro pasó de ser una *unidad administrativa especial sin personería jurídica* a una *unidad administrativa especial con personería jurídica* adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones³². Un número importante

2011, se crearon veinticuatro unidades administrativas y diez agencias, de las cuales siete también fueron catalogadas como unidades administrativas especiales y las restantes tres se definieron como “agencias nacionales estatales de naturaleza especial”. Con posterioridad a la reforma, la Ley 1507 de 2012 establece la Autoridad Nacional de Televisión “como una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del Orden Nacional”. Siguiendo con esta inclinación, desde 2015 se organizaron la Agencia Nacional de Tierras (Decr. 2363 de 2015), la Agencia de Desarrollo Rural (Decr. 2364 de 2015) y la Agencia de Renovación Territorial (Decr. 2366 de 2015), todas definidas como “agencias nacionales estatales de naturaleza especial”.

- 31 Decr. 4137 de 2011, art. 1.º. Nótese cómo la anterior y la nueva estructura tienen personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y financiera y son organismos adscritos del sector descentralizado por servicios. La diferencia, desde las autonomías conferidas, radica en la atribución de la autonomía técnica a la nueva ANH. Esta dimensión de la autonomía ha sido definida por la Corte Constitucional, a propósito de la banca central colombiana, como “la capacidad para analizar libremente los fenómenos monetarios y para diseñar sin injerencia de otras autoridades los instrumentos que demande el ejercicio de sus atribuciones en aquellas materias que tienen por objeto cautelar la estabilidad de la moneda y asegurar la solidez y la confianza en el sistema monetario del país, con prevalencia de consideraciones de interés público y de beneficio de la economía nacional”. Corte Constitucional, Sentencia C-050 de 1994. Ahora bien, la autonomía técnica en el caso del Banco de la República es asegurada por un dispositivo orgánico que tiende a aislar a su Junta Directiva de las injerencias del Ejecutivo. Este dispositivo orgánico está ausente en el diseño de la ANH. La dimensión de la autonomía técnica no es suficiente para que pueda hablarse de una autoridad independiente del Poder Ejecutivo. En efecto, antes de la reforma, la ANH se mostraba menos dependiente del Gobierno en su composición y arquitectura internas.
- 32 Organizadas a partir de la reforma contenida en los decretos 1050 y 3130 de 1968, las unidades administrativas especiales sin personería jurídica son

de entidades del orden nacional llamadas agencias, unas con personalidad jurídica y otras no, fueron ciertamente organizadas como unidades administrativas especiales en 2011. Pero esto no significa que tengan un régimen diferente de las que no lo son³³. Se trata más bien de la reafirmación de una tendencia a organizar estructuras como unidades administrativas especiales sin que medie un concepto propio, al parecer buscando mayor autonomía respecto de los organismos principales de la Administración nacional³⁴.

definidas legalmente como organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que esta les señale, que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo (Ley 489 de 1998, art. 67). A su vez, el artículo 82 de la Ley 489 de 1998 dispone que las unidades administrativas especiales y las superintendencias con personería jurídica son entidades descentralizadas, con autonomía administrativa y patrimonial, las cuales se sujetan al régimen jurídico contenido en la ley que las crea y, en lo no previsto por ella, al de los establecimientos públicos. El artículo 2.º del Decreto Ley 4169 de 2011, al modificar la naturaleza jurídica de la Agencia Nacional del Espectro (ANE) entiende otorgarle a esta patrimonio propio. A pesar de la autonomía técnica expresamente reconocida, la ANE sigue siendo un organismo adscrito al MinTIC y carece de una serie de garantías estatutarias de independencia para que pueda ser calificada de autoridad administrativa independiente.

- 33 Además de las agencias erigidas como unidades administrativas especiales, se instauraron otras como “agencias nacionales estatales de naturaleza especial” cuyo régimen es, en lo no previsto en su acto de creación, el contenido en disposiciones generales cuyo ámbito de aplicación ha sido determinado por el legislador mediante el criterio orgánico, como ocurre con el Estatuto General de Contratación Pública o el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Recordemos que las disposiciones contenidas en la Ley 489 de 1998 señalan que las unidades administrativas especiales con personería jurídica se sujetarán al régimen jurídico contenido en la ley que las crea y, en lo no previsto por ella, al general de los establecimientos públicos. *Vid.* MARÍA CLARA GARRIDO, “Las agencias estatales de naturaleza especial en Colombia”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 17, 2017, p. 243.
- 34 Esta tendencia no es nueva en derecho colombiano. Al realizar un análisis de la evolución del concepto de unidad administrativa especial, la profesora CONSUELO SARRIA muestra cómo se les da este carácter a entidades ya definidas como superintendencias (Superintendencia de Notariado y Registro, Decr. 1659 de 1978; y Superintendencia de Subsidio Familiar, Ley 25 de 1981), o cómo se organizan como unidades administrativas especiales establecimientos públicos, cuando la norma de creación se refería a competencias propias de los ministerios o de los departamentos administrativos (es el caso del Servicio

La ausencia de caracterización específica dentro de las tradicionales formas de estructura administrativa y teniendo como base, según se explica, que la *agencia nacional* no constituye una tipología de organización en el ordenamiento jurídico colombiano³⁵, se puede afirmar que se trata de una denominación para referirse a todas las autoridades administrativas, incluso aquellos órganos que, integrando la Administración pública, no forman parte de la rama ejecutiva del orden nacional³⁶. En este sentido, un sector de la doctrina ha afirmado que las agencias “[...] en el derecho colombiano no responden a unas características genéricas que las identifiquen y diferencien, ni tienen establecidas

-
- Nacional de Pruebas ‘Icfes’, Decr. 81 de 1980, o de las juntas administradoras de deportes, Decr. 2650 de 1977). SARRIA, “¿Las agencias...”, cit., p. 248 y ss.
- 35 La Ley 489 de 1998 dispuso en el artículo 39 que la Administración pública del orden nacional “[...] se integra por los organismos que conforman la rama ejecutiva del poder público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano”, y del mismo modo indicó en el artículo 38 la forma en que estaría integrada la rama ejecutiva del poder público, dividiéndola en un sector central, compuesto de la Presidencia de la República, la Vicepresidencia de la República, los consejos superiores de la Administración, los ministerios y departamentos administrativos, las superintendencias y las unidades administrativas especiales sin personería jurídica, y un sector descentralizado compuesto de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, los institutos científicos y tecnológicos, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta y, finalmente, las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que creare, organizare o autorizare la ley para que formaren parte de la rama ejecutiva del poder público. Todos y cada uno de los organismos y entidades relacionados atrás son categorías tradicionales que se sitúan dentro de la rama ejecutiva del poder público; sin embargo, ninguna de ellas se denomina “agencia”. En razón del carácter polisémico del término y porque las normas de organización y las de creación de las agencias recurren a estructuras tradicionales como las unidades administrativas especiales para indicar su naturaleza y a los establecimientos públicos para determinar su régimen, en lo no previsto en ellas no es posible afirmar que son otro tipo de entidades del sector descentralizado por servicios.
- 36 Ley 1507 de 2012, art. 2.º, por ejemplo.

unas normas generales en relación con su naturaleza, su estructura, el régimen jurídico aplicable y su funcionamiento [...]”³⁷ y, consecuentemente, que “[...] 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 [...]”³⁸. Por tanto, cobra más fuerza la tesis de que la *agencia* no constituye ni puede constituir una tipología de organización.

Precisamente en un sentido análogo al de *autoridad administrativa*, los artículos 211 de la Constitución Política y 13 de la Ley 489 de 1998^[39] disponen que el presidente de la República puede delegar el ejercicio de sus competencias a ciertos funcionarios, como los ministros o los superintendentes, y a entidades u organismos administrativos, englobándolos en la figura de *agencias del Estado*. Así mismo, la Corte Constitucional de Colombia menciona en su Sentencia C-150 de 2003 “otras agencias del Estado de origen constitucional” para aludir a aquellas autoridades administrativas creadas por la Constitución, como la banca central o la Comisión Nacional del Servicio Civil⁴⁰. En uno y otro caso, el término *agencia* es adoptado para designar cualquier autoridad de carácter administrativo, de la misma manera amplia con que es utilizado en el derecho federal estadounidense.

37 SARRIA, “¿Las agencias...”, cit., p. 246.

38 MONTAÑA, “La incorporación de agencias...”, cit., p. 29.

39 Modificado por el artículo 45 del Decreto Ley 019 de 2012: “Delegación de funciones presidenciales. Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 142 de 1994 y en otras disposiciones especiales, el presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamento administrativo, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y *agencias del Estado* el ejercicio de las funciones a que se refieren el artículo 129 y los numerales 13, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27 y 28 del artículo 189 de la Constitución Política”.

40 Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 25 de febrero de 2003.

La primera parte del Título 5 del Código de los Estados Unidos, consagrada a la organización administrativa del Gobierno federal, se titula justamente “The Agencies Generally” o de las agencias en general⁴¹. De igual forma, La Ley Federal de Procedimiento Administrativo de 1946^[42] define la *agencia* como “cada autoridad del gobierno de los Estados Unidos, que ella se encuentre o no sometida al control de otra autoridad, a la excepción del Congreso⁴³, las cortes de los Estados Unidos, los gobiernos de los territorios o posesiones de los Estados Unidos, y el gobierno del Distrito de Columbia”⁴⁴. También se exceptúan de la noción de agencia, salvo para efectos de dar cumplimiento a los requisitos de la sección 552 del mismo título⁴⁵, las autoridades compuestas de representantes de las partes o de los representantes de organizaciones de las partes en las disputas determinadas por ellas; las cortes marciales y las comi-

-
- 41 Se trata del United States Code (USC), que es una compilación de las normas federales estadounidenses. La parte a la que se refiere este capítulo es la 5 USC, § 551 (1).
- 42 En inglés referida como Administrative Procedure Act (APA). Esta ley se encuentra compilada en el mismo título 5, capítulo 5, §§ 500 a 596.
- 43 Véase a propósito, *Clark vs. Library of Congress*, 750 F.2d 89 (D. C. Cir. 1984).
- 44 5 USC § 551 (1). Esta misma definición de agencia se encuentra en 5 USC § 551 (1), para efectos del subcapítulo de adjudicaciones y en 5 USC § 701 (b), para efectos del capítulo de control judicial de los actos de las agencias (*judicial review*). El subcapítulo II, § 551 dispone: “Agency means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include (a) the Congress; (b) the courts of the United States; (c) the governments of the territories or possessions of the United States; (d) the government of the District of Columbia; or except as to the requirements of section 552 of this title; (e) agencies composed of representatives of the parties or of representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them; (f) courts martial and military commissions; (g) military authority exercised in the field in time of war or in occupied territory; or (h) functions conferred by sections 1738, 1739, 1743, and 1744 of title 12; subchapter II of chapter 471 of title 49 or sections 1884, 1891-1902, and former section 1641 (b) (2), of title 50, appendix”.
- 45 La sección 552 contiene la regulación en materia de información al público y la relativa a las reglas, opiniones, ordenes, registros y procedimientos que deben seguir las agencias.

siones militares; la autoridad militar ejercida en tiempo de guerra o en territorio ocupado; y aquellas autoridades que cumplen funciones que guardan relación con los seguros de vivienda para créditos hipotecarios⁴⁶ o la terminación de contratos de defensa⁴⁷, o que disponen del *surplus* generado en la propiedad gubernamental destinada a la operación, desarrollo y mantenimiento de aeropuertos públicos⁴⁸. Se trata de una definición negativa, en la medida en que es agencia toda autoridad del Gobierno que no se encuentre expresamente excluida de él y con independencia de que el legislador federal la etiquete o no como tal⁴⁹.

La hipótesis según la cual las autoridades del Gobierno de los Estados Unidos son agentes del Congreso parece descollar entre los estudiosos de la organización de la Administración Federal estadounidense⁵⁰. Este modelo de

46 Funciones conferidas por el título 12 del USC, §§ 1738, 1739, 1743 y 1744.

47 Funciones conferidas en el título 41 del USC, §§ 101 y ss.

48 Funciones conferidas por el título 49 USC, §§ 47151 y ss.

49 *Government Nat. Mortg. Ass'n vs. Terry*, 608 F. 2d 614, 51 A. L. R. Fed. 863 (5th Cir. 1979). Pese a que el propósito principal de la APA de 1946 es regular los procedimientos de expedición de reglas o actos de carácter general (*rulemaking*) y de resolución de casos individuales (*adjudicative function*), ciertas entidades que no realizan estas actividades caen dentro de la definición de ella. *Koden vs. U. S. Dept. of Justice*, 564 F. 2d 228 (7th Cir. 1977); *Public Citizen Health Research Group vs. Department of Health, Ed., and Welfare*, 449 F. Supp. 937 (D. D. C. 1978). Esto corrobora el carácter polimórfico de la noción. Según la tercera acepción dada por el diccionario jurídico *Black's Law*, las agencias son cuerpos del Gobierno que disponen de autoridad para aplicar y ejecutar una legislación cualquiera: *Black's Law Dictionary* (Bryan West y A. Garner, (eds.), 2009, p. 1920. La jurisprudencia se ha enfocado por el término *autoridad* con el que se define la noción de *agencia*, señalando que un organismo es agencia si puede tomar decisiones vinculantes. De ahí que en ocasiones se haya considerado que órganos que solo tienen funciones consultativas no encajan en la definición de agencia de la APA; por ejemplo, la jurisprudencia *Washington Research Project, Inc. vs. Department of Health, Ed. and Welfare*, 504 F. 2d 238 (D. C. Cir. 1974) o *Gates vs. Schlesinger*, 366 F. Supp. 797 (D. D. C. 1973).

50 Una parte importante de la doctrina en los Estados Unidos estima que la palabra *agencia* sugiere que las autoridades a las cuales se aplican las normas que conforman el derecho administrativo federal son agentes (*agents*) que llevan a cabo las misiones asignadas por un principal, que usualmente no es otro que el Congreso. ALFRED AMAN JR. y WILLIAM MAYTON, *Administrative*

principal-agente apunta a que la existencia, misiones y estructura de las autoridades administrativas se encuentran determinadas previamente por el legislador federal⁵¹. Sin embargo, no toda agencia se origina en una ley del Congreso. Una lectura de la definición de agencia que se encuentra en la Administrative Procedure Act (APA) de 1946 permitiría concluir que tanto el presidente como el vicepresidente, ambas autoridades de rango constitucional, son agencias. A pesar de no estar expresamente excluidas de la definición de la ley de 1946, la jurisprudencia de la Corte Suprema niega que estas autoridades sean objeto de las disposiciones de la APA. Apoyándose en una interpretación categórica de la separación de poderes y de la posición constitucional única del presidente, se prohíbe a los jueces federales extender al jefe del Ejecutivo los procedimientos contenidos en la APA

Law, 3.^a ed., Saint Paul (MN), West Academic Publishing, 2014. En efecto, la organización del Gobierno federal ha sido siempre una preocupación del legislador de los Estados Unidos. El primer Congreso crea los departamentos de Guerra, de Relaciones Exteriores y del Tesoro, las oficinas de Correos y de Patentes, encargadas además de la recolección de los conceptos de aduanas y de la determinación por vía administrativa de pensiones, y las oficinas del Fiscal General (*Attorney general*) y de los fiscales de los Estados Unidos (*US attorneys*), empleados de medio tiempo que desempeñaron un papel crítico en la ejecución de las leyes federales. JENNINGS B. SANDERS, *Evolution of Executive Departments of the Continental Congress*, Chapel Hill (NC), The University of North Carolina Press, 1935, pp. 187-192.

