

CONTRATOS PÚBLICOS: PROBLEMAS, PERSPECTIVAS Y PROSPECTIVAS

ALBERTO

MONTAÑA PLATA

JORGE IVÁN

RINCÓN CÓRDOBA

(EDITORES)

**CONTRATOS PÚBLICOS:
PROBLEMAS, PERSPECTIVAS
Y PROSPECTIVAS**

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Contratos públicos : problemas, perspectivas y prospectivas / Aída Patricia Hernández Silva [y otros] ; Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba (editores). - Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. 918 páginas; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587727791

1. Contratos públicos -- Aspectos jurídicos -- Colombia 2. Contratos administrativos -- Colombia 3. Responsabilidad administrativa -- Colombia 4. Funcionarios públicos -- Colombia 5. Colombia -- Administración pública I. Montaña Plata, Efraín Alberto, editor II. Rincón Córdoba, Jorge Iván, editor III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

344

SCDD 15

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

Agosto de 2017

ISBN 978-958-772-779-1

© 2017, ALBERTO MONTAÑA PLATA Y JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA (EDS.)

© 2017, 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: agosto de 2017

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Marco Robayo

Impresión y encuadernación: Digiprint Editores S.A.S.

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.

AÍDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA	JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA
ALBERTO MONTAÑA PLATA	JORGE SANTOS RODRÍGUEZ
ALEJANDRO VERGARA BLANCO	JOSÉ LUIS BENAVIDES
EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN	JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ
ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ	JULIÁN PIMIENTO ECHEVERRI
GERMÁN LOZANO VILLEGAS	MARTIN TRYBUS
HÉCTOR SANTAELLA QUINTERO	MÓNICA IBAGÓN IBAGÓN
IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE	MÓNICA SAFAR DÍAZ
JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA	SANDRA VERANO HENAO
JOAQUÍN TORNOS MAS	STÉPHANE BRACONNIER
WILLIAM BARRERA MUÑOZ	

CONTENIDO

Presentación: Los contratos administrativos como instrumentos de materialización de competencias	13
<i>Jorge Iván Rincón Córdoba</i>	

PRIMERA PARTE

PROBLEMAS ACTUALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA MATERIALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL OBRAR ADMINISTRATIVO

A. LA ADECUADA PLANEACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Autoridades independientes y ordenación de la contratación administrativa	19
<i>Alejandro Vergara Blanco</i>	
La planeación y validez del contrato estatal	63
<i>Juan Carlos Expósito Vélez</i>	
Licenciamiento y contratación estatal	113
<i>Julián A. Pimiento Echeverri</i>	
La financiación de contratos públicos: el modelo innovador de asociaciones público-privadas en Colombia	159
<i>Mónica Liliana Ibagón Ibagón</i>	

B. OBJETIVIDAD, TRANSPARENCIA, SEGURIDAD JURÍDICA Y RESPONSABILIDAD EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN

Modalidades de selección y ventajas del mercado	205
<i>Mónica Sofía Safar Díaz</i>	
Los derechos y los deberes de los oferentes en el proceso de selección	241
<i>Édgar González López</i>	
Seguridad jurídica en la responsabilidad disciplinaria y fiscal por violación de principios en la contratación estatal	285
<i>Iván Darío Gómez Lee</i>	
La contratación estatal como instrumento contra la corrupción: balance y perspectiva	311
<i>Germán Lozano Villegas</i>	

SEGUNDA PARTE

EL DESARROLLO DEL OBJETO CONTRACTUAL: DERECHOS
DE LOS CONTRATISTAS Y EJERCICIO DE PRERROGATIVAS DE PODER

A. LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL

Distribución de riesgos en los contratos estatales <i>Joaquín Tornos Mas</i>	359
Los poderes unilaterales de la Administración en los contratos públicos <i>Stéphane Braconnier</i>	401
Contratación y enriquecimiento sin justa causa <i>Aída Patricia Hernández Silva</i>	423
Potestad sancionadora de la Administración en materia de contratación estatal <i>Jaime Orlando Santofimio Gamboa</i>	467
La distribución de los riesgos en el contrato estatal y el principio del equilibrio financiero <i>Sandra Patricia Véron Henao</i>	551

B. LA REDEFINICIÓN DE LAS TIPOLOGÍAS CONTRACTUALES

La interventoría y supervisión: los presupuestos en los que se desarrolla la función administrativa de vigilancia de la ejecución contractual <i>Jorge Iván Rincón Córdoba</i>	593
Caracterización del contrato de concesión de servicio público en Colombia a partir de la revisión de su génesis y evolución histórica <i>Alberto Montaña Plata</i>	641
Las asociaciones público-privadas de iniciativa privada y el cambio en la lógica contractual tradicional <i>Jorge Enrique Santos Rodríguez</i>	665