- 51 Las complejas relaciones entre las agencias y el Congreso, ajeno a nuestro propósito, que consiste en demostrar la ausencia de correspondencia entre las autoridades administrativas independientes y las agencias estatales recién creadas en Colombia, ha sido objeto de estudio recurrente por las principales escuelas del pensamiento político sobre la burocracia. Es posible consultar, MORRIS P. FIORINA, "Legislative Choice of Regulatory Forms: Legal Process or Administrative Process?", en *Public Choice*, vol. 39, septiembre, 1982, pp. 33-66; JOHN FERREJOHN y CHARLES SHIPAN, "Congressional Influence on Bureaucracy", en *JLEO*, Special Issue: [Papers from the Organization of Political Institutions Conference], vol. 6, abril, 1990, pp. 1-21; abarcando incluso cuestiones relacionadas con la delegación de funciones conferidas por el legislador a las agencias, PATRICK M. GARRY, "Accommodating the Administrative State: The Interrelationship between the Chevron and Non-delegation doctrines", en *Ariz. St. L. J.*, vol. 38, invierno, 2006, pp. 921-952.

sin que medie una declaración expresa del Congreso en este sentido⁵². Como la Constitución Federal guarda silencio acerca de otras autoridades de la rama ejecutiva, es posible sostener que esta no establece agencias, a pesar del sentido heterogéneo de *autoridad administrativa* que según hemos visto se le da al término⁵³. En cambio, sí parecen ostentar el carácter de agencias autoridades que han sido creadas por el Ejecutivo, como la Agencia para la Protección del Medio Ambiente⁵⁴.

52 Franklin vs. Massachusetts, 505 U. S. 788, 112 S. Ct. 2767, 120 L. Ed. 2d 636 (1992), que indica que si bien el examen de la constitucionalidad de los actos del presidente compete a los jueces federales, dicho examen no puede tratar sobre el abuso de discreción regulado en la APA de 1946.

53 Que no es otro que la definición de la APA, § 551.

54 Environmental Protection Agency (EPA); AMAN JR. y MAYTON, *op. cit.* La reforma emprendida se desarrolló conforme a las indicaciones del Ash Council del Ejecutivo federal estadounidense; Executive Office of the President, *President's Advisory Council on Executive Organization (Ash Council)*, Washington, DC: President of the United States of America, Reorganization Plan n.º 3, 9 of July 1970. Puesto que en la definición aquí estudiada se indica que es agencia toda autoridad del Gobierno de los Estados Unidos que se encuentre o no sometida al control de otra autoridad, encontramos que se han tenido como agencias estructuras que forman parte o son subpartes de otras y que han sido creadas mediante órdenes del Ejecutivo federal (*orders*). Hasta 1983, cuando la Corte suprema volcó el veto legislativo (*INS vs. Cadha*, 462 U. S. 919, 944, 1983), el Congreso con frecuencia acordó al Ejecutivo poderes de reorganización. Bajo este esquema, los presidentes sometían las propuestas de reorganización al Congreso y, a menos de que este hubiera tomado medidas para modificarlas o negarlas, las propuestas entraban en efecto luego de un periodo específico. Estos planes de reorganización garantizaron a varias administraciones poderes discrecionales para diseñar agencias administrativas. Por medio de estos planes se crearon el Departamento de Salud, Educación y Bienestar Social; la Agencia de Protección Ambiental; la Administración para el Control de Drogas (DEA, por sus siglas en inglés) y la Agencia Federal para el Manejo de Emergencias. Hay que señalar cómo hasta hace relativamente poco los estudiosos de la burocracia federal suponían que el Congreso creaba todas las agencias administrativas o que al menos dirigía su creación mediante delegaciones y una tarea de supervisión. Sin embargo, "Over the past half-century, presidents have constructed over 240 administrative agencies through executive orders, orders issued by department secretaries or agency heads, and reorganization plans. These agencies represent a solid majority of the listings in the United States Government Manual Agencies by Presidential Design (USGM). To justify these actions, presidents generally look to some com-

El concepto de *agencia* es también genérico en otras leyes federales. Por ejemplo, para efectos judiciales, la agencia engloba los departamentos, establecimientos independientes, comisiones, administraciones, autoridades, juntas y oficinas de los Estados Unidos, o a las corporaciones en las que el Gobierno de ese país tenga un interés patrimonial, a menos que en un caso concreto pueda demostrarse que el término está previsto para ser utilizado en un sentido menos amplio⁵⁵. Varios son entonces los apelativos que se le pueden dar a una agencia en los Estados Unidos, dentro de los cuales predominan los de comisión, junta, oficina, servicio, administración o corporación. En contraste con la realidad colombiana, estas denominaciones no buscan establecer tipologías diferentes de autoridades, sujetas a regímenes jurídicos específicos, dentro de la Administración pública del orden federal⁵⁶.

bination of constitutional powers, vague statutes, or expressed delegations of authority. Many of these agencies are among the most important created in the modern era. Among the agencies created by executive order, the National Security Agency and the Peace Corps are clear standouts". *Vid.* WILLIAM G. HOWELL y DAVID E. LEWIS, "Agencies by Presidential Design", en *The Journal of Politics*, vol. 64, n.º 4, 2002, pp. 1095-1114. En todo caso, la posibilidad de que el Congreso pueda modificar o negar las propuestas del Ejecutivo no hace sino reafirmar la idea de que es este el que en últimas controla el diseño de la Administración federal. En comparación con el derecho colombiano, es el legislador, conforme a lo dispuesto por el artículo 150-7 de la Constitución, el competente para determinar la estructura de la Administración pública del orden nacional.

55 En otras leyes la definición no guarda relación con la del título 5 del usc. Es el caso de la Ley de Organización y Procedimiento Judicial, compilada en el título 28 del usc. "The term 'agency' includes any department, independent establishment, commission, administration, authority, board or bureau of the United States or any corporation in which the United States has a proprietary interest, unless the context shows that such term was intended to be used in a more limited sense"; 28 U. S. C. A. § 451; *Kam Koon Wan vs. E. E. Black, Limited*, 75 F. Supp. 553 (Terr. Haw. 1948).

56 Si bien la lista del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 no es taxativa, las diferentes tipologías incluidas han respondido en la tradición colombiana a características que las identifican y diferencian, estableciendo unas normas

Pero la falta de categorización legislativa de las agencias no ha sido óbice para la elaboración por vía doctrinal de clasificaciones, a partir del estudio y la identificación funcional y orgánica de las autoridades administrativas estadounidenses. Funcionalmente, las agencias se encuadran a partir de los fines para los cuales han sido organizadas⁵⁷, mientras que orgánicamente su estudio recae en las cualidades y procedimientos que determinan sus relaciones con las ramas tradicionales del poder público y, en especial, con la rama ejecutiva. A partir del reconocimiento legal o jurisprudencial de atributos estatutarios tendentes a disminuir el riesgo de un manejo de parte del Ejecutivo, se catalogan las agencias en ejecutivas o independientes. Mientras que las primeras (*executive agencies*), es decir, todos los departamentos ministeriales y autoridades administrativas situados en su interior o bajo su tutela son dependientes y

generales respecto a su naturaleza, estructura, régimen jurídico aplicable y funcionamiento.

- 57 Mediante un análisis que recae sobre las formas de intervención del Estado, los estudiosos de las agencias enuncian esencialmente cuatro categorías: agencias de fomento (*developmental*), de bienestar y asistencia social (*social welfare*), de regulación de las actividades económicas de los particulares (*regulation of private economic activities*) y de protección de la salud y la seguridad de los ciudadanos (*protection of health and safety*). Esta clasificación tiene un valor sustancialmente pedagógico en los Estados Unidos. Por un lado, sus propios autores reconocen la existencia de agencias cuyas misiones difícilmente encajan en estas categorías, siendo necesario incluir nuevas clases de agencias para cada nueva misión (es el caso de agencias como la The United States Office of Personnel Management 'OPM' o la Office of Management and Budget 'OMB', para las que se creó la categoría de agencias dedicadas a la gestión interna o *internal management* de la Administración). JERRY, L. MASHAW, RICHARD A. MERRILL y PETER M. SHANE, *Administrative Law, The American Public System*, 5.^a ed., Saint Paul (MN), Thomson West, American Casebook Series, 2003, p. 14. Ahora bien, algunas agencias presentan múltiples misiones que bien podrían encajar en una u otra categoría; al tiempo que sería casi imposible en la práctica desligar las problemáticas económicas, sociales y ambientales en las que se ocupan. MARTINE LOMBARD, "Introduction", en *Régulation économique et démocratie*, París, Dalloz, 2004, p. 5. De ahí que no convenga una clasificación de los organismos y entidades de la Administración pública a partir del examen de aspectos meramente funcionales.

sus empleos de dirección son a discreción del presidente, las segundas (*independent agencies*) tienen una arquitectura institucional que tiende a asilarlas de sus injerencias.

B. La independencia como elemento de distinción entre órganos administrativos

Con frecuencia la independencia aparece como una característica de las autoridades administrativas encargadas de organizar la regulación de actividades económicas por medio de tareas de decisión de casos individuales a veces acompañadas de sanciones o de la elaboración de reglamentos⁵⁸. Pese a que la naturaleza de las funciones atribuidas sirvió para explicar la independencia de algunas agencias⁵⁹, no es cierto que esta solo sea una condición de las autoridades de regulación económica⁶⁰, o que las agencias ejecutivas no puedan tener hoy funciones cuasijudiciales y cuasilegislativas⁶¹. La independencia como elemento de distinción entre autoridades administrativas se revela por la presencia de ciertas garantías estatutarias atribuidas desde finales del

58 ELIZABETH ZOLLER, “Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie”, en *Régulation économique et démocratie*, *op. cit.*, p. 184.

59 Véase por ejemplo el famoso caso *Humphrey’s Executor* 295 U. S. at 628-29 (1935), en el que la Corte Suprema estableció que el Congreso federal podía limitar el poder de remoción del presidente de los jefes de las agencias que cumplieran funciones cuasijudiciales y cuasilegislativas.

60 Son por ejemplo autoridades calificadas como independientes: National Archives and Records Administration (NARA), National Science Foundation (NSF) y Social Security Administration (SSA), las cuales no tienen a su cargo funciones de regulación económica.

61 La información contenida en el Manual del Gobierno de los Estados Unidos o *United States General Manual* de 2011 permite confirmar el sentimiento común de la doctrina de que las tareas de adjudicación y de elaboración de reglas no son exclusivas de las agencias independientes, e incluso departamentos ministeriales como los de Agricultura, Trabajo y Justicia realizan este tipo de funciones. Es posible consultar el *Manual* en línea en el portal de los archivos nacionales: <<https://www.archives.gov/press/press-releases/2011/nr11-175.html>>.

siglo XIX. Más que crear una categoría específica de órganos, los atributos de independencia permiten observar cómo algunas agencias estadounidenses están más o menos aisladas en sus relaciones con la rama ejecutiva del nivel federal⁶².

Las agencias independientes aparecen en los Estados Unidos con la Interstate Commerce Commission (ICC)⁶³, autoridad creada para regular el transporte férreo de mercancías y llenar, de esta forma, el vacío que dejó el caso Wabash de la Corte Suprema de Justicia⁶⁴. Pese a estar ori-

62 "Instead of falling into two categories, agencies fall along a continuum [...]. The continuum ranges from most insulated to least insulated from presidential control. An agency's place along that continuum is based on both structural insulating features as well as functional realities. And that placement need not be static. It can shift depending on statutory amendments or an increased (or decreased) presidential focus on the agency's mission. On this view, an agency gains the ability to resist presidential influence from its enabling statute, rather than from its classification". KIRTI DATLAT y RICHARD L. REVESZT, "Deconstructing Independent Agencies (and Executive Agencies)", en *Cornell L. Rev.*, vol. 98, 2012-2013, p. 826.

63 Es común establecer los comienzos de la Administración pública moderna de los Estados Unidos en 1887, año en que el entonces profesor WOODROW WILSON publicó un ensayo titulado *The Study of Administration*, obra a la que con frecuencia se le reconoce haber expuesto la Administración pública como un campo de estudio en sí misma, y fecha en la que el Congreso creó la ICC. JOHN A. RHOR, *How to run a Constitution: The Legitimacy of the Administrative State*, Lawrence, University Press of Kansas, 1986, p. 55. Esto no significa que no existieran autoridades con funciones afines antes de esa época. En 1852 el Congreso había creado un órgano para la regulación de la actividad naviera, en la medida en que en la primera mitad del siglo XIX se habían experimentado una serie de desastres causados por explosiones de calderas de vapor. La legislación de 1852 incluía estándares precisos para el diseño y la fabricación de estas calderas y creaba una junta de nueve inspectores que debían ser nombrados por el presidente y que funcionaba dentro del Departamento del Tesoro. Entonces, antes de 1887 ya existían autoridades —en el ámbito federal e incluso en algunos estados federados— encargadas de misiones de regulación de las actividades económicas de los particulares. La junta de 1852 era una autoridad situada en un departamento ministerial y dependiente del presidente. MASHAW, MERRILL y SHANE, *op. cit.*, p. 4.

64 *Wabash, St. Louis & PACIFIC RAILWAY COMPANY VS. ILLINOIS*, 118 U. S. 557 (1886). ARI HOOGENBOOM y OLIVE HOOGENBOOM, *A history of the ICC: from panacea to palliative*, Nueva York, Norton, W. W. & Company, 1976, pp. 32-38, STEPHEN SKOWRENEK, *Building a New American State: The Expansion of National Administrative Capacities: 1877-1920*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, p. 400. La

ginalmente situada bajo la autoridad del secretario del Interior, funcionario encargado de nombrar a sus directores y aprobar su presupuesto, dos años después el legislador suprimió los controles del Ejecutivo y debió presentar desde ese momento sus informes directamente al Congreso⁶⁵. Para algunos autores es sugestivo ver cómo el cambio interviene después de la elección presidencial del senador republicano Benjamín Harrison, que se había desempeñado en el pasado como abogado de las compañías de trenes⁶⁶. Precisamente, el Congreso pretendía crear un órgano que no obedeciera a uno de los partidos políticos tradicionales o fuera dominado por este y funcionara aislado de “injerencias políticas”⁶⁷. La independencia obedece aquí a una

Constitución de los Estados Unidos incluye una cláusula de competencia a favor del Congreso federal para regular lo relacionado con el comercio entre los estados federados, que se conoce como la cláusula del comercio o *commerce clause*. En su fallo, la Corte establece que los estados federados únicamente pueden organizar la regulación de las actividades económicas de los particulares dentro de los límites de su territorio. Como el transporte férreo interestatal es una actividad que trasciende bordes estatales, su regulación compete al legislador federal. Un año después el Congreso federal adoptó la ley del comercio interestatal e impuso a las compañías de trenes el deber de que toda carga solicitada como contraprestación de un servicio de transporte debía ser razonable a este. Para esto, declaró ilegales ciertas prácticas discriminatorias y obligó a la publicación y aprobación de sus tarifas de parte de la comisión que crea (Act of Feb. 4, 1887, ch. 104, § 11, 24 Stat. 379, 383. “Commissioners served six- year staggered terms and could be removed from office by the President for inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office”).