TERCERA PARTE

PROSPECTIVAS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Contractualización del derecho administrativo <i>Eberhard Schmidt-Assmann</i>	717
El Derecho de la Unión Europea y la contratación pública <i>Martin Trybus</i>	743

El doble nivel, vinculante y no vinculante, de la reglamentación en la contratación pública en Colombia <i>Héctor Santaella Quintero</i>	783
Influencia internacional en la contratación estatal <i>José Luis Benavides</i>	823
¿Responsabilidad derivada exclusivamente del incumplimiento? <i>William Barrera Muñoz</i>	873
LOS AUTORES	911

PRESENTACIÓN
LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
COMO INSTRUMENTOS DE MATERIALIZACIÓN
DE COMPETENCIAS

A menudo se justifica el ejercicio de competencias administrativas y prerrogativas de poder en el concepto de interés general como el objetivo de todos los poderes públicos y en especial de la Administración. A su vez, esta finalidad se consigue cuando el Estado se convierte en un proveedor de bienes y servicios que se consideran vitales para la colectividad, sin que importe que se encargue del adelanto de esta actividad convirtiéndose en operador directo o por medio de fórmulas indirectas en las que se necesita la colaboración de los particulares. El libro que el lector tiene en sus manos se ubica en el segundo escenario, pues los contratos administrativos son una de las herramientas más importantes para que se logren los cometidos estatales sin que el Estado tenga que poner en funcionamiento un aparato organizacional con todo lo que esto conlleva, pues mediante ellos se aúnan esfuerzos con los asociados gracias a fórmulas negociales que permiten lograr los mismos resultados.

Lo anterior es razón más que suficiente para que las Jornadas de Derecho Administrativo de 2017 graviten sobre la contratación estatal. De hecho, varias razones justifican esta elección: 1. Desde hace varios años el Departamento de Derecho Administrativo no se ha ocupado de esta temática, por lo que se hace necesario ahondar en ella para constatar los cambios normativos, doctrinales y jurisprudenciales que se han presentado en una materia poco estática; 2. Es cierto que sobre la contratación del Estado existen varias publicaciones, pero se quiere ofrecer al público un libro con altos estándares de calidad, con capítulos avalados por pares externos a la Universidad y que sea un producto de cohesión de la labor que adelantan los docentes que imparten clases en los diferentes programas de posgrados de la Facultad de Derecho, y 3. Se busca una lectura novedosa de temas tradicionales y nuevos, así como ofrecer un libro de texto que sirva de referente en la materia y como insumo de nuevas investigaciones.

La labor que se plantea no es sencilla, pues implica indiscutiblemente la revisión y relectura de aspectos tanto dogmáticos como pragmáticos de la contratación estatal, así como ofrecer una visión de conjunto, que, si bien es cierto no agota todo lo que debe decirse sobre esta particular herramienta

del Estado, sí engloba aquello que se considera más relevante. Con este entendido, el libro se divide en tres grandes partes. La primera se refiere a la materialización de los principios que rigen el obrar del Estado, ocupándose en primer lugar de aquellos cuya aplicación se concreta en el deber de planificar adecuadamente la actividad contractual. Este aspecto se aborda desde ópticas novedosas, no solo mediante la conceptualización de este deber, sino a través del análisis de autoridades independientes que ahora realizan una labor de regulación mediante la fijación de pautas que viabilizan la llamada selección objetiva aprovechando las mejores ventajas del mercado. Dentro de esta lógica también se inserta la necesidad de determinar nuevas formas de financiación en las que se contempla una activa participación del sector privado. Finalmente, se incluye un estudio sobre la actividad de licenciamiento, en el entendido de que en muchas oportunidades la ejecución contractual depende de la obtención de autorizaciones para realizar obras o adelantar una determinada explotación económica.

Como materialización de los principios, no podía obviarse un estudio de los procesos de selección como tema clásico de la contratación estatal; sin embargo, en esta obra se hace una lectura renovada por medio de un acercamiento utilizando el llamado análisis económico del derecho y relacionándolo con la necesidad de que la Administración, además de cumplir la legalidad, aproveche las ventajas que ofrece el mercado. Es obvio que para realizar un análisis completo se requiere adentrarse en el estudio de los dos extremos de la relación contractual, los cuales desde una lógica de contraprestaciones mutuas están sometidos a un conjunto de derechos y deberes que deben ser respetados en la llamada fase precontractual. Adicionalmente, la transparencia y la moralidad administrativa se ven reflejadas en los dos capítulos que se refieren a la necesidad de aplicar reglas que eviten o combatan el fenómeno de la corrupción, así como a la necesidad de relacionar los dispositivos de responsabilidad disciplinaria y fiscal con el obrar de aquellos servidores públicos que participan en la actividad comercial del Estado.

La segunda parte del libro se ocupa de la dialéctica entre derechos de los contratistas y ejercicio de prerrogativas de poder por parte de la Administración. Como puede observarse, se ubica en la fase de ejecución contractual, por lo que la discusión debe comenzar analizando cuáles son las aleas normales de la actividad del contratista, así como la necesidad de distribuir riesgos de manera tal que se respete el principio de equilibrio financiero del contrato. Dentro de esta lógica no es extraño que se trate el ejercicio de

potestades exorbitantes, en el entendido de que la Administración por regla general puede imponer su voluntad e incluso ejecutarla, posibilidad que es extraña al relacionamiento que se presenta entre particulares. Dentro de las exorbitancias, en el caso colombiano, es inevitable analizar el *ius puniendi* del Estado, como quiera que la caducidad ha sido calificada por la jurisprudencia como una sanción administrativa, calificativo que conlleva que, además de la unilateralidad, se requiere de un análisis diferenciado que habilite garantías que obligan al Estado cuando va a imponer un castigo (tipicidad, culpabilidad, *non bis in idem*, etc.)

Parte de la ejecución pasa necesariamente por el estudio de las llamadas tipologías contractuales. En esta obra se decidió analizar algunos contratos típicos, es decir, aquellos que tradicionalmente se han considerado propios del derecho administrativo y que por lo tanto están definidos en sus aspectos esenciales en la Ley 80 de 1993. Por consiguiente, se escogieron tres figuras: la interventoría y/o supervisión, la concesión de servicio público y las llamadas asociaciones público-privadas. Respecto de la interventoría, se resalta la necesidad de enmarcar este negocio jurídico en la actividad de control administrativo y en reconocer que se está ante un fenómeno de atribución de función administrativa a un particular. En el caso de la concesión, resulta relevante observar el cambio en su caracterización teniendo en cuenta que surgió en un momento histórico en el que el servicio público se consideraba de titularidad exclusiva del Estado y, por tanto, se permitía a los privados una prestación indirecta a través de un “título habilitante”. Es claro que esta construcción debe reevaluarse o revisarse si se tiene en cuenta un nuevo modelo en el que las actividades de servicio público se someten a una lógica de liberalización. Lo anterior conduce al análisis de un nuevo esquema contractual, las llamadas asociaciones público-privadas, pero poniendo énfasis en aquellos casos en los que la iniciativa no viene del sector público, sino de los particulares.

La tercera y última parte se denomina “Prospectivas de la contratación estatal”, no solo porque agrupa problemas que deben ser tenidos en cuenta con una visión de futuro, sino porque también constituyen análisis novedosos o no convencionales. Con base en esta óptica, se invierte el estudio hasta ahora realizado y se analizan como actividades en las que se hablaba de unilateralidad de la Administración Pública, que se han comenzado a “contractualizar” al incorporarse lógicas de negociación. De igual manera, se reflexiona sobre la imposibilidad de pensar que los negocios jurídicos del Estado se pueden

seguir viendo como un fenómeno propio de cada país, pues en una lógica de globalización resulta apenas obvio que lo nacional se condiciona por los llamados procesos de regionalización (el caso de la Unión Europea) o por las influencias del derecho internacional. No con menor trascendencia, se realiza la pregunta de si la responsabilidad debe derivarse exclusivamente del incumplimiento o si es posible derivarla de actos administrativos, de supuestos de declaratoria de nulidad, etc.

Ya explicada la estructura del libro, solamente resta señalar que esta obra de investigación fue posible gracias al apoyo del rector Juan Carlos Henao y del director del Departamento de Derecho Administrativo, quienes confiaron en mí para la organización no solo de las Jornadas, sino de la edición de la obra que hoy se publica; al consejo y aportes de los profesores Andrés Fernando Ospina Garzón, Julián Andrés Pimiento y Jorge Santos Rodríguez; al equipo de docentes que contribuyeron de manera oportuna a entregar los capítulos que conforman este trabajo; a los ocho árbitros nacionales y extranjeros que cumplieron con suficiencia y rigurosidad científica la tarea de ser pares académicos; a la valiosa colaboración de la Editorial de la Universidad Externado de Colombia dirigida por el doctor Jorge Enrique Sánchez; a la difícil y valiosa labor de coordinación adelantada por Janeth Castañeda y Sindy Beltrán; y a la asistencia incansable prestada por Maribel Sánchez. A todos agradezco infinitamente su acompañamiento y el hacer más amena y sencilla la labor encomendada.