65 25 Stat. at L. 855, chap. 382, Act of March 2, 1889. U. S. Comp. Stat. 1901, p. 3158.

66 Empresas que constituían el sector regulado por la ICC, tal como se advierte en la nota 64.

67 A juicio de ELIZABETH ZOLLER, se buscaba crear una autoridad ajena a los partidos políticos mayoritarios: “Mais à l’époque, par indépendance, on entendait moins l’indépendance à l’égard du président que l’indépendance à l’égard des deux grands partis politiques”. ZOLLER, “Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie”, cit., p. 183. Se componía de cinco comisionados designados por el presidente y confirmados por el Senado, pero no más de tres podían ser del mismo partido político. 25 Stat. at L. 855, chap. 382, Act of March 2, 1889. U. S. Comp. Stat. 1901, p. 3158. En un mismo sentido, “The debates over the structure of the ICC did not mention the term

realidad propia del sistema político estadounidense presidencial y bipartidista. Ella se muestra como una solución pragmática frente a la posible concentración del aparato estatal en manos de uno de los dos principales partidos políticos, demócrata o republicano.

El diseño institucional trazado por el legislador federal no significó una avalancha de autoridades independientes⁶⁸, y la atribución de garantías estatutarias encaminadas a limitar las injerencias del Ejecutivo solo sería algo frecuente a partir de la década de los treinta del siglo XX⁶⁹. Sin embar-

‘independence’ and ‘the intent was not to make the commission independent and thereby vest it with authority to wield power outside the domain of the executive branch’. The view that independent agencies could be a bulwark against the expansion of presidential power came later in the 1930s. Initially, the primary goal of the independent agency structure was expert, impartial decision making”. DATLAT y REVESZT, “Deconstructing Independent...”, cit., p. 777.

- 68 Durante el periodo conocido en la literatura política estadounidense como “la era del progreso” (*progressive era*), se crearon la Comisión Federal del Comercio o Federal Trade Commission (FTC) en 1914, agencia encargada de aplicar las normas antimonopolios, en materia de prácticas restrictivas a la libre competencia, y de proteger a los consumidores aplicando una serie de leyes sanitarias sobre la calidad de los productos alimenticios adoptadas por el Congreso en esa misma época (sobre los orígenes de la FTC, *vid.* MARC WINERMAN, “The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control and Competition”, en *ALJ*, vol. 71, 2003, pp. 1-92); y la Junta de Gobernadores del Sistema de Reserva Federal o Board of Governors of the Federal Reserve System en 1913, mediante la Ley del Sistema de Reserva Federal (modificada por la ley bancaria de 1935).
- 69 En contraste con el periodo precedente, en el que su función se limitaba a una actividad de policía de la actividad económica de los particulares, la agencia de los años treinta obedece a una idea nueva en los Estados Unidos: la política intervencionista, para la protección de los más diversos intereses económicos y sociales. “La politique du New Deal, initiée par l’administration Roosevelt pour lutter contre la grande crise économique des années 1930, modifie complètement le rôle des agences dans le système du gouvernement fédéral, non seulement parce que l’agence indépendante tendit à devenir le mode normal de régulation des marchés et de mise en œuvre des politiques publiques, mais encore parce que, en contraste avec la période précédente où son rôle se limitait à assurer une police minimum des marchés en laissant à l’initiative privée le rôle dominant, l’agence du New Deal fut portée par une idée entièrement nouvelle, la politique interventionniste”; ZOLLER, “Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie”, cit., p. 169.

go, una mayor intervención del Gobierno federal mediante agencias independientes de la rama ejecutiva del poder público no estuvo exenta de críticas⁷⁰. A pesar del efecto producido por estas opiniones⁷¹, el debate planteado en torno a la constitucionalidad de las agencias independientes y su posición respecto a las ramas tradicionales del poder público⁷² no sería en todo caso suficiente para frenar el

Entre los diferentes intereses económicos y sociales confiados a agencias independientes están la protección de los derechos de los trabajadores (National Labor Relations Board), la regulación del mercado de valores (Securities and Exchange Commission), o la Administración del Sistema de Seguridad y Protección Social (Social Security Administration). *Ibid.*, p. 169.

- 70 Una comisión presidencial encargada de examinar el lugar de las agencias independientes dentro del Gobierno federal llega a la conclusión de que estas constituyen “una cuarta rama del poder sin cabeza, compuesta de una colección heterogénea de agencias irresponsables y con poderes sin controles”, President’s Committee on Administrative Management: *Report of the Committee with Studies of Administrative Management in the Federal Government* (“Brownlow Committee Report”), 222 (1937) (Study Report of Mr. Cushman, The Problem of the Independent Regulatory Commissions); véase también, LOUIS L. JAFFE, “Invective and Investigation in Administrative Law”, en *Harvard Law Review*, vol. 52, 1939, p. 1201. También es posible encontrar decisiones que declaran inconstitucionales algunas delegaciones legislativas como en *Schechter Poultry Corp. vs. United States*, 295 U. S. 495 (1935): “Congress cannot constitutionally delegate its legislative authority to trade or industrial associations or groups so as to empower them to enact laws they deem to be wise and beneficent for the rehabilitation and expansion of their trade or industries, and such delegation cannot be validated by a legislative preface of generalities as to permissible aims”. En opinión de otros, las agencias independientes constituyen una manifestación de lo que parte de la doctrina estadounidense llama a modo de reproche el “Estado administrativo” o *Administrative State*; MARSHALL J. BREGER y GRAY J. EDLES, “Established by Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies”, en *Administrative Law Review*, vol. 52, 2000, p. 1111.
- 71 Opiniones condensadas principalmente en el informe del Comité Brownlow, *vid.* nota anterior. Usualmente estas críticas aparecen referidas entre los antecedentes de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1946; *vid.* DAVID R. ROSENBLUM, “Framing a Lasting Congressional Response to the Administrative State”, en *Administrative Law Review*, vol. 50, 1998, p. 173.
- 72 Debate que aún está vigente, como lo muestra el trabajo reciente de JON D. MICHAELS, “Framing a Lasting Congressional Response to the Administrative State”, en *Administrative Law Review*, vol. 50, 1998, 2015, p. 515: “The twentieth-century shift to administrative governance toppled the Framers’ tripartite constitutional regime. But the subsequent construction of an administrative

desarrollo de este tipo de autoridades durante la segunda mitad del siglo pasado⁷³.

Distintas autoridades que configuran la punta de lanza del intervencionismo estadounidense gozan de independencia. Durante su multiplicación a lo largo del siglo xx, varios autores apuntaron erróneamente hacia una distinción entre agencias independientes y ejecutivas según las funciones que cumplieran. Siguiendo este enfoque, las agencias encargadas de la regulación económica serían independientes, al tiempo que las dedicadas a la gestión administrativa ordinaria y a la gestión de políticas sociales carecerían de atributos de independencia⁷⁴. Un impulso idéntico de dis-

separation of powers represented an act of constitutional restoration, anchoring the modern administrative state firmly within the constitutional tradition of employing rivalrous, heterogeneous institutional counterweights to promote democratic accountability and compliance with the rule of law. Second, this reframing resolves seemingly intractable normative and jurisprudential struggles in contemporary administrative law, harmonizing today's leading (but conflicting) theories and doctrines of public administration. And, third, this reframing prepares us for life in the post-administrative state, a reality that is already beckoning".

- 73 El choque que produjo el informe de la Comisión Brownlow no frenó la creación de agencias. A partir de la voluntad de apuntalar condiciones de calidad de vida dignas (*quality of life*) para la población estadounidense, se organiza una serie de autoridades independientes, principalmente durante las décadas de los sesenta y setenta. Con estas agencias se buscaba mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos y, en particular, responder a las reclamaciones hechas por el Civil Rights Movement y uniones y grupos ambientalistas mediante la eliminación de discriminaciones raciales y sexuales, la promoción de la seguridad de los trabajadores y consumidores y la defensa de la salud de los individuos y el ambiente. Entre las agencias creadas sobresalen: United States Commission on Civil Rights (1957), Consumer Product Safety Commission (1972), Equal Employment Opportunity Commission (1965), National Transportation Safety Board (1967) y Nuclear Regulatory Commission (1975).
- 74 Hoy el componente funcional de las agencias independientes no es una fuente de diferenciación con las agencias ejecutivas. Como lo explica DOMINIQUE CUSTOS, la agencia independiente simbolizó en sus orígenes el ideal de una regulación de la economía hecha por expertos, lo cual se presentaba como una amenaza menor a la propiedad y libertad contractuales, en contraste con la agencia ejecutiva, que usualmente fue confinada a fines de administración. Esto explica que "adjudication has always been a great bulk of the work

tinción, fundado en un criterio funcional, prevaleció en la doctrina europea y la latinoamericana, con la aparición de autoridades administrativas con un diseño institucional equivalente al de las agencias independientes estadounidenses a partir de los procesos de liberalización de industrias en redes, primero en los Estados miembro de la Unión Europea y luego en países de Latinoamérica⁷⁵. De ahí que

of the Social Security Administration, which until 1994 was viewed as an executive agency" (DOMINIQUE CUSTOS, "The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies", en *American Journal of Comparative Law*, vol. 54, 2006, p. 615, n. 12), por su evolución, y a pesar de haber sido originalmente diseñada como una agencia independiente en 1935 (*vid. infra* nota 78). Según CUSTOS, "The significance of the functional dimension of the independent agency must be properly assessed. Historically, it was both an element of definition and, along with location and its oversight implications, a fundamental feature of distinction from the executive agency. Nowadays, it still has a definitional value but it is no more a source of differentiation from the executive agency"; *idem*, p. 618.

- 75 La independencia sería "la condición misma de la regulación económica moderna". DU MARAIS, *op. cit.*, p. 518. Como lo denuncia MARTINE LOMBARD a propósito del caso francés, "Il existe une sorte de postulat implicite —ou parfois explicite —selon lequel la fonction de régulation aurait principalement vocation à être assurée par le moyen d'autorités indépendantes du politique". LOMBARD, "Introduction", *cit.*, p. 3. A partir de esta confusión entre independencia y regulación económica, originada al parecer por los estudiosos de la escuela francesa de la regulación (*vid.* R. BOYER y Y. SAILLARD, "Théorie de la régulation: l'état des savoirs", en *La Découverte*, 1995, p. 6), en Colombia se ha llegado a afirmar que las comisiones de regulación son autoridades con independencia del Ejecutivo (por ejemplo, ÉDGAR GONZÁLEZ, *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes* [Milton Montoya, dir.], tesis de doctorado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013). A partir de sus funciones normativas, se pretende otorgarles el calificativo de autoridades independientes a las comisiones, cuando la realidad es que, desde el punto de vista orgánico, ellas están diseñadas como unidades administrativas especiales sin personalidad jurídica, adscritas a un ministerio. Cierto, tres de los cinco miembros de la Junta de Comisionados, de libre nombramiento por el Ejecutivo, al parecer no podrían ser removidos de su cargo durante su mandato (en principio se espera que sea así toda vez que se trata de un periodo de orden legal. Ahora bien, habrá que esperar un pronunciamiento del Consejo de Estado en este sentido). Pero, aun admitiendo que este sea el caso, sus recursos y partidas presupuestales dependen de la aprobación del ministro del sector administrativo al que pertenecen, que además es el encargado de presidir su junta *de iure* (y *de facto*, para el caso de la CRC), y de ejercer un control jerárquico atenuado

se presente erróneamente la agencia federal independiente estadounidense como el prototipo de agencia de regulación económica⁷⁶.

En los Estados Unidos no existe una relación exclusiva entre la dimensión económica o social de la función de regulación y la independencia como característica orgánica de la agencia. La atribución que confiere el legislador federal de una serie de garantías estatutarias de independencia a organismos de carácter administrativo obedece a la necesidad de que ciertos intereses no estén bajo el control de uno de los partidos republicano o demócrata⁷⁷. La regulación eco-

propio de la desconcentración administrativa de funciones. Incluso funcionalmente, las comisiones carecen de competencias para investigar y sancionar las conductas que sean contrarias a las regulaciones que expiden. Tratándose de la CRC, esta competencia recae en el MinTIC, por lo que si este no está de acuerdo con la regulación expedida por aquella, podría simplemente dejar de vigilar su observancia de parte del sector regulado. Es el caso de la regulación sobre instalación esencial de *roaming* automático nacional y la negativa de permitir el acceso a esta de parte de los operadores móviles establecidos en el mercado, que con esta conducta crearon una barrera de entrada a la empresa Avantel por más de once meses, tiempo en el cual el MinTIC no tomó medidas sancionatorias. Una comparación centrada en las funciones de autoridades administrativas puede explicar la ausencia de estructuras independientes de creación legal en Colombia; *vid.* GLORIA CALDERÓN CRUZ, *La necesidad de atribuir potestad sancionatoria al órgano regulador del mercado de las comunicaciones en Colombia*, tesis de maestría, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

76 Tal como lo señala el Consejo de Estado francés en su informe de 2001 sobre las autoridades administrativas independientes (AAI). Esta corporación encuentra marcadas diferencias en el diseño institucional de las AAI y las agencias independientes estadounidenses (Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public, 2001, disponible en <<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Les-autorites-administratives-independantes-Rapport-public-2001>>). En derecho colombiano, autoridades como la banca central, órgano que posee varias garantías de independencia similares a aquellas presentes en las agencias federales independientes (Corte Const., Sent. C-827 de 2001), se aparta de todos modos en la designación de sus miembros, que no es plural. Incluso dentro de la familia de la *common law* existen diferencias. *Vid.* DELZANGLES, *op. cit.*, p. 75.

77 Esta intención no parece incompatible con otras finalidades como la de asegurar un peritaje técnico, social o económico ajeno a injerencias políticas. En efecto, se exige que los miembros de los colegios acrediten unas cualificacio-

nómica es a veces encomendada a una agencia ejecutiva, al mismo tiempo que varias agencias independientes han sido creadas para intervenir en asuntos de connotación social⁷⁸. Todo ejercicio de distinción entre agencias independientes y ejecutivas que repose exclusivamente en aspectos funcionales no facilita la comprensión de su situación frente a la rama ejecutiva del poder público. Se trata por lo demás de una decisión política, pues la agencia independiente estadounidense aparece antes que todo como una entidad administrativa a la que el Congreso decide deferir específi-

nes bastantes rigurosas desde el punto de vista de experiencia, formación y conocimiento de las actividades, áreas o sectores en los que la agencia está llamada a intervenir.

78 Se insiste en el caso de la Administración de la Seguridad Social, Social Security Act, Pub. L. 74-271, 49 Stat. 620, August 14, 1935, codificado en 42 USC. ch. 7. En efecto, la Social Security Act de ese año dispone en la sección 701: "There is hereby established a Social Security Board (in this Act referred to as the Board) to be composed of three members to be appointed by the President, by and with the advice and consent of the Senate. During his term of membership on the Board, no member shall engage in any other business, vocation, or employment. Not more than two of the members of the Board shall be members of the same political party". Como lo explica el profesor WILBUR J. COHEN, el proyecto de ley establecía originalmente una Junta del Seguro Social (Social Insurance Board) adscrita al Departamento del Trabajo. La versión de la Cámara de representantes introdujo una Junta de la Seguridad Social (Social Security Board) como una agencia independiente. Esta versión sería la que finalmente prevalecería. WILBUR J. COHEN, "The Development of the Social Security Act of 1935: Reflections some Fifty Years Later", en *Minnesota Law Review*, vol. 68, 1983, p. 379. Ahora bien, en 1946 el Congreso suprime la Junta de la Seguridad Social y transfiere sus funciones a un administrador (*Federal Security Administrator*). Vid. PHILLIS E. BERNARD, "Social Security and Medicare Adjudications at HHS: Two Approaches to Administration Justice in an Ever-Expanding Bureaucracy", en *Health-Matrix: Journal of Law-Medicine*, vol. 3, 1993, p. 339. Habría que esperar hasta el año de 1994 para que por medio de una ley de independencia y programa de mejoras al sistema de seguridad social (Social Security Independence and Program Improvements Act of 1994), el legislador federal confiara de nuevo la dirección del SSA a un *independent body*. La Administración del sistema es atribuida a un Comisionado con las siguientes garantías orgánicas de independencia: 1) nominación por el presidente con el aviso y consentimiento del Senado; 2) un mandato o periodo fijo de seis años; 3) remoción del cargo únicamente por negligencia o dolo durante el término de su mandato (42, USC 902, Sec. 702).

camente la policía o la promoción de un interés económico, ambiental o social determinado.

En un mismo sentido, la asociación sistemática entre agencia independiente y confusión de poderes, que sin duda sirvió a la implementación del armazón de la Administración independiente estadounidense⁷⁹, tampoco permite distinguir entre estas autoridades y las ejecutivas. La confusión de poderes, es decir, la acumulación en un solo órgano de naturaleza administrativa de funciones ejecutivas, cuasilegislativas y cuasijurisdiccionales, lejos de constituir una de las especificidades de las agencias independientes, es compartida hoy por varias agencias ejecutivas. Lo que distingue entonces en los Estados Unidos a las agencias independientes de otras autoridades administrativas parece estar determinado por su arquitectura o configuración interna y no por la clase de funciones que cumplen o por los poderes que se les atribuyen.

A partir del estudio de su diseño institucional, es posible observar cómo las autoridades independientes estadounidenses tienen una serie de garantías estatutarias que tienden a aislarlas, en mayor o menor grado⁸⁰, de injerencias políti-

79 *Vid.* *Humphrey's Executor vs. United States* (1935) 295 U. S. 602, 55 S. Ct. 869, 79 L. Ed. 1611.

80 Algunas autoridades que en el pasado fueron catalogadas de independientes carecen de todas las garantías estatutarias mínimas para serlo (*Massachusetts vs. EPA*, 127 S. Ct. 1438; *vid.* JODY FREEMAN y ADRIAN VERMEULE, "Massachusetts vs. EPA: From Politics to Expertise", en *Supreme Court Review*, 2007, p. 51). Esto ha llevado a algunos autores estadounidenses a hablar de "agencias ejecutivas independientes". Es el caso particular de la Agencia de Protección del Medio Ambiente o Environmental Protection Agency (EPA), la cual, "Based on the circumstances surrounding the creation of EPA as an 'independent establishment' in 1970, there is a legislative view that Congress intended for EPA to be free from presidential politics. In contrast, there is an executive view that the President may influence the decisions of the EPA Administrator through the power of removal, which is implicit in the power of appointment. There is a judicial view that is generally consistent with this executive view. Congress could reconcile the opposing views by limiting the President's power to remove the EPA Administrator or by otherwise amending the Clean

cas y de la influencia de grupos de intereses⁸¹. Más allá de constituir un modelo, estos componentes están presentes en la estructura de las autoridades que son calificadas como independientes: 1) la supresión de todo vínculo jerárquico, pero también de tutela⁸²; 2) un equilibrio bipartidista, que asocia los dos grandes partidos —republicano y demócrata— en la conformación de sus colegios de dirección, y un procedimiento de nominación plural que se le impone al presidente para el nombramiento de sus miembros⁸³; 3) un periodo fijo y a veces escalonado en los mandatos, el cual es generalmente superior en un año o dos al del mandato presidencial⁸⁴; y 4) un límite al poder de remoción

Air Act, but it has not demonstrated the political will to do so". CHRISTOPHER D. AHLERS, "Presidential Authority over EPA rulemaking under the Clean Air Act", en *Environmental Law*, n.º 44, invierno, 2014, p. 69.

- 81 Las discusiones doctrinales tradicionalmente se han centrado en la influencia de la rama ejecutiva sobre los miembros de los colegios de las agencias independientes, sea directamente por medio del poder de remoción presidencial, sea indirectamente mediante el control que ejerce la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios u Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA) en el procedimiento de expedición de reglas (*rules*). Sin embargo, estas garantías de independencia no sabrían aislar las agencias de la influencia de grupos de intereses públicos y privados. De ahí que algunos estudios propongan acompañar garantías adicionales al diseño de estas estructuras. Véase, por ejemplo, RACHEL E. BARKOW, "Insulating Agencies: Avoiding Capture Through Institutional Design", en *Texas Law Review*, vol. 89, 2010, p. 15.
- 82 En los términos en que este se encuentra previsto para el caso colombiano en los artículos 105 y 106 de la Ley 489 de 1998.
- 83 Es el caso de la Federal Trade Commission, cuyo colegio se compone de cinco comisionados de los cuales no más de tres pueden pertenecer al mismo partido político (15 USCA, § 41). Es la misma composición de la Securities and Exchange Commission (15 USCA, § 78d) o incluso de la Consumer Product Safety Commission (15 USCA, § 2053). Esto se garantiza por medio de un procedimiento de nominación plural conforme al cual el presidente es quien designa los miembros del colegio, pero con el aviso y consentimiento del Senado.
- 84 Tratándose por ejemplo de la Consumer Product Safety Commission, su acto de creación dispone: "(A) the Commissioners first appointed under this section shall be appointed for terms ending three, four, five, six, and seven years, respectively, after October 27, 1972, the term of each to be designated by the President at the time of nomination; and (B) each of their successors shall be appointed for a term of seven years from the date of the expiration of the term for which his predecessor was appointed". (15 USCA § 2053). Reglas

presidencial restringido a motivos legítimos, por lo que los miembros de las agencias independientes solo pueden ser separados de su cargo por razones próximas a las que constituyen en derecho colombiano una falta en el ejercicio de sus funciones (*for cause*)⁸⁵. Con la ayuda de estos componentes estatutarios, que le permiten a la doctrina clasificar autoridades administrativas federales como “independientes”, se demostrará, en una segunda parte, la ausencia de correspondencia entre agencias estadounidenses y las agencias que en derecho colombiano han venido organizándose.

II. LAS AGENCIAS NACIONALES COMO ÓRGANOS PARCIALMENTE AUTÓNOMOS DE LA ADMINISTRACIÓN

La comparación del diseño institucional de las agencias independientes estadounidenses y las agencias nacionales estatales muestra cómo estas últimas carecen de un dispositivo orgánico que tienda a asegurar su independencia del Ejecutivo (A), por lo que estamos en presencia de entidades del sector descentralizado de la rama ejecutiva del poder público, dotadas de algunas dimensiones de autonomía y sujetas a controles administrativos y presupuestales (B).

similares existen para otras autoridades que han sido catalogadas en los Estados Unidos como independientes del Ejecutivo.

85 Regla confirmada por la jurisprudencia desde *Humphrey's Executor* (295 U. S. at 628-29), toda vez que la FTC Act dispuso: “Any Commissioner may be removed by the President for inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office” (15 USCA. § 41); incluso de manera expresa en las disposiciones de otras agencias como la Consumer Product Safety Commission: “Any member of the Commission may be removed by the President for neglect of duty or malfeasance in office but for no other cause” (15 USCA § 2053), o la National Labor Relations Board: “Any member of the Board may be removed by the President, upon notice and hearing, for neglect of duty or malfeasance in office, but for no other cause” (29 USC §§ 151-169).

A. La ausencia de independencia de las agencias colombianas

Entre el dispositivo orgánico que tiende a garantizar la independencia de las agencias estadounidenses se tiene, en primer lugar, que en estas ha operado la supresión de todo vínculo jerárquico, pero también de tutela, e incluso, en la mayoría de los casos, lo que la doctrina francesa califica como “externalización”, condición que tiene como efecto situarlas por fuera de la rama ejecutiva del poder público⁸⁶. Las agencias independientes estadounidenses no se encuentran dentro de un departamento ministerial, ni adscritas ni vinculadas a él, esto es, escapan a todo control jerárquico o de tutela (*review*) de otra agencia.

En comparación con las agencias creadas en el derecho colombiano, estas forman parte del sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva⁸⁷ y se encuentran adscritas, sea a un ministerio, sea a un departamento administrativo. En los textos de la reforma a la estructura de la Administración pública del orden nacional de 2011 no es posible encontrar una sola excepción a esta regla. A manera de ejemplo, pueden citarse los casos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), que introduce el parágrafo del artículo 5.º de la Ley 1444 de 2011 y que se

86 DELZANGLES, *op. cit.*, p. 40. En derecho colombiano, la externalización se materializa por la sustracción de un órgano de la rama ejecutiva del poder público, en los términos en que esta es definida por el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, para situarlo en la Administración pública, la cual “se integra por los organismos que conforman la rama ejecutiva del poder público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado Colombiano” (Ley 489 de 1998, art. 39).

87 A excepción de la Agencia Nacional del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, unidad administrativa especial que integra el sector central de la rama ejecutiva del poder público, en los términos del artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

encuentra adscrita al Ministerio de Justicia, mientras que la Agencia Nacional de Minería (ANM) y la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), señalan los decretos 1434 y 1437 de 2011, respectivamente, lo están al Ministerio de Minas. La Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) está adscrita al Ministerio de Transporte⁸⁸, y la Agencia Nacional de Contratación Pública al Departamento Nacional de Planeación (DNP)⁸⁹. Tratándose de las agencias que fueron creadas con posterioridad a la reforma, como la Agencia Nacional de Seguridad Vial (Ley 1702 de 2013) y las Agencias de Desarrollo Rural (Decr. Ley 2364 de 2015), Nacional de Tierras (Decr. Ley 2363 de 2015) y de Renovación del Territorio (Decr. Ley 2366 de 2015), también se encuentran adscritas a un organismo principal de la Administración pública del orden nacional⁹⁰. Por consiguiente, ni la *externalización* ni la supresión de todo vínculo de subordinación jerárquico y de tutela están presentes para el caso de las agencias nacionales. De ahí que no sea posible asimilar las agencias colombianas a las independientes estadounidenses en este primer punto.

Pero la sustracción de controles administrativos por sí sola no es considerada en el derecho de la organización federal de los Estados Unidos como condición suficiente para atribuirle el carácter de “autoridad independiente” a

88 Decr. Ley 4165 de 2011, art. 1.º.

89 Decr. Ley 4170 de 2011, art. 1.º.

90 “La Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos son, en lo nacional, los organismos principales de la Administración” (Ley 489 de 1998, art. 39). El artículo 1.º de la Ley 1702 de 2013 señala que la Agencia Nacional de Seguridad Vial (ANSV) forma parte de la rama ejecutiva y se encuentra adscrita al Ministerio de Transporte. A su vez, el Decreto Ley 2363 de 2015 indica que la Agencia Nacional de Tierras (ANT) forma parte del sector descentralizado de la rama ejecutiva y se encuentra adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. A este ministerio también se encuentran adscritas las agencias de Renovación del Territorio (ART) y de Desarrollo Rural (ADR). Todas las agencias nacionales descentralizadas están sometidas al control de tutela del artículo 105 de la Ley 489 de 1998.

una agencia⁹¹. Además de la supresión de todo vínculo de subordinación jerárquico y de tutela, encontramos que su independencia del Ejecutivo se encuentra asegurada por un procedimiento de nominación plural de los directores⁹² y de los miembros de los colegios de las agencias independientes. Este procedimiento involucra por un lado al presidente (órgano de designación) y por otro al Senado federal (órgano de confirmación)⁹³. Un procedimiento de nominación plural que involucre dos ramas del poder público no ha sido previsto para las agencias colombianas, las cuales tienen en común un director o presidente, representante legal y máximo administrador de cada una de las agencias nacionales del sector descentralizado, que es un funcionario de libre nombramiento y remoción de parte del presidente de la República. Este es el caso de los directores de las agencias de Defensa Jurídica del Estado⁹⁴, para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas⁹⁵, de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente⁹⁶, de Renovación del

91 Vid. DATLAT y REVESZT, "Deconstructing Independent Agencies...", cit., p. 777.

92 Muchas de las agencias federales independientes son colegiadas, aunque también existen algunas que están a cargo de un director como la SSA o la OPM.

93 En casos como el de la Comisión para los Derechos Civiles (United States Commission on Civil Rights), la participación del Congreso es incluso mayor; Civil Rights Commission Amendments Act of 1994 (42 U. S. Code § 1975).

94 Decr. Ley 4085 de 2011, art. 7.º: "La dirección de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado estará a cargo del director general de la Agencia, quien será de libre nombramiento y remoción por el presidente de la República".

95 Decr. Ley 4138 de 2011, art. 6.º, cuya denominación cambió de "Agencia Nacional para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas" a la de "Agencia para la Reincorporación y la Normalización, ARN", Decr. Ley 897 de 2017. Hay que indicar que el Decreto 2253 de 2015 modificó la estructura de la ARN, sin que se haya establecido un procedimiento de nominación distinto para su director, funcionario que sigue siendo de libre nombramiento y remoción del presidente de la República.

96 Decr. Ley 4170 de 2011, art. 8.º: "Dirección General. El director general será funcionario de libre nombramiento y remoción, nombrado por el presidente de la República".

Territorio (ART)⁹⁷ y de la anterior Agencia para la Superación de la Pobreza Extrema (Anspe)⁹⁸ y de los presidentes de la Agencia Nacional de Minería (ANM)⁹⁹, de Hidrocarburos (ANH)¹⁰⁰ y de Infraestructura (ANI)¹⁰¹.

Junto con la figura del director o presidente, la mayoría de las agencias colombianas tienen un consejo directivo entre sus órganos de dirección¹⁰², el cual se encuentra compuesto casi siempre por siete miembros, que no son otros que el ministro o el director del departamento administrativo del sector al cual la entidad pertenece, y al que suelen acompañarse el ministro de Hacienda y Crédito Público¹⁰³, el director del DNP¹⁰⁴, otros ministros y directores de depar-

97 El artículo 10 del Decr. Ley 2366 de 2015 dispone: “La administración de la Agencia estará a cargo de un director general, el cual tendrá la calidad de servidor público de libre nombramiento y remoción por el presidente de la República y será el representante legal de la entidad”.

98 Decr. Ley 4160 de 2011, art. 4.º: “Órganos de dirección y administración. La dirección y administración de la Agencia Nacional para la Superación de la Pobreza estará a cargo del director general, que es de libre nombramiento y remoción del presidente de la República”;

99 Decr. Ley 4134 de 2011, art. 9.º: “*Presidente*. La administración de la Agencia Nacional de Minería (ANM) estará a cargo de un presidente, que será de libre nombramiento y remoción del presidente de la República”.