Jorge Iván Rincón Córdoba

Bogotá, 24 de julio de 2017

PRIMERA PARTE
PROBLEMAS ACTUALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA:
LA MATERIALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS
DEL OBRAR ADMINISTRATIVO

A. LA ADECUADA PLANEACIÓN
DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

*Autoridades independientes y ordenación
de la contratación administrativa*

SUMARIO

Introducción. ¿Una autoridad administrativa independiente para la ordenación de la contratación administrativa?; I. Finalidad e importancia de las autoridades administrativas independientes; 1. Legitimidad democrática, naturaleza y relevancia de una autoridad administrativa independiente; 2. Distinción entre funciones de gobierno y administración, y necesidad de autonomía de las autoridades administrativas independientes; 3. Legitimidad democrática y discusión doctrinaria sobre las autoridades administrativas independientes; 4. Elementos básicos de una autoridad administrativa independiente: autonomía (orgánica y funcional) y racionalidad técnica. Control de sus actuaciones; 5. Autoridades administrativas independientes dentro de la institucionalidad chilena. Verdaderas y falsas autonomías. Discusión doctrinaria recién se inicia; II. Sistema de compras públicas. En particular, de la dirección de compras y contratación pública como órgano de coordinación; 1. Bases jurídicas de la contratación administrativa; 2. Bases jurídicas de los contratos administrativos; 3. La Dirección de Compras y Contratación Pública: naturaleza y conformación; 4. ¿Por qué transformar a la DCCP en una AAI?; Conclusiones.

INTRODUCCIÓN. ¿UNA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA INDEPENDIENTE PARA LA ORDENACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA?

A propósito de los usuales e incesantes cambios legislativos en la organización administrativa en varios sectores, y de anteproyectos y proyectos de ley al respecto, se ha renovado la discusión sobre la necesidad de crear autoridades administrativas independientes (AAI), autónomas respecto del Gobierno, en un país presidencialista y de alta centralización administrativa, como es Chile.

Cabe preguntarse, entonces, sobre la posibilidad de considerar la creación de una autoridad administrativa independiente (en adelante, indistintamente, AAI) para el sector económico de la contratación pública, o de la transformación del órgano actual en una autoridad de esa naturaleza.

La Ley 19.886 de 2003 (LBCA) introdujo una nueva institucionalidad en materia de contratación pública o administrativa, lo que se tradujo en la creación de dos órganos: el Tribunal de la Contratación Pública (en adelante, TCP, regulado en el Capítulo V de la LBCA) y la Dirección de Compras y Contratación Pública (en adelante, DCCP, regulada en el Capítulo VI de la LBCA).

La DCCP, que más abajo describo con mayor detalle, administra –pero con carácter general, pues no ejecuta directamente la contratación– el sistema de información de compras y contratación públicas y de otros medios de compra y contratación electrónica de las entidades, el cual viene compuesto por *software*, *hardware* e infraestructura electrónica, de comunicaciones y soporte que permite efectuar los procesos de compra¹. Para todo lo anterior, la ley le otorga a la DCCP ciertas características institucionales y atribuciones.

En este contexto, la DCCP, como parte de la institucionalidad del sistema de compras públicas, cumple un rol relevante en el buen desarrollo y funcionamiento de la contratación administrativa en Chile. Pero la DCCP no es un órgano autónomo. No es ni se asemeja a una AAI.

De ahí que, en primer lugar, nos preguntamos en este trabajo por la finalidad e importancia de las AAI (*infra I*) y, luego de analizar las bases jurídicas de la contratación administrativa y de las características institucionales de la DCCP, nos preguntamos por la necesidad y posibilidad de crear una AAI para la contratación pública, o de la transformación del órgano actual en una autoridad de esa naturaleza (*infra II*).

I. FINALIDAD E IMPORTANCIA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES

I. LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA, NATURALEZA Y RELEVANCIA DE UNA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA INDEPENDIENTE

En las democracias modernas, y como un modo de reforzar la legitimidad democrática de ejercicio², se han implantado las AAI, en especial desde el siglo XIX en Estados Unidos, luego en el Reino Unido y desde la década de los ochenta en Francia, luego Italia y España. Ese modelo no se implantó en Chile, ni con esa amplitud ni con esa generalidad, pues solo existen al-

1 Art. 2, apartado 29, Decreto 250, que aprueba el Reglamento de la Ley 19.886 de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (en adelante, RLBCA).

2 Véase la distinción entre legitimidad democrática de origen y de ejercicio en ROSANVALLON, PIERRE. *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Éditions du Seuil, París, 2008, pp. 33 ss., y la aplicación de esta distinción, en uno de los desarrollos más logrados sobre el fenómeno de las AAI en las democracias modernas, las que forman parte precisamente de la legitimidad democrática de ejercicio, por su carácter imparcial.

gunos ejemplos, pero no un fenómeno con la relevancia que se observa en esos países³.