100 Decr. Ley 4137 de 2011, art. 9.º: “*Presidente*. La administración de la Agencia está a cargo de un presidente, de libre nombramiento y remoción del presidente de la República”.

101 Decr. Ley 4165 de 2011, art. 10: “*Presidente*. La administración de la Agencia está a cargo de un presidente, el cual tendrá la calidad de empleado público, de libre nombramiento y remoción del presidente de la República, y quien será el representante legal de la entidad”.

102 Algunas agencias como la Agencia Nacional para la Superación de la Pobreza extrema fueron creadas sin un consejo directivo (Decr. 4160 de 2011).

103 Por ejemplo, la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente (Decr. Ley 4170 de 2011, art. 6.º); la Agencia Nacional de Infraestructura (Decr. Ley 4165 de 2011, art. 8.º); y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Decr. Ley 1311 de 2015, art. 1.º, norma que modifica al Decr. Ley 4085 de 2011), entre otras.

104 Por ejemplo, la Agencia de Renovación del Territorio (Decr. Ley 2366 de 2015, art. 1.º); la Agencia Nacional para la Seguridad Vial (Ley 1702 de 2013, art. 12); la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente (Decr. Ley 4170 de 2011, art. 6.º); la Agencia Nacional de Infraestructura

tamentos administrativos, el director del Servicio Geológico y de la Unidad de Planeación Minero-Energética —para el caso de la ANH¹⁰⁵ y ANM¹⁰⁶—, un representante de órganos asesores —como ocurre con la ANI, en cuyo Consejo Directivo se sienta un representante del Consejo Asesor de Estructuración y otro del Consejo Asesor de Gestión Contractual¹⁰⁷— y uno o dos representantes del presidente de la República, los cuales son también y, por obvias razones, de libre nombramiento del Ejecutivo. Por consiguiente, la segunda condición de independencia presente en el diseño institucional de las agencias federales estadounidenses tampoco es un componente de la estructura de las autoridades nacionales¹⁰⁸.

Al examinar la composición de los órganos de dirección colegiados o consejos directivos de las agencias nacionales, observamos otra diferencia con las agencias estadounidenses del orden federal, en la medida en que a estas se vinculan individuos de sensibilidades diversas que tienen en común un peritaje en campos técnicos o en sectores económicos específicos y que se encuentran respaldados por su respectiva formación universitaria y trayectoria profesional¹⁰⁹. Por regla

(Decr. Ley 4165 de 2011, art. 8.º) y la Agencia Nacional de Hidrocarburos (Decr. Ley 4137 de 2011, art. 7.º), entre otras.

105 Decr. Ley 4137 de 2011, art. 7.º, num. 4.

106 Decr. Ley 4134 de 2011, art. 7.º, num. 4.

107 Decr. Ley 4165 de 2011, art. 8.º, nums. 7 y 8.

108 En la Sentencia C-306 de 2004, nos dice la Corte Constitucional colombiana que determinar la estructura de la Administración pública “es no solo crear los grandes elementos que la integran, sino, además, determinar su disposición dentro del órgano del que son parte, regular sus mecanismos de relación para el cumplimiento de su tarea y señalar de modo general sus funciones. En esta forma el legislador tiene como atribución crear la parte estática y permanente de la Administración y el Ejecutivo la de hacerla dinámica mediante el ejercicio de atribuciones administrativas”.

109 Conforme al art. 207 de la Constitución Política, para ser ministro se requiere ser ciudadano colombiano, mayor de 25 años y no tener inhabilidades, ni incompatibilidades para con el cargo. Esto se confirma al revisar los manuales de funciones respectivos. Así, en el *Manual específico de funcio-*

general, no hay en las agencias federales de los Estados Unidos, ni siquiera tratándose de las ejecutivas¹¹⁰, presencia de representantes adicionales del presidente en sus órganos de dirección, ni se cuentan entre los miembros de sus colegios los jefes de los departamentos ministeriales u organismos principales¹¹¹ o de otras agencias pertenecientes a

nes, requisitos y competencias laborales del Ministerio del Interior, adoptado mediante Resolución n.º 0322 de 2015, se indican como requisitos de formación académica y experiencia únicamente ser mayor de 25 años y no tener incompatibilidades o inhabilidades para con el cargo. Igual para el MinTIC (res. 003060 de 24 de noviembre de 2017). En comparación con las agencias federales estadounidenses, encontramos desde los orígenes de estas autoridades una preocupación del legislador por que sus miembros cuenten con las cualificaciones necesarias para enfrentar los problemas frente a ellos. En los registros legislativos que anteceden a la creación de la Federal Trade Commission en 1914 hay manifestaciones de esta intención, que hacen que se exijan requisitos de conocimientos y experiencia en los temas relacionados con el derecho de la competencia o el derecho del consumo y una reputación profesional u hoja de vida con logros en actividades o disciplinas relacionadas con la misión de la entidad; S. Rep. n.º 63-597, at 10 (1914) [*Senate Interstate Commerce Committee Report*]. La Comisión ha dicho: “[I]t is of paramount importance that men of the first order of ability should be attracted to these [commissioner] positions”; 51 cong. Rec. 11,083 (June 25, 1914) (remarks of Sen. Newlands). También a este propósito sirve la intervención de los senadores en el proceso de nominación de los designados por el presidente para ocupar el cargo de comisionado, pues por medio de “audiencias de confirmación” se revisan conocimientos, trayectoria y posiciones del futuro funcionario.

- 110 Sus directores, administradores y secretarios son designados por el presidente, por lo que no tendría sentido estipular que además de estos funcionarios deba haber otros agentes que representen al ejecutivo en sus órganos de dirección.
- 111 A excepción de algunas juntas como la de Gobernadores de la Reserva Federal, compuesta de cinco miembros designados por el presidente y confirmados por el Senado para periodos de catorce años no renovables, y por el secretario del tesoro y el contralor de la Moneda (*Comptroller of the Currency*, agente independiente del Ejecutivo), que son miembros *ex officio*. La ausencia de jefes de organismos principales del Ejecutivo en los órganos de dirección de las agencias federales no significa que algunos secretarios no puedan fungir en órganos consultivos o encargados de presentar informes y revisar políticas sobre el desempeño de ciertos programas. Es el caso del secretario del Tesoro, funcionario que preside la Junta de Fideicomisarios de la Seguridad Social y del programa de Medicare (Social Security and Medicare Boards of Trustees), en la que también se desempeñan los secretarios

la rama ejecutiva¹¹², aunque estas agencias tengan vocación técnica, como podría inferirse, volviendo al caso colombia-

del trabajo y de salud. Más que constituir una *agencia*, este organismo evoca en el derecho colombiano la figura de un comité intersectorial —y no el de una autoridad administrativa— que es responsable de coordinar el fondo o encargo fiduciario compuesto de los recursos destinados a estos programas de asistencia social. En efecto, el artículo 45 de la Ley 489 de 1998 señala que “el Gobierno nacional podrá crear comisiones intersectoriales para la coordinación y orientación superior de la ejecución de ciertas funciones y servicios públicos, cuando por mandato legal o en razón de sus características, estén a cargo de dos o más ministerios, departamentos administrativos o entidades descentralizadas, sin perjuicio de las competencias específicas de cada uno de ellos [...]”.

- 112 Conforme al artículo II de la Constitución Federal, el presidente debe obtener la confirmación del Senado en el nombramiento de oficiales superiores. Así mismo, una ley de 1998 (Federal Vacancies Reform Act) prohíbe que cualquier persona designada por el presidente ocupe de manera permanente un cargo para cuyo nombramiento se requiere la confirmación del Senado. Según la Corte Suprema, esta norma no excluye la posibilidad de que temporalmente, y como excepción a la regla, el cargo pueda ser ocupado por una persona designada por el presidente sin que se haya realizado el trámite de confirmación ante el Senado (*National Labor Relations Board vs. Sw General Inc.* 137 S. Ct. 929, 2017). Con ocasión de la renuncia del director del Consumer Financial Protection Bureau (CFPB), el presidente nombró al director de la Office of Management and Budget (OMB), encargado de la entidad. La subdirectora de la CFPB, que había sido designada para ocupar provisionalmente la dirección por el funcionario saliente, demandó esa designación argumentando que, conforme al Dodd-Frank Wall Street Reform (ley que reforma el sector financiero y crea la Agencia) solo el subdirector puede servir como director encargado hasta que haya un nombramiento confirmado por el Senado. En la decisión *English vs. Trump*, de enero de 2018, la Corte del Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia indicó que la ley de creación de la agencia no le prohíbe al presidente nombrar en cargo al director de la OMB para que sirva como director de la CFPB (*English vs. Trump*, No. CV 17-2534, 2018 WL 358777, D. D. C. Jan. 10, 2018). La funcionaria apeló de la decisión. Si durante las audiencias realizadas en abril de 2018 los jueces se mostraron escépticos frente a los argumentos de la demandante, también cuestionaron el nombramiento del director de la OMB como encargado de la entidad, puesto que una provisión de la ley que reforma el sector financiero establece que la subsección de presupuesto y administración financiera “may not be construed as implying [...] any jurisdiction or oversight the affairs or operations of the [CFPB]” por la OMB. A la fecha, el asunto está aún pendiente de fallo de segunda instancia. En la doctrina, el caso es referenciado por CHRISTOPHER J. WALKER, “Restoring Congress’s Role in the Modern Administrative State”, en *Mich. L. Rev.*, vol. 116, 2018, p. 1101.

no, de las direcciones de Servicio Geológico o de la Unidad de Planeación Minero-Energética, cuyos directores forman parte de los colegios de las agencias nacionales de hidrocarburos (ANH) y de minería (ANM)¹¹³.

La intención del legislador federal estadounidense de integrar las agencias con expertos lo ha llevado a establecer en los actos de creación de organismos independientes directrices acerca de las calificaciones para acceder al cargo de comisario, miembro de una junta o colegio y algunas reglas relacionadas con las incompatibilidades, inhabilidades y recusaciones para el ejercicio de sus funciones¹¹⁴. Se trata de orientaciones generales que las agencias independientes deben seguir para determinar los empleos y las remuneraciones de su personal, sobre todo en aquellos casos en que no están sometidas a las reglas del servicio civil o al siste-

113 Si de los ministros y directores de departamento administrativo no se requiere una experiencia y formación académicas específicas, sí hay exigencias para ocupar los cargos de otros miembros minoritarios de los consejos directivos de algunas agencias. Por ejemplo, para ser director de servicio geológico se pide título profesional en geología, otros programas de ciencias naturales, ingeniería civil, de minas, industrial y afines, química, administración o derecho y afines. Además, título de posgrado en la modalidad de maestría en áreas relacionadas con las funciones del empleo y tarjeta profesional para las profesiones en que se solicite. Así mismo, se establece una experiencia profesional relacionada de al menos ochenta meses (*Manual específico de funciones y competencias laborales del Servicio Geológico Colombiano*, Res. 672 de 21 de diciembre de 2015).

114 Por ejemplo, la Ley de Comunicaciones de 1934 trae una lista de prohibiciones y conflictos de intereses para ocupar el cargo de comisionado de la Federal Communications Commission (FCC). Por su parte, el acto de creación de la SEC señala: “No commissioner shall engage in any other business, vocation, or employment than that of serving as commissioner, nor shall any commissioner participate, directly or indirectly, in any stock-market operations or transactions of a character subject to regulation by the Commission pursuant to this chapter” (15 U. S. Code § 78d). En lo que hace al director de la Federal Housing Finance Agency, se establece que el presidente lo designará —para que luego sea confirmado por el Senado— entre aquellos ciudadanos que hayan demostrado conocimientos en el manejo y supervisión de riesgos financieros y en mercados de capitales, incluso los mercados hipotecario y de financiación de vivienda (Federal Housing Recovery Act of 2008, US Code 12, Chapter XII, subchapter A, part 1200.2).

ma salarial de empleos de dirección para agentes federales (*Executive Schedule Pay Rates*)¹¹⁵. El examen de los actos de creación de las agencias independientes revela que la autonomía conferida para escoger a su personal y fijarles su remuneración básica debe ejercerse de acuerdo con las normas del título quinto del Código de los Estados Unidos sobre organización y empleo público. En el caso de la U. S. Securities and Exchange Commission (SEC), la ley del mercado de valores establece que esta autoridad no solo es autónoma para nombrar y determinar la remuneración de los oficiales, abogados, economistas, auditores y cualquier otro empleo dentro de la Agencia, sino que además la exceptúa de aplicar las normas generales del servicio civil. Las disposiciones especiales para la SEC del título quinto del Código de los Estados Unidos reafirman la competencia de la Comisión para fijar de forma autónoma los salarios de base de sus empleados y señalan los únicos casos en los que podrá aprobar compensaciones adicionales. Al tiempo, estas normas imponen el deber de consultarle al organismo independiente en materia de carrera administrativa (Office of Personnel Management) y el respeto de los principios que rigen el sistema de méritos para acceder al empleo público¹¹⁶.

De una revisión de los actos de creación o de transformación de las agencias nacionales, se observa que no hay referencias a los requisitos para ser director o presidente de ellas¹¹⁷, de manera que es posible suponer que opera una remisión a lo establecido, en términos generales, en el De-

115 Regulado en US Code, Title 5, Part III, Subpart D, Chapter 53, Subchapter II.

116 US Code, Title 5, Part III, Subpart C, Chapter 48, § 4802.

117 Como excepción encontramos el artículo 28 de la Ley 1341 de 2009, que señala: "El director de la Agencia Nacional del Espectro debe ser ciudadano colombiano mayor de 30 años, con título de pregrado y maestría o doctorado afines, y con experiencia mínima relacionada de 8 años en el ejercicio profesional".

creto 770 de 2005, esto es, a aquellos requisitos que se exigen para los directores de los establecimientos públicos¹¹⁸. Así mismo, y como lo recuerda María Clara Garrido, “dentro de estas estructuras se señalan los órganos de dirección, cuyos miembros están sujetos al régimen legal general de inhabilidades e incompatibilidades (contenido en los decretos 128 de 1976 y las leyes 80 de 1993, 489 de 1998, 734 de 2002 y 1474 de 2011)”¹¹⁹, situación que permite cuestionarnos acerca de la existencia de un modelo organizativo distinto y con un régimen jurídico propio para las agencias colombianas.

118 Conforme a la remisión prevista en el artículo 82 de la Ley 489 de 1998 al régimen de los establecimientos públicos. En desarrollo de las normas generales señaladas en el Decreto 770 de 2005, el Gobierno nacional expidió el Decreto 509 de 2012 (compilado en el Decr. 1083 de 2015 “Decreto único del sector función pública”), mediante el cual se establecen las funciones y requisitos para los diferentes empleos públicos de las agencias estatales de naturaleza especial y de las agencias nacionales de defensa jurídica del Estado y de contratación pública. El artículo 8.º del Decreto 509 de 2012 indica: “Las Agencias expedirán el manual específico describiendo las funciones que correspondan a los empleos de la planta de personal y determinando los requisitos exigidos para su ejercicio”, en virtud del principio de autoorganización, expresión de la autonomía administrativa. De acuerdo con el Consejo de Estado, “[...] reconocer una capacidad de normación encaminada a la ordenación de los servicios y dependencias internas de las entidades administrativas solo puede concebirse bajo la idea de una Administración de carácter instrumental: su razón de ser, al igual que ocurre con las demás competencias reconocidas, es la tutela y garantía de los intereses de la colectividad. Cuando el legislador delimita un ámbito de actividad administrativo define un objetivo de carácter general, pero ello no es suficiente, debe asignar una estructura organizativa y conferir aquellos poderes que sean indispensables para su cumplimiento. Razón por la cual, la organización como fenómeno complejo requiere del ejercicio de competencias administrativas que se ocupen de la asignación de tareas, de los procedimientos para su adelantamiento, de la distribución interna de los medios financieros, reales y personales que se requieran para su eficaz cumplimiento, de las autolimitaciones que en el uso de dichos medios se imponga la propia Administración y de la determinación de si utiliza o no la capacidad de contratación reconocida en normas superiores” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2010, exp. 36054).

119 MARÍA CLARA GARRIDO, “Las agencias estatales de naturaleza especial en Colombia-II”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 18, 2017, nota 63.

Además del procedimiento de nominación plural en el que participa el Senado, los miembros de las agencias independientes federales cuentan con la garantía estatutaria de poder ejercer sus funciones por un periodo fijo y en ocasiones escalonado en los mandatos, que usualmente es superior en un año o dos al del mandato presidencial¹²⁰. Se busca de este modo disminuir el riesgo de captura de la agencia de parte de uno de los dos partidos, republicano o demócrata¹²¹. Este componente orgánico de la independencia no está presente en el diseño institucional de las agencias colombianas, lo cual no es sino lógico, en tanto expresamente se indica que los cargos de presidente o director de la agencia son de libre nombramiento y remoción del presidente de la República. También son de libre nombramiento y remoción los miembros de sus consejos directivos.

Por último, durante el término de sus mandatos, el poder presidencial para remover del cargo a los miembros de las agencias independientes estadounidenses se encuentra limitado desde 1935 por la famosa jurisprudencia *Humphrey's Executor* de la Corte Suprema a motivos de ineficiencia, negligencia o conducta dolosa en el ejercicio de sus funciones¹²². En la especie, se trataba de la remoción del cargo del director de la Federal Trade Commission, o Agencia Federal del Comercio, autoridad encargada del control y aplicación de las normas de competencia y de disposiciones para la protección de los consumidores. Según la Corte

120 Para el caso de la FTC, se indica: "The first Commissioners appointed shall continue in office for terms of three, four, five, six, and seven years, respectively, from September 26, 1914, the term of each to be designated by the President, but their successors shall be appointed for terms of seven years, except that any person chosen to fill a vacancy shall be appointed only for the unexpired term of the Commissioner whom he shall succeed" (15 USC §§ 41-58, as amended).

121 *Vid. supra* num. I. B.

122 *Humphrey's Executor vs. United States* (1935) 295 U. S. 602, 55 S.Ct. 869, 79 L. Ed. 1611.

Suprema, se trata de un organismo que el legislador quiso que ejerciera sus funciones sin autorizaciones ni injerencias del Poder Ejecutivo. Apoyándose en la tesis de la acumulación de poderes, el juez federal estimó en aquel momento que “sus misiones no son de naturaleza ni ejecutiva, ni legislativa, sino principalmente cuasijudicial y cuasilegislativa”. Por este motivo, decidió que estas agencias debían contar con garantías de independencia similares a las de los jueces. En comparación con el caso colombiano, en todos los actos de creación o de transformación se indica que los directores y presidentes de las agencias nacionales son de libre nombramiento y remoción de parte del presidente de la República, así como lo son los ministros, directores de departamentos administrativos, directores de organismos técnicos y asesores y los delegados del presidente en los consejos directivos¹²³. De ahí que sea posible concluir que ninguno de los componentes básicos de independencia de las agencias estadounidenses está presente en el diseño institucional de las agencias nacionales¹²⁴.

123 Conforme a lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 189 de la Constitución Política, corresponde al presidente “nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley. En todo caso, el Gobierno tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes”.

124 A excepción tal vez de la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV), entidad del orden nacional que forma parte de la Administración pública pero no de la rama ejecutiva y que tiene entre sus órganos de dirección una junta compuesta de cinco miembros de los cuales tres no son nombrados por el presidente y cuentan con un periodo fijo legal para sus mandatos (Corte Constitucional, Sent. C-580 de 2013). La Ley 1507 de 2012 prevé unas calidades para ser integrante de la Junta de la ANTV, que se predicen de todos sus miembros, a excepción del ministro de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Si el parágrafo 2.º del artículo 2.º señala que la ANTV no estará sujeta a control jerárquico o de tutela alguno, el parágrafo 1.º del mismo artículo indica que sus actos, contratos, funcionarios, regímenes presupuestal y tributario, sistemas de controles y régimen jurídico aplicable se asimila al de un establecimiento público. Esta remisión al régimen de los

A los componentes estatutarios que vienen de ser mencionados, los cuales le permiten a la doctrina de los Estados Unidos distinguir entre organismos independientes y ejecutivos, se suman otros mecanismos institucionales y procedimientos, no siempre uniformes y comunes para todas las agencias federales¹²⁵. Pese a que no existen reglas fijas en materia de diseño institucional de las agencias —ya que se trata de una denominación genérica en la que caben distintos modelos organizativos—, la doctrina en ese país identifica algunos elementos frecuentes en su arquitectura, recursos y organización interna¹²⁶. En cuanto a los recursos, se tiene por práctica que las agencias independientes dispongan de recursos propios y de asignaciones o partidas presupuestales que emanan directamente del Congreso, órgano frente al cual también son responsables y están llamadas a presentar informes y documentos relacionados con

establecimientos públicos restringe el alcance de las autonomías reconocidas a la ANTV. Por una parte, somete la entidad a controles como el relacionado con la autorización o aprobación del presupuesto anual, de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, y que constituye una de las materias en las que el control administrativo se extiende hasta la autorización de actos específicos (Ley 489 de 1998, art. 105). Del mismo modo, la inclusión de la ANTV en el sector de las tecnologías de las comunicaciones (TIC) implica una coordinación de parte del ministro que se orienta a comprobar y asegurar que las actividades y funciones de las entidades del sector se cumplan en armonía con las políticas gubernamentales. En virtud de la asimilación del régimen jurídico de la ANTV al de un establecimiento público, se reafirma la conclusión, replicable para la Autoridad —excepto en lo relacionado con los controles administrativos—, de que “[...] existe en relación con las entidades descentralizadas por servicios, como lo son los establecimientos públicos, un control de carácter administrativo; fiscal y presupuestal, que busca la coordinación entre las funciones asignadas a estos organismos y las políticas generales de la Administración, por cuanto estos entes no son rueda suelta dentro del aparato estatal. Coordinación que, sin embargo, no puede tener como efecto el desconocimiento de la autonomía del ente para administrarse y manejar su patrimonio [...]”, Corte Suprema de Justicia, sent. de 25 de abril de 1974.

125 DATLAT y REVESZT, “Deconstructing Independent Agencies...”, cit., p. 827.

126 BARKOW, “Insulating Agencies: Avoiding Capture through Institutional Design”, cit., p. 15.

su gestión. El control del Ejecutivo en materia presupuestal es en algunos casos limitado¹²⁷ o reservado a uno indirecto, con ocasión por ejemplo de los trámites de confección de reglas. En efecto, por intermedio de una agencia ejecutiva de gerencia y presupuesto (OMB, por sus siglas en inglés), el Ejecutivo influye y valora el análisis de costos y beneficios que toda agencia, independiente o no, debe presentar cuando las regulaciones que vaya a expedir tengan costos estimados que sobrepasen los cien millones de dólares (*major rules*)¹²⁸. A pesar de que algunas agencias colombianas cuentan con recursos propios, como es el caso de la ANM¹²⁹,

127 El presupuesto del Gobierno federal cubre autoridades de las tres ramas del poder público e información de las empresas promocionadas por el Gobierno (*Government-sponsored enterprises*). Tratándose de las agencias que no están ni en la rama judicial ni en la legislativa, se observa que hay independientes y del Ejecutivo que tienen “Budget bypass authority” o vía libre en esta materia, sea porque someten su presupuesto al Congreso al mismo tiempo que lo presentan a la OMB (encontramos aquí estas agencias: Advisory Council on Historic Preservation, Chemical Safety and Hazard Investigation Board, Commodity Futures Trading Commission, Consumer Product Safety Commission, Federal Election Commission, Federal Retirement Thrift Investment Board, International Trade Commission, Legal Services Corporation, Merit Systems Protection Board, National Transportation Safety Board, Railroad Retirement Board, State Justice Institute, United States Institute of Peace), sea porque el presidente debe explicarle al Congreso el presupuesto que presentó la agencia sin alterarlo (encontramos aquí estas agencias: United States Postal Service, Social Security Administration, Internal Revenue Service Oversight Board, Board of Governors of the Federal Reserve System). Incluso algunas agencias independientes escapan del control por una práctica establecida. Es el caso de la Federal Maritime Commission (FMC) o de la FTC, autoridades que técnicamente no tienen un “statutory bypass”, pero a las que en la práctica se les ha reconocido; ÁNGEL MANUEL MORENO, “Presidential Coordination of the Independent Regulatory Process”, en *Administrative Law Journal of the American University*, vol. 8, 1994, p. 461. No obstante, parece que la tendencia es a reforzar la supervisión del Ejecutivo en esta materia, cambio que estaría motivado por la necesidad de reducir los gastos públicos y la sostenibilidad fiscal.

128 Vid. RICHARD J. PIERCE, “The Regulatory Budget Debate”, en *NYU J. Legis. & Pub. Pol’y*, vol. 19, 2016, p. 249.

129 Además de los aportes de la Nación, esta agencia recibe recursos por concepto de canon superfuero o cualquier otra compensación o contraprestación de origen contractual o de regalías cuando desarrolle por delegación del

y de que todas, a excepción de la Agencia del Inspector de Tributos, tienen un patrimonio propio, es posible encontrar en este punto otra diferencia entre las agencias nacionales y las agencias independientes estadounidenses: nuestras agencias están sometidas a un control presupuestal previo, obligatorio y vinculante de parte del Ejecutivo mediante el Ministerio de Hacienda y el Departamento Nacional de Planeación¹³⁰. Contrario al caso estadounidense¹³¹, los controles administrativos sobre las agencias nacionales persisten y los controles presupuestales aparecen, de cierto modo, equilibrados a favor del Ejecutivo.

El análisis comparativo que hemos expuesto muestra cómo las agencias colombianas no son equiparables, ni en las garantías orgánicas ni en los controles que sobre ellas ejercen los poderes públicos, a las agencias independientes del Gobierno federal de los Estados Unidos, ni constituyen una manifestación del fenómeno en nuestro sistema. La comparación aquí adelantada busca dar ciertas pistas sobre la pretendida independencia y el carácter técnico que tendrían las agencias nacionales, desmintiendo algunas afirmaciones de quienes coordinaron la reforma administrativa del Gobierno

Ministerio de Minas y Energía la función de fiscalización, entre otros (Decr. Ley 4134 de 2011, art. 5.º).

130 Corte Constitucional, Sent. C-220 de 1997.

131 Hay que aclarar que, mientras algunos señalan que los controles están equilibrados a favor del Congreso (FRANK. H. EASTERBROOK, "The State of Madison's Vision of the State: A Public Choice Perspective", en *Harv. L. Rev.*, vol. 107, 1994, pp. 1328 a 1341, o la opinión del juez Scalia en el caso *FCC vs. Fox Television Stations, Inc.* 129 S. Ct. 1800, 1815, 2009: "[Independent agencies] freedom from presidential oversight (and protection) has simply been replaced by increased subservience to congressional direction"), otros estiman que la injerencia del presidente subsiste por otros canales (ERIC A. POSNER, ADRIAN VERMEULE, *The Executive Unbound*, Oxford, Oxford University Press, 2011, "growing evidence suggesting that presidents often manage to assert effective control over the independent agencies"). Señala incluso el trámite presupuestal como un medio de control de las agencias (HORNALU, "Presidential Influence on Independent Commissions: A Case of the FTC Staffing Levels", en *Presidential Stud. Q.*, vol. 28, n.º 51, 1998, p. 51.

nacional en 2011, y luego en 2015, cuando se incorporaron en la organización del orden nacional agencias estatales encaminadas a facilitar la implementación del acuerdo de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Por ejemplo, entre las razones dadas por el Gobierno para modificar la naturaleza de la Agencia Nacional de Hidrocarburos se encuentra la “plena independencia en el sentido de la gestión de sus respectivos campos de actividades [...]” que tienen autoridades que cumplen funciones similares en otros países¹³². Es preciso anotar que esta comparación no busca ni exaltar las bondades de un tipo de autoridad en particular ni abogar por uno de los sistemas estudiados. Se trata de hacer una comprobación con fines académicos: las agencias independientes estadounidenses cuentan con una serie de componentes orgánicos de independencia que están ausentes en la estructura de las agencias nacionales. Conforme a los elementos orgánicos que caracterizan a las agencias independientes en los Estados Unidos, solo los órganos autónomos de creación constitucional pueden ser considerados autoridades administrativas independientes en el derecho colombiano. Precisamente en estos términos nuestro juez constitucional ha afirmado:

La especial autonomía que la Constitución predica del Banco de la República y de su Junta Directiva como autoridad monetaria, crediticia y cambiaria proyecta en nuestra organización constitucional la presencia de las denominadas autoridades independientes que en la doctrina y en la organización de los Estados ha venido enfatizándose bajo la primigenia inspiración de instituciones similares de los Estados Unidos, posteriormen-

132 Agencia Nacional de Hidrocarburos, *Consolidación institucional del sector hidrocarburos, transformación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos*, Bogotá, Agencia Nacional de Hidrocarburos, Estudio Técnico, 2011.

te del Reino Unido y más recientemente del constitucionalismo europeo continental (Francia, España, por ejemplo)¹³³.

Con la aclaración de que en el derecho federal estadounidense no existen agencias independientes de creación constitucional.

B. Agencias nacionales como expresión de la tesis del Ejecutivo unitario

La ausencia de componentes orgánicos que tiendan a asegurar una actuación independiente y el ejercicio pleno de las diversas dimensiones de autonomía reconocidas a las agencias nacionales reafirma la idea de un Ejecutivo unitario. Primero, las agencias creadas o transformadas a partir de la reforma contenida en la Ley 1444 de 2011, se cataloguen como *unidades administrativas especiales* o como *agencias nacionales estatales de naturaleza especial*, son por lo general entidades descentralizadas de la rama ejecutiva del orden nacional. Así mismo, la doctrina nacional entiende las agencias como unidades funcionales de la Administración pública del orden nacional con competencias propias de un ministerio o departamento administrativo, que orgánicamente integran el sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva del orden nacional¹³⁴. En efecto, en algunos de los estudios técnicos que sustentaron la reforma de 2011 se indicó que la naturaleza jurídica de las agencias está fundada en el literal g) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, de manera que estaríamos en presencia de “una tipología especial de entidades públicas, que corresponden a entidades administrativas nacionales con personería jurídica que se creen y organicen, para que formen parte de la rama ejecutiva

133 Corte Constitucional, Sent. C-827 de 2001.

134 GARRIDO, “Las agencias estatales de naturaleza especial en Colombia II”, cit., p. 135.

del poder público”¹³⁵. Sin embargo, no todas las agencias son entidades descentralizadas o encajan en el literal g) del artículo 38, puesto que la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales es una entidad del orden nacional sin personería jurídica, perteneciente al sector central de la rama ejecutiva¹³⁶, mientras que la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) solo forma parte de la Administración pública¹³⁷. Contrario a lo manifestado por los autores de la reforma, más que integrar una categoría distinta y abierta de órganos descentralizados, estamos

135 *Ibid.*, nota 57.