Este fenómeno de las AAI dice relación con la necesidad de contar con órganos administrativos autónomos o independientes, en sectores clave de la organización o institucionalidad administrativa económica, cuya característica esencial sea, por una parte, la especialización y racionalidad técnica de sus decisiones y, por otra, su autonomía respecto de los gobiernos de turno.

El modo en que las democracias modernas han incorporado la racionalidad técnica en las decisiones relevantes es mediante la creación de autoridades administrativas independientes (llamadas de diversos modos, según los países), que son autónomas del Gobierno (*independent agencies*, en Estados Unidos; *quangos, quasi autonomous non governmental organisations*, en el Reino Unido; *autorités administratives indépendantes*, en Francia; *autorità amministrative indipendenti*, en Italia; en fin, *autoridades independientes*, en España). Su legitimidad democrática está fuera de toda duda (son creadas por la ley, colegiadas, con sistemas de designación diversos, algunos similares a los bancos centrales, buscando alejarse de una decisión puramente política; en Chile tenemos varios modelos). Es la autonomía, tanto de origen como de decisión, la que se constituye en un remedio a la intromisión de los gobiernos de turno en las decisiones técnicas.

El objetivo principal de estas autoridades independientes es determinar algunos estándares técnicos y dirigir procedimientos en su materia; o sea, tareas eminentemente técnicas, no políticas. Sin embargo, al depender de los ministerios respectivos, y de ahí del presidente de la república, estos órganos siempre se encontrarán subordinados a los criterios políticos imperantes en el Gobierno de turno, ajenos a veces a toda consideración técnica de eficacia, eficiencia u otros estándares, en el momento de ejercer sus atribuciones, lo cual no es conveniente en un órgano llamado a ejercer potestades tan sensibles en la sociedad y en el crecimiento económico. La creación de unas AAI autónomas del Gobierno requiere, no obstante, harta generosidad democrática, lo que no es usual en los representantes políticos, que militan tan

3 Según desarrollo más adelante, son pocos los ejemplos que se asemejan a AAI en Chile: la Contraloría General de la República (CGR), creada en 1927, el Banco Central (1989), el Consejo Nacional de Televisión (1989), el Ministerio Público (1997) y el Consejo para la Transparencia (2008). El resto de los organismos a los que se les da una cierta autonomía no cumplen con la naturaleza e independencia de las AAI.

fuertemente en búsqueda del poder, el que, una vez obtenido, usualmente no desean compartirlo.

2. DISTINCIÓN ENTRE FUNCIONES DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN, Y NECESIDAD DE AUTONOMÍA DE LAS AAI

En el análisis del tema de las AAI cabe distinguir las dos labores que realiza el Poder Ejecutivo: por una parte, el Gobierno de la Nación (unido a la actividad política-legislativa y a la retención del poder) y, por otra, la labor de Administración (relacionada con los servicios públicos, la ordenación de la actividad de los particulares y el fomento de la economía). El Poder Ejecutivo, con el presidente de la república a la cabeza, tiene ambas tareas a la vez: gobernar y administrar (art. 24 inc. 1.º de la Constitución); ambas están confundidas tanto en la regulación (constitucional y legal) como en la *praxis*, dado que suele realizarlas una misma autoridad. Pero ambas tareas (gobernar y administrar) son distintas y cabe distinguirlas.

En la práctica tienden a confundirse pensando que algunos órganos administrativos especializados de diversos sectores relevantes serían órganos puramente técnicos, cuyas decisiones son siempre tomadas con racionalidad técnica y sin conexión alguna con las estrategias propias de gobierno, pues eso es irreal. Salvo algunos casos en que está asegurada la autonomía (y que menciono adelante), las decisiones de diversos órganos administrativos, en sectores clave de la vida social, están vinculadas con decisiones de política estricta, esto es, con el interés de retención del poder por los gobernantes de turno; es que la casi totalidad de los órganos administrativos son a la vez órganos de gobierno, con una independencia técnica bien limitada del poder político, pues sus decisiones siempre dependen del Gobierno de turno, por mucho que se las desee revestir de tecnicidad.

Racionalidad técnica (para ello, alta especialización) y autonomía, entonces, son las características de que carecen la gran mayoría de los órganos administrativos que cada día deciden aspectos relevantes para la sociedad.

Para evitar esa falta de racionalidad técnica y autonomía, se crean las agencias o autoridades administrativas independientes (que son órganos administrativos y no de gobierno), creados para materias de alta relevancia social. Pero la característica esencial de las AAI es la autonomía respecto del Gobierno, esto es, del presidente de la república (dedicado a labores de

política estricta), en la ordenación, regulación y toma de decisiones y destinos en materias que la sociedad entiende relevantes, en especial cuando es necesario tomar decisiones de alta racionalidad técnica; es el caso de los bancos centrales. Por cierto estos órganos están sujetos a la ley (que fija el Poder Legislativo) y sus decisiones están sujetas a control jurisdiccional. Su autonomía es respecto del Gobierno (presidente, sus ministros y demás instancias de Gobierno).