136 Decr. Ley 4173 de 2011, art. 1.º

137 Estaríamos ante un típico evento de mora legislativa, en la medida en que el acto de creación no cumplió con la previsión contenida en el numeral 6 del artículo 50 de la Ley 489 de 1998, en el sentido de indicar “El ministerio o el departamento administrativo al cual estará adscrito o vinculado”. No obstante, esta situación puede catalogarse como una actuación deliberada del legislador, la cual propendía a asegurar una mayor independencia orgánica y funcional de la autoridad administrativa encargada de regular aspectos sensibles de un mercado tan relevante como el del servicio público de televisión. En este sentido, se explica también que el legislador haya pretendido, a pesar de no estipularlo de manera expresa, que la ANTV no integrara la rama ejecutiva del poder público, y por ello no la adscribió o vinculó a un órgano principal de la Administración pública. Con la finalidad de evitar que la ANTV fungiera como una rueda suelta y con el propósito de reforzar el deber de coordinación, se dispuso sin embargo que pertenecería al sector de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones, lo cual garantiza una armonía y respeto mutuo en la ejecución de las correspondientes funciones. Estamos frente a una entidad que, pese a denominarse “autoridad”, tiene la naturaleza de una *agencia nacional estatal de naturaleza especial*, siendo que tal categoría de órganos no existe en el derecho colombiano. Contrario a las otras *agencias estatales de naturaleza especial*, la ANTV no se encuentra en el sector descentralizado de la rama ejecutiva del poder público ni se encuentra adscrita a un órgano principal de la Administración del orden nacional. La ANTV cuenta además con unas garantías estatutarias de independencia que las agencias estatales no tienen. Al estudiar la composición y funciones de las otras “agencias estatales de naturaleza especial” y las de las agencias que se califican de unidad administrativa especial, encontramos que no hay diferencias sustanciales entre ambas estructuras. Pese a que las segundas carecen de “autonomía técnica”, se trata de una dimensión de autonomía que en la práctica, sin un dispositivo orgánico que tienda a aislarlas de las injerencias del Ejecutivo, no tiene un alcance claro.

frente a una denominación genérica carente de un norte conceptual claro.

Las incongruencias alrededor del término *agencia* expresan precisamente una tensión entre un modelo de organización administrativa caracterizado por la clasificación de entidades en razón de las actividades que desarrollan y una denominación genérica, de moda en la jerga jurídica, que hace que converjan modelos organizativos distintos para hacer frente a los fines del Estado¹³⁸. Si en nuestro sistema no sorprende que los presidentes de la República, en su condición de suprema autoridad administrativa, encaucen la organización administrativa nacional¹³⁹ valiéndose de reformas que se insertan en políticas públicas precisas, como son las exigencias de buenas prácticas y mayor autonomía técnica a la que instan organismos como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), lo cierto es que “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”¹⁴⁰.

La integración de los consejos directivos de las agencias por ministros, directores de departamentos administrativos, funcionarios de órganos asesores y representantes del presidente sugiere que la intención del Ejecutivo fue la de crear unidades de trabajo adscritas a organismos principales de la Administración, dotadas de ciertas autonomías, pero bajo las directrices y lineamientos de colegios con vocación sectorial e intersectorial. Así las cosas, el artículo 27

138 MONTAÑA, “La incorporación de agencias...”, cit., p. 32.

139 Conforme al artículo 154 de la Constitución Política, las leyes que determinan la estructura de la Administración nacional deben contar con la iniciativa del Gobierno. *Vid.* Corte Constitucional, Sent. C-031 de 2017.

140 MONTAÑA, “La incorporación de agencias...”, cit., p. 41.

de la Ley 1341 de 2009 señala que la Agencia Nacional del Espectro (ANE) contará con un consejo directivo como instancia máxima para orientar el ejercicio de sus funciones. Este consejo está integrado por el ministro de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones (MinTIC), el viceministro y por el coordinador del fondo de tecnologías de la información y las comunicaciones. Así mismo, forman parte del Consejo Directivo con voz pero sin voto los directores de la ANE y de la Dirección de Comunicaciones del Ministerio. “El Consejo Directivo se reunirá ordinariamente seis (6) veces al año y extraordinariamente cuando lo cite su presidente”. Por su parte, en el considerando del Decreto Ley 4170 de 2011, por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente, se indica “que aun cuando existe la Comisión Intersectorial de Contratación Pública, creada por el Decreto 3620 de 2004 [...], la misma carece de la estructura e institucionalidad y de las herramientas que le permitan suplir las necesidades ya advertidas”. De acuerdo con lo señalado por el artículo 45 de la Ley 489 de 1998, el Gobierno puede crear comisiones intersectoriales para la coordinación y orientación superior de la ejecución de ciertas funciones y servicios públicos, cuando por mandato legal o en razón de sus características estén a cargo de dos o más ministerios, departamentos administrativos o entidades descentralizadas, sin perjuicio de las competencias específicas de cada uno de ellos. La composición de los colegios de las agencias sugiere que el Gobierno estimó ajustado a las buenas prácticas establecer grupos y unidades de trabajo permanentes bajo las orientaciones de comités intersectoriales.

Pero ¿cuáles son las buenas prácticas en materia de organización que se logran con la inclusión de las agencias nacionales? Si la preocupación era la de asegurar una mayor autonomía de la rama ejecutiva del poder público o un peritaje técnico o económico aislado de las injerencias del Ejecutivo, el nuevo arreglo institucional difícilmente per-

mitirá asegurar estos objetivos. La autonomía técnica, único atributo que permite diferenciar en los actos de creación a las agencias que se definen como unidades administrativas especiales de las que han sido denominadas agencias estatales de naturaleza especial, no está definida en los textos de la reforma o en las normas posteriores que introducen estos organismos. Además, en los consejos directivos de los establecimientos públicos, también integrados por agentes del Ejecutivo, se permite la vinculación de particulares y representantes de gremios y otros intereses que, para el caso de las agencias, están excluidos¹⁴¹. De ahí que sea posible cuestionarse si la composición de los consejos directivos de las agencias nacionales modifica en algo los modelos organizativos ya existentes, y de qué manera un simple cambio de denominación puede dar cumplimiento a las exigencias derivadas de las “buenas prácticas”.

Las agencias nacionales realizan principalmente actividades propias de un ministerio o departamento administrativo¹⁴², lo cual parece justificar que varias de estas estructuras se identifiquen como unidades administrativas especiales. Estos desarrollos muestran en realidad una evolución del concepto de unidad administrativa especial, término que parece haber ganado en extensión lo que ha perdido en

141 El artículo 74 de la Ley 489 de 1998 señala: “Los particulares miembros de los consejos directivos o asesores de los establecimientos públicos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos [...]”. La composición de los consejos directivos de los establecimientos públicos se encuentra determinada en cada acto de creación.

142 El análisis realizado por MARÍA CLARA GARRIDO de las funciones de las agencias estatales de naturaleza especial y las que se definen como unidades administrativas especiales muestra que: 1) no hay diferencias relevantes en las funciones que ambos tipos de agencias adelantan; 2) que estas funciones son en su mayoría propias de un ministerio o departamento administrativo; y 3) que algunas agencias adelantan además funciones que antes estaban a cargo de establecimientos públicos (es el caso de la Agencia Nacional de Infraestructura ‘ANI’, que adelanta funciones que antes recaían en el Instituto Nacional de Concesiones ‘INCO’). GARRIDO, “Las agencias estatales de naturaleza especial en Colombia II”, cit., pp. 125 y ss.

densidad. Al momento de su aparición en 1968, la denominación se usó para referirse a las dependencias internas de los ministerios o departamentos administrativos que, por el origen de los recursos empleados o la naturaleza de los programas a cargo, debían escapar al régimen administrativo ordinario¹⁴³. A juicio de la profesora Consuelo Sarria, el concepto de unidad administrativa especial no es claro y por ello se les ha dado ese calificativo a diferentes clases de entidades dentro de la Administración pública sin rigor jurídico¹⁴⁴. A pesar de que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia había precisado el concepto¹⁴⁵, el término se comenzó a utilizar de modo genérico para designar estructuras que ya respondían a otras categorías de órganos de naturaleza pública. Esta distorsión y generalización del término¹⁴⁶ llevó a situarlo dentro de las diferentes catego-

143 El artículo 1.º del Decreto 1050 de 1968 señalaba dentro de los organismos que integran la rama ejecutiva del poder público: “Además, 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 ley 1050 y 3130 de 1968.

144 SARRIA, “¿Las agencias son unidades administrativas especiales?”, cit., p. 245.

145 De acuerdo con los criterios fijados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de 30 de abril de 1981 (exp. 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 de 14 de febrero de 1985 (exp. 1244), la misma Corte Suprema avaló la posibilidad de que el Gobierno nacional pudiera denominar 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 de unidades administrativas especiales en el derecho nacional, hasta el punto de que la Ley 489 de 1998 las incluye en el artículo 38 como una categoría de órganos, pero sin que medie una definición clara de estas estructuras.

146 Se observa la utilización de un término que no tenía contenido jurídico. Es posible afirmar que estas unidades se fueron hipertrofiando porque se les dio

rías 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 público¹⁴⁷, pero sin que medie una definición clara de lo que son.

Así las cosas, el recurso generalizado a denominaciones como *agencia* o *unidad administrativa especial* sugiere que fórmulas organizativas como los establecimientos públicos, concebidos bajo una lógica de descentralización para darle desarrollo a la prestación de servicios públicos¹⁴⁸, serían hoy menos atractivas. La transformación del

ese calificativo a entidades que ya tenían otro, como las superintendencias. Además de los ejemplos mencionados por la profesora SARRIA, las comisiones de Regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios también fueron creadas como unidades administrativas especiales (Ley 142 de 1994, art. 69, para el caso de las comisiones de Regulación), situación que se mantiene para la 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: “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”.

147 De este modo, las unidades administrativas especiales son estructuras que, conforme a lo señalado en el artículo 67 de la misma ley, cuando forman parte del sector central de la rama ejecutiva son creadas por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que les señale, 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 integran el sector descentralizado por servicios las unidades administrativas especiales que, además de la autonomía administrativa y financiera, tienen la personalidad jurídica.

148 Ley 489 de 1998, art. 70: “Los establecimientos públicos son organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del derecho público [...]”. “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 por excelencia. La lógica unitaria de ambos Estados forzaba a una idea amplia de descentralización, que comprendía un ámbito territorial y otro nacional”, MONTAÑA, “La incorporación de agencias...”, cit., p. 38.

Instituto Nacional de Concesiones (INCO) de establecimiento público a Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)¹⁴⁹ se inscribe en esta tendencia, usualmente justificada por una necesidad de modernización y racionalización de las funciones del Estado¹⁵⁰, pero sin que realmente se logren estos objetivos. De ser el prototipo de órgano descentralizado, el establecimiento público cede su lugar a formas organizativas bajo denominaciones genéricas distintas, a veces incongruentes, y que se alejan de nuestro modelo de organización administrativa.

Con la elección del término *agencia*, el Gobierno nacional aparece como promotor de una racionalización de las entidades y organismos del orden nacional que es necesaria, pero que no deja de ser indefinida. Pese a que los textos de cada reforma se acompañan de declaraciones formales, sobre todo en la exposición de motivos y considerandos, acerca de la independencia, flexibilidad y carácter técnico de las nuevas estructuras, el recurso al argumento comparado enseña que tales declaraciones son insuficientes y que la racionalización y la coherencia en la organización administrativa colombiana son más bien una quimera¹⁵¹.

CONSIDERACIONES FINALES

El examen de las garantías orgánicas que tienen las autoridades administrativas que son identificadas como independientes del Ejecutivo federal de los Estados Unidos y la posterior revisión de estos atributos en las agencias nacionales muestran que: 1) no existe un modelo de agencia

149 Decr. Ley 4165 de 2011.

150 GARRIDO, "Las agencias estatales de naturaleza especial en Colombia", cit., pp. 245 y ss.

151 Los procesos de *agencificación* no son exclusivos del caso colombiano, tal como lo denuncia BOTO a propósito del caso español: "La agencia como forma organizativa...", cit., p. 58.

federal independiente, por lo que el diseño institucional de órganos con atributos de independencia es definido de acuerdo con los intereses en juego y la voluntad política de sustraer esos mismos asuntos del control del Ejecutivo estadounidense¹⁵²; 2) más que existir una diferenciación

-
- 152 Si bien se toma como referente las autoridades independientes estadounidenses, esto no quiere decir que las agencias colombianas puedan ser consideradas órganos independientes si el ejercicio se hace tomando otro referente (a menos que en ese otro sistema el término *independencia* tenga un sentido distinto del que aquí se ha dado). Primero, las autoridades independientes que han aparecido en varios países de Europa continental y América Latina se inspiran en las agencias estadounidenses. Pese a no existir un prototipo de agencia independiente, el periodo fijo y la imposibilidad de remoción durante el mandato se consideran garantías necesarias para asegurar la independencia del Ejecutivo. Además, algunos países han atribuido garantías adicionales en el diseño de sus autoridades, que ni siquiera tienen las agencias independientes de los Estados Unidos. Si se hubiera hecho la comparación con el caso francés, la conclusión habría sido que las autoridades independientes francesas gozan de garantías estatutarias, muchas de las cuales están ausentes para el caso de las agencias nacionales. El legislador francés, (adoptando una ley orgánica, la n.º 2017-54 del 20 de enero de 2017, y una ley ordinaria, la n.º 2017-55 del 20 de enero de 2017), estableció un marco general para la categoría de órganos administrativos con garantías de independencia. El marco general, en lo relacionado con la composición y los atributos de las autoridades de regulación, establece las reglas relativas al periodo de los miembros de la autoridad independiente. Entre las características más importantes del mandato se encuentra, antes que todo, su irrevocabilidad, excepto por motivos legítimos. Otro elemento importante se relaciona con el término de duración del mandato, que comprende entre tres a seis años. Según la doctrina francesa, “Hay que anotar que la independencia se encuentra mejor asegurada cuando el término del mandato es largo, sin correspondencia con aquel de la autoridad de nominación y cuando no es renovable, toda vez que esto le permite a la persona designada no tener que complacer a la autoridad de nominación para continuar en su misión”. Algunas disposiciones consagran una composición de los colegios de algunas autoridades independientes que refleja intereses diversos y prevé procesos de nominación plurales con una mayor participación del Congreso. Otras normas establecen un régimen de inhabilidades e incompatibilidades y en materia de deontología, y regulaciones sobre calificaciones para acceder al cargo. Para una presentación general del caso francés, *vid.* HUBERT DELZANGLES, VINCENT DELVAL y SÉBASTIEN MARTIN, “Los componentes de la independencia de las autoridades de regulación francesas en materia de servicios públicos en redes”, en *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC* (Aníbal Zárate,

categoría entre órganos independientes y pertenecientes al Ejecutivo, existe en el derecho estadounidense una amplia gama de autoridades más o menos independientes, en virtud de los atributos orgánicos que les son reconocidos en sus actos de creación; 3) los atributos estatutarios que tienen las agencias estadounidenses que están menos expuestas a las injerencias del Ejecutivo están ausentes en la arquitectura de las agencias nacionales, sea que se determinen como unidades administrativas especiales o como agencias estatales de naturaleza especial; 4) las agencias nacionales son en su mayoría autoridades descentralizadas por servicios del orden nacional que no encuadran ni en las categorías que están consagradas en artículo 38 de la Ley 489 de 1998 ni en ninguna otra categoría de organismos de la Administración; 5) el término *agencia* aparece como una denominación genérica en la que caben distintos modelos organizativos que no siempre pertenecen al sector descentralizado de la rama ejecutiva.