La independencia del poder central es el único modo en que se impide que los gobiernos de turno rompan la racionalidad técnica que debe primar en la ordenación administrativa de estos órganos autónomos o independientes, inmunes a la corrosión que a veces producen los criterios puramente políticos; pues este es legítimo en las decisiones gubernativas y legislativas, pero no en todas las decisiones administrativas de las sociedades modernas y tecnificadas.

Para eso hay que cambiar la institucionalidad, y cabe crear *autoridades administrativas independientes* autónomas en cuanto a su origen y decisión; tecnificadas y especializadas; dotarlas de una dirección colegiada, y siempre sujetas a un control jurisdiccional, también especializado.

En áreas muy técnicas, en que las consideraciones políticas suelen ser cambiantes y supeditadas al gobierno de turno, una *real autonomía* de los órganos administrativos constituye una garantía de certeza para los ciudadanos que se desenvuelven en los sectores en que las decisiones de esos órganos inciden, pues mientras más alejada esté la decisión de la militancia o coyunturas políticas, la sociedad se formará la convicción de que decidirán siempre conforme a criterios o estándares técnicos y económicos racionales.

El objetivo principal de estas AAI es determinar algunos estándares técnicos y dirigir procedimientos en su materia; o sea, tareas eminentemente técnicas, no políticas. De ahí la relevancia, en este tema, de separar las funciones de gobierno de las propiamente administrativas, ya que el radio de acción de las AAI se produce en el orden administrativo.

3. LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y DISCUSIÓN DOCTRINARIA SOBRE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES

a. *Legitimidad democrática y laxitud del derecho de las AAI.* Para algunos sectores doctrinarios, las autoridades administrativas independientes presentan

graves problemas de legitimidad democrática. Sin embargo, su consagración dentro de las democracias liberales es, hoy en día, un hecho incontrovertible⁴.

En este sentido, su legitimidad democrática está fuera de toda duda (son creadas por la ley, colegiadas, con sistemas de designación diversos, algunos similares a los bancos centrales, buscando alejarse de una decisión puramente política; en nuestro país tenemos varios modelos). Es la autonomía, tanto de origen como de decisión, la que se constituye en un remedio a la intromisión de los gobiernos de turno en las decisiones técnicas.

Para algunos es de cierto modo problemático crear estructuras al margen de las potestades de dirección de los poderes constituidos, lo que se considera cuestionable desde el punto de vista democrático⁵.

Además, desde el punto de vista teórico se ha visto este fenómeno de las AAI como una manifestación de la evolución de los sistemas jurídicos hacia un sistema (legal) más laxo, propio de las transformaciones del derecho y del Estado en la posmodernidad. Lo que es observable en las potestades regulatorias que suelen otorgarse a las AAI, que son novedosas para los sistemas hiperlegalistas⁶.

b. *Discusión doctrinaria.* Este conjunto de organizaciones ha adquirido una gran importancia. Pueden catalogarse como un fenómeno dentro del Derecho Administrativo y su importancia viene a surgir por la mayor creación de estos organismos que se comienza a producir a mediados del siglo XIX, y se desarrolla paralela y dependientemente de la mayor o menor intervención de la administración central.

La gran finalidad que subyace tras la creación de AAI es la neutralización de lo político. La idea de las autoridades administrativas independientes, si bien se ha plasmado recientemente, tiene un origen antiguo, en particular en el pensamiento de Carl Schmitt, quien vio en la neutralidad propia de las AAI un contrapeso al sistema de partidos⁷.

Con relación a las AAI existe una amplia discusión y bibliografía, en especial en aquellos países en que han tenido mayor incorporación a sus estructuras administrativas, lo que cabe mencionar aquí solamente a título

4 Véase el desarrollo de ROSANVALLON, PIERRE. *La légitimité démocratique*, cit.

5 SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Principios de Derecho Administrativo general*, vol. 1, Iustel, Madrid, 2004, p. 732.

6 Ver, al respecto: CHEVALLIER, JACQUES. *L'État post-moderne*, LGDJ, París, 2004, en especial pp. 74-77 y 124.

7 Véase, al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. 1, 16.ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2013, p. 463.

ejemplar (pues no es el objetivo de este trabajo estudiar completamente ese panorama comparado); así, en Estados Unidos⁸, en Reino Unido, Francia⁹, Italia¹⁰ o España¹¹.

4. ELEMENTOS BÁSICOS DE UNA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA INDEPENDIENTE: AUTONOMÍA (ORGÁNICA Y FUNCIONAL) Y RACIONALIDAD TÉCNICA. CONTROL DE SUS ACTUACIONES

En áreas muy técnicas, en que las consideraciones políticas suelen ser cambiantes y supeditadas al gobierno de turno, tanto una real autonomía como

-
- 8 Véase, últimamente, un panorama para Estados Unidos en BREGER, M. y EDLES, G. *Independent Agencies in the United States: Law, Structure, and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- 9 Puede verse en Francia: COLLIARD, CLAUDE-ALBERT y TIMSIT, GÉRARD (dirs.). *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, Les voies du droit, París, 1988; GENTOT, MICHEL. *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, París, 1994; Conseil d'État. *Études & Documents*, n.º 52: *Rapport public 2001. Les autorités administratives indépendantes*, La documentation Française, París, 2001; Chérot, Jean-Yves. *Droit public économique*, Economica, París, 2007: autoridades independientes de marché: pp. 315 ss.; y MARCOU, GÉRARD y MASING, JOHANNES. *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Societé de Législation Comparé, París, 2011. La mayor novedad en Francia es la reciente ley de unificación de las AAI (loi 2017-55, du 20 janvier 2017, portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes).
- 10 Para Italia, véase: MERUSI, FABIO y PASSARO, MICHELE. *Le autorità indipendenti. Un potere senza partito*, Il Mulino, Bolonia, 2003; CLARICH, MARCELLO. *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bolonia, 2005; y NICODEMO, SILVIA. *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Cedam, Milan, 2002.
- 11 Puede verse la discusión en España en POMED SÁNCHEZ, LUIS ALBERTO. “Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes”, *Revista de Administración Pública*, n.º 132, 1993, pp. 117 ss.; DESDENTADO DAROCA, EVA. *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 133-155; MAGIDE HERRERO, MARIANO. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000; SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. *Autoridades independientes*, Ariel, Barcelona, 2002; MIR PUIGPELAT, ORIOL. *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 135-156; PARADA, RAMÓN. *Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, II: Organización y empleo público, 2005; SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Principios de Derecho Administrativo general* 1, Iustel, Madrid, 2004; FERRES RUBIO, RODRIGO. *Autoridades reguladoras independientes. En el marco de la liberalización de los servicios públicos*, Editorial Amalio Fernández, Montevideo, 2005 (texto sobre el modelo español, no obstante su sede de edición); MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación”, en *Derecho de la regulación económica* (dirs. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO et al.), Iustel, Madrid, 2009, pp. 136 ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNANDEZ, cit., 2013, pp. 462-466.

una racionalidad técnica de los órganos administrativos constituyen una garantía de certeza para los ciudadanos que se desenvuelven en los sectores en que las decisiones de esos órganos inciden, ya que, mientras más alejada esté la decisión de la militancia o coyunturas políticas, la sociedad se formará la convicción de que decidirán siempre conforme a criterios o estándares técnicos y económicos racionales. Pues para el desempeño de servicios públicos o tareas de ordenación relevantes, con fuerte incidencia en la eficacia de las tareas de administración y en la protección de las libertades públicas, exige su realización con arreglo a criterios de racionalidad técnica, neutralidad o imparcialidad y de profesionalidad, sin sesgos político-partidistas.

a. *Autonomía y racionalidad técnica en la AAI.* Entonces, autonomía y racionalidad técnica son dos características esenciales de las AAI que se entrelazan y se condicionan mutuamente. Sin una u otra, las AAI se desfiguran de su modelo y objetivos.

i) *Autonomía.* Se crean unas *autoridades administrativas independientes* buscando que sean autónomas en cuanto a su origen y decisión; tecnicizadas y especializadas; usualmente dotadas de una dirección colegiada; aunque siempre sujetas a un control jurisdiccional, también especializado.

Estas entidades son creadas para la ordenación y disciplina de sectores económicos capitales, cuyo difícil equilibrio y su fuerte incidencia en la vida económica general requieren una gestión neutral y profesional. Así ocurre en los sectores financiero, de valores, energético, de comunicaciones.

A mayor “neutralidad” y distancia de los debates políticos partidistas, pareciera que es posible lograr una mayor eficacia y aplicación de la racionalidad técnica.

ii) *Racionalidad técnica.* El objetivo principal de estas autoridades independientes es determinar algunos estándares técnicos y dirigir procedimientos en su materia; o sea, tareas eminentemente técnicas, no políticas. Sin embargo, al depender de los ministerios respectivos, y de ahí del presidente de la república, estos órganos siempre se encontrarán subordinados a los criterios políticos imperantes en el gobierno de turno, ajenos a veces a toda consideración técnica de eficacia, eficiencia u otros estándares, en el momento de ejercer sus atribuciones, lo cual no es conveniente en un órgano llamado a ejercer potestades tan sensibles en la sociedad y en el crecimiento económico.