La necesidad de coherencia exige una reforma institucional de mayor calado que vaya más allá del uso de un término que está de moda en la jerga jurídica. ¿Es posible reformar la Administración desde las funciones que realizan los organismos y entidades que la integran, rescatando las categorías vigentes? Las buenas prácticas que se busca incorporar al aparato administrativo parecen exigir referentes más flexibles, que reconozcan la posibilidad de que las autoridades administrativas aseguren funciones de diversa naturaleza. Por el contrario, si el referente para una reforma en materia de organización son los componentes y atributos estatutarios u orgánicos de independencia del

trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017. En este trabajo, el recurso al caso estadounidense para realizar la comparación se justifica por los orígenes del término *agencia* en ese sistema y por la aparición inicial de estructuras con garantías de independencia en la organización federal de los Estados Unidos.

Ejecutivo, es posible encontrar tres grandes categorías de organismos en nuestro modelo: agencias del nivel central, agencias del sector descentralizado por servicios y agencias independientes. En este contexto, las entidades integrarían cada categoría no por sus funciones, sino de acuerdo con los componentes orgánicos de independencia reconocidos en sus actos de creación. Con miras a asegurar una simplificación y uniformidad en la Administración, a cada una de estas categorías correspondería un régimen, controles y procedimientos que regularan, en lo no previsto en los actos de creación de las entidades que las integran, su arquitectura, recursos y sus relaciones funcionales con otras agencias y con las ramas del poder público. Por llamativa que parezca esta fórmula, no escapa a dificultades¹⁵³: ¿qué pasa con autoridades como las comisiones de regulación, que tienen algunos componentes estatutarios de independencia pero carecen de personalidad jurídica o de competencias para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones? Como están diseñados, estos órganos no encajan ni en las agencias del nivel central ni son autoridades independientes. Sea que se opte por una organización fundada en atributos orgánicos—lo que implicaría abandonar las categorías heredadas del derecho continental para acercarnos a un sistema como el estadounidense— o desde las funciones de las autoridades administrativas, el eufemismo del término *agencia* impone una revisión urgente de nuestro modelo organizativo que considere ambos componentes.

153 La Constitución Política contiene varias fórmulas organizativas y reglas de conformación que se refieren a las categorías actuales de órganos. Es posible citar los artículos 115, 206, 211, 189 y 370 constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

Obras generales y especializadas

AMAN JR., ALFRED y WILLIAM MAYTON, *Administrative Law*, 3.^a ed., Saint Paul (MN), West Academic Publishing, 2014.

CHAPUS, RENÉ, *Droit administratif général*, 15.^a ed., t. I, n.º 296, París, Montchrestien, 2001,

DU MARAIS, BERTRAND, *Droit public de la Régulation économique*, París, Dalloz, 2004.

HOOGENBOOM, ARI y OLIVE HOOGENBOOM, *A history of the ICC: from panacea to palliative*, Nueva York, Norton, W. W. & Company, 1976.

LE GRAND, PIERRE, *Le droit comparé*, París, PUF, 1999.

MONTAÑA PLATA, ALBERTO, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

PAREJO, LUCIANO, *Lecciones de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

POSNER, ERIC A. y ADRIAN VERMEULE, *The Executive Unbound*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

RHOR, JOHN A., *How to run a Constitution: The Legitimacy of the Administrative State*, Lawrence, University Press of Kansas, 1986.

Tesis

CALDERÓN CRUZ, GLORIA, *La necesidad de atribuir potestad sancionatoria al órgano regulador del mercado de las comunicaciones en Colombia*, tesis de maestría, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

DELZANGLES, HUBERT, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes* (Loïc Grard, dir.), tesis de doctorado, Burdeos, Université Bordeaux IV, 2008.

GONZÁLEZ, ÉDGAR, *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes* (Milton Montoya, dir.), tesis de doctorado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

MASON, STHÉPHANE, *La notion d'indépendance en droit administratif français*, tesis de doctorado, París, Université Panthéon-Assas, Paris II, 1995.

ZÁRATE, ANÍBAL, *L'indépendance des autorités de concurrence: analyse comparative Colombie, France, États-Unis*, tesis de doctorado, París, Université Panthéon-Assas, Paris II, 2011.

Artículos, capítulos y contribuciones

AHLERS, CHRISTOPHER D., "Presidential Authority over EPA rulemaking under the Clean Air Act", en *Environmental Law*, n.º 44, invierno, 2014.

AUBY, JEAN-BERNARD, "Introduction", en *L'argument de droit comparé en droit administratif français* (Fabrice Melleray, ed.), Bruselas, Bruylant, 2007.

BARKOW, RACHEL E., "Insulating Agencies: Avoiding Capture Through Institutional Design", en *Texas Law Review*, vol. 89, 2010.

BERNARD, PHILLIS E., "Social Security and Medicare Adjudications at HHS: Two Approaches to Administration Justice in an Ever-Expanding Bureaucracy", en *Health-Matrix: Journal of Law-Medicine*, vol. 3, 1993.

BREGER, MARSHALL J. y GRAY J. EDLES, "Established by Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies", en *Administrative Law Review*, vol. 52, 2000.

- BOTO, ALEJANDRA, "La agencia como forma organizativa de optimización de servicios públicos. Pasado, presente y futuro en una España en crisis", en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 13, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- BOYER, R. y Y. SAILLARD, "Théorie de la régulation: l'état des savoirs", en *La Découverte*, 1995.
- COHEN, WILBUR J., "The Development of the Social Security Act of 1935: Reflections some Fifty Years Later", en *Minnesota Law Review*, vol. 68, 1983.
- CUSTOS, DOMINIQUE, "The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies", en *American Journal of Comparative Law*, vol. 54, 2006.
- DATLAT, KIRTI y RICHARD L. REVESZT, "Deconstructing Independent Agencies (and Executive Agencies)", en *Cornell L. Rev.*, vol. 98, 2012-2013.
- DELZANGLES HUBERT; VINCENT DELVAL y SÉBASTIEN MARTIN, "Los componentes de la independencia de las autoridades de regulación francesas en materia de servicios públicos en redes", en *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC* (Aníbal Zárate, trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- EASTERBROOK, FRANK H., "The State of Madison's Vision of the State: A Public Choice Perspective", en *Harv. L. Rev.*, vol. 107, 1994.
- FIORINA, MORRIS P., "Legislative Choice of Regulatory Forms: Legal Process or Administrative Process?", en *Public Choice*, vol. 39, septiembre, 1982.
- FEREJOHN JOHN y CHARLES SHIPAN, "Congressional Influence on Bureaucracy", en *JLEO*, Special Issue: [Papers from the Organization of Political Institutions Conference], vol. 6, abril, 1990.
- FREEMAN, JODY y ADRIAN VERMEULE, "Massachusetts v. EPA: From Politics to Expertise", en *Supreme Court Review*, 2007.

- GARRY, PATRICK M., "Accommodating the Administrative State: The Interrelationship between the Chevron and Non-delegation doctrines", en *Ariz. St. L. J.*, vol. 38, invierno, 2006.
- GARRIDO, MARÍA CLARA, "Las agencias estatales de naturaleza especial en Colombia", en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 17, 2017.
- GARRIDO, MARÍA CLARA, "Las agencias estatales de naturaleza especial en Colombia II", en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 18, 2017.
- GÉRALD, HUBERT, "Peut-on toujours faire droit comparé? Le droit administratif à l'épreuve de la globalisation et du management public", en *L'argument de droit comparé en droit administratif français* (Fabrice Melleray, ed.), Bruselas, Bruylant, 2007.
- HOWELL WILLIAM G. y DAVID E. LEWIS, "Agencies by Presidential Design", en *The Journal of Politics*, vol. 64, n.º 4, 2002.
- JAFFE, LOUIS L., "Invective and Investigation in Administrative Law", en *Harvard Law Review*, vol. 52, 1939.
- LE MESTRE, MARIE-ANGE, "L'argument de droit comparé et les autorités administratives indépendantes", en *L'argument de droit comparé en droit administratif français* (Fabrice Melleray, ed.), Bruselas, Bruylant, 2007.
- LOMBARD, MARTINE, "Introduction", en *Régulation économique et démocratie*, París, Dalloz, 2004.
- LOMBARD, MARTINE, "Institutions de régulation et démocratie politique", en *AJDA*, París, Dalloz, 2005.
- LU, HORNA, "Presidential Influence on Independent Commissions: A Case of the FTC Staffing Levels", en *Presidential Stud. Q.*, vol. 28, n.º 51, 1998.

- MASHAW, JERRY; RICHARD A. L. MERRILL y PETER M. SHANE, *Administrative Law, The American Public System*, 5.^a ed., Saint Paul (MN), Thomson West, American Casebook Series, 2003.
- MCNOLLGAST, "The Political Economy of Law", en *Handbook of Law and Economics* (Mitchell Polinsky y Steven Shavell, eds.), Stanford, Stanford University, vol. 2, chapter 22, 2007.
- MELLERAY, FABRICE, "Les trois âges du droit administratif comparé ou comment l'argument de droit comparé a changé de sens en droit administratif français", en *L'argument de droit comparé en droit administratif français* (Fabrice Melleray, ed.), Bruselas, Bruylant, 2007.
- MELO MARULANDA, JAIME ANDRÉS, "La Agencia Nacional de Hidrocarburos a la luz de la noción de agencia en el derecho comparado", en *Revista de Derecho Público*, n.º 30, Bogotá, Universidad de los Andes, 2013.
- MERRIEN, FRANÇOIS-XAVIER, "La nouvelle gestion publique en action", en *Revue internationale de politique comparée*, vol. 11, n.º 2, Bruselas, De Boek, 2002.
- MICHAELS, JON D., "An enduring, evolving separation of powers", en *Columbia Law Review*, vol. 115, 2015.
- MOCKLE, DANIEL, "La gouvernance publique et le droit", en *Les Cahiers de droit*, vol. 47, n.º 1, Quebec, Université Laval, 2006.
- MODERNE, FRANK, "Étude comparée, les modèles étrangers", en *Les autorités administratives indépendantes, les voies du droit* (Gérard Timsit y Claude Albert Colliard, eds.), París, PUF, 1988.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO, "La incorporación de agencias en la estructura administrativa colombiana del orden nacional. Una confrontación axiológica de dos modelos organizacionales de la Administración pública", en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 13, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

- MORENO, ÁNGEL MANUEL, "Presidential Coordination of the Independent Regulatory Process", en *Administrative Law Journal of the American University*, vol. 8, 1994.
- PAULIAT, HÉLÈNE, "Réfléchir aux agences, c'est réfléchir à l'organisation de l'État", en *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités Territoriales*, n.º 37, Paris, Lexis-Nexis, 2012.
- PIERCE, RICHARD J., "Saving the Unitary Executive Theory from Those Who Would Distort and Abuse it: A Review of the Unitary Executive by Steven G. Calabresi and Christopher S. Yoo", en *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 12, 2010.
- PIERCE, RICHARD J., "The Regulatory Budget Debate", en *NYU J. Legis. & Pub. Pol'y*, vol. 19, 2016.
- PONTHOREAU, MARIE-CLAIRE, "Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public", en *AJDA*, 2006.
- ROSENBLUM, DAVID R., "Framing a Lasting Congressional Response to the Administrative State", en *Administrative Law Review*, vol. 50, 1998.
- SANDERS, JENNINGS B., *Evolution of Executive Departments of the Continental Congress*, Chapel Hill (NC), The University of North Carolina Press, 1935.
- SARRIA, CONSUELO, "¿Las agencias son unidades administrativas especiales?", en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 13, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- SKOWRENEK, STEPHEN, *Building a New American State: The Expansion of National Administrative Capacities: 1877-1920*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.
- STEPHENSON, MATTHEW, "Optimal Political Control of Bureaucracy", en *Mich. L. Rev.*, n.º 107, Michigan, University of Michigan, 2008.

STRAUSS, PETER, "The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch", en *Columbia Law Review*, vol. 84, 1984.

WALKER, CHRISTOPHER J., "Restoring Congress's Role in the Modern Administrative State", en *Mich. L. Rev.*, vol. 116, 2018.

WINERMAN, MARC, "The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control and Competition", en *ALJ*, vol. 71, 2003.

ZOLLER, ELIZABETH, "Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie", en *Régulation économique et démocratie*, París, Dalloz, 2004.

Documentos de interés

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), *Las otras caras de la gobernanza pública*, Publicaciones OCDE, 2002.

Conseil d'État français, *Les agences: une nouvelle gestion publique?*, París, Publications du Conseil d'État, 2012.

Jurisprudencia nacional

Corte Constitucional, Sentencia C-031 de 25 de enero de 2017.

Corte Constitucional, Sentencia C-580 de 28 de agosto de 2013.

Corte Constitucional, Sentencia C-351 de 20 de abril de 2004.

Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 25 de febrero de 2003.

Corte Constitucional, Sentencia C-827 de 8 de agosto de 2001.

Corte Constitucional, Sentencia C-220 de 29 de abril de 1997.

Corte Constitucional, Sentencia C-341 de 5 de agosto de 1996.

Corte Constitucional, Sentencia C-050 de 10 de febrero de 1994.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2010, exp. 36054.

Jurisprudencia estadounidense

FCC vs. Fox Television Stations, Inc. 129 S. Ct. 1800, 1815, (2009).

Franklin vs. Massachusetts, 505 U. S. 788, 112 S. Ct. 2767, 120 L. Ed. 2d 636 (1992).

Humphrey's Executor vs. United States 295 U. S. 602, 55 S. Ct. 869, 79 L. Ed. 1611 (1935).

INS vs. Cadha, 462 U. S. 919, 944, (1983).

Schechter Poultry Corp. vs. United States, 295 U. S. 495 (1935).

Wabash, St. Louis & Pacific Railway Company vs. Illinois, 118 U. S. 557 (1886).

Clark vs. Library of Congress, 750 F.2d 89 (D. C. Cir. 1984).

Gates vs. Schlesinger, 366 F. Supp. 797 (D. D. C. 1973).

Government Nat. Mortg. Ass'n vs. Terry, 608 F.2d 614, 51 A. L. R. Fed. 863 (5th Cir. 1979).

Kam Koon Wan vs. E. E. Black, Limited, 75 F. Supp. 553 (Terr. Haw. 1948).

Koden vs. U. S. Dept. of Justice, 564 F. 2d 228 (7th Cir. 1977).

Public Citizen Health Research Group vs. Department of Health, Ed., and Welfare, 449 F. Supp. 937 (D. D. C. 1978).

Washington Research Project, Inc. vs. Department of Health, Ed. and Welfare, 504 F.2d 238 (D. C. Cir. 1974).