De tal modo, la racionalidad técnica (para ello, alta especialización) y la autonomía resultan ser pilares fundamentales en la configuración normativa y funcional de las agencias independientes.

b. *Técnicas para la autonomía de las AAI.* Los instrumentos jurídicos a través de los cuales se pretende lograr esta autonomía o independencia son diferentes y de niveles de importancia también diversos.

i) *Nombramiento y cese en el cargo.* La técnica primordial para el aseguramiento de la autonomía de decisión de estas entidades radica en el establecimiento, por ley, de limitaciones formales para la designación y cese de los titulares de estos órganos. La principal y más eficaz de estas limitaciones consiste en el nombramiento de estos titulares por un plazo fijo, durante el cual son inamovibles, salvo por causas preestablecidas de comportamiento irregular, que deben declararse formalmente.

Hay otras modalidades de limitación, como la atribución de nombramientos a órganos no administrativos. En determinados casos, el nombramiento puede ser realizado por una autoridad administrativa, previo acuerdo de otro Poder del Estado (en Chile, tal es el caso de los consejeros del Banco Central, quienes son nombrados por el presidente de la república previo acuerdo del Senado).

ii) *Potestades de ordenación.* Nota fundamental de las administraciones independientes es la atribución a estas de potestades sustantivas para la ordenación del sector económico, servicio o función pública que tienen encomendado. Frecuentemente, se trata de potestades de ordenación (en que actúan como “agencias reguladoras” de sectores económicos) y, en todo caso, diversas potestades de autorización, inspección y sanción.

También son necesarias las técnicas de autonomía medial, que persiguen garantizar un funcionamiento independiente, eliminando los poderes de intervención de la Administración en aspectos instrumentales de la gestión interna de estas entidades; por ejemplo, la atribución de un cierto poder de autoorganización, de gestión personal a su servicio y de autodisposición sobre sus medios patrimoniales.

Esto, evidentemente, permite reducir las posibilidades de que el Gobierno o la Administración condicionen de manera indirecta (pero eficaz) la actividad de estas organizaciones.

c. *Personalidad jurídica y patrimonio propio: no son elementos esenciales.* Aquí, a diferencia de los órganos de la Administración Central, las autoridades administrativas independientes suelen ser órganos dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio; pero estas dos condiciones (patrimonio y personalidad) no son decisivas en cuanto a una mayor autonomía e independencia de gestión.

d. *Límites a la autonomía de las AAI: ley y control jurisdiccional.* Las AAI se destacan mayormente, entonces, por su carácter funcional e instrumental dentro de la organización administrativa; y son parte de esta sin lugar a dudas. Su peculiaridad dentro de la función administrativa estriba en la autonomía que poseen, no solo patrimonialmente, sino como órgano, al no encontrarse vinculadas jerárquicamente a la Administración Central. Esta mayor autonomía y el carácter del patrimonio es lo que normalmente harán surgir las dudas en cuanto al control y fiscalización.

La autonomía significa que el órgano que la detenta no es dependiente, o sea, no está subordinado a un jerarca máximo de la Administración Central (presidente de la república). Por lo tanto, no puede estimarse que esta autonomía sea limitada por el control.

Por un argumento *a fortiori*, si un presidente de la república, en cuanto máximo jerarca administrativo está sometido al control judicial, con mayor razón deben estarlo las instituciones o autoridades autónomas, ya que esta autonomía puede poner en peligro con mayor facilidad el respeto a los cánones legales; por ello el control acá surge como indispensable.

De ahí que estos órganos están sujetos a la ley (la que los crea y que fija el Poder Legislativo) y sus decisiones están sujetas a control jurisdiccional. Su autonomía es respecto del Gobierno (presidente y sus ministros).

5. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES DENTRO DE LA INSTITUCIONALIDAD CHILENA. VERDADERAS Y FALSAS AUTONOMÍAS. DISCUSIÓN DOCTRINARIA RECIÉN SE INICIA

a. *El centralismo exacerbado de la organización administrativa chilena.* En Chile, la discusión y análisis sobre las AAI es muy reciente, dado que los casos de organismos autónomos o independientes son muy escasos o excepcionales.

En la estructura actual de la Administración del Estado, en Chile, casi todos los órganos administrativos se encuentran bajo una dependencia jerárquica respecto del jefe de la Administración Central (el presidente de la república). Así, casi todos los órganos administrativos (salvo aquellos definidos constitucional o legalmente como autónomos, y en que tal autonomía sea real) tienen una dependencia respecto de la Administración Central. Por ello, el ámbito en el que operan, funcionan y actúan se encuentra en todo momento sometido a o controlado por el presidente de la república. Ocurre