



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Edgar González López

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación Interna: 11001-03-06-000-2016-00066-00

Número Único: 2291

Referencia: Alcance del artículo 8, numeral 8°, de la Ley 1437 de 2011. Regulación.

El Ministerio de Justicia y del Derecho consulta a la Sala acerca del alcance de lo dispuesto por el numeral 8° del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011 frente a la potestad reguladora y reglamentaria de la administración.

I. ANTECEDENTES

En el escrito de la consulta, el Ministerio de Justicia y del Derecho presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. En el año 2013 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) publicó un estudio sobre política regulatoria en Colombia, a través del cual se realizaron una serie de recomendaciones para la fijación de una política regulatoria formal, explícita, obligatoria y “dentro del gobierno completo”, que establezca procedimientos, instituciones y herramientas que permitan contar con una regulación de calidad.

2. Dentro de las herramientas de buena política regulatoria señalados por la OCDE se encuentra el referente a la consulta pública. En este sentido, se indicó que Colombia debe:

“Desarrollar e implementar estándares obligatorios sobre el uso de la consulta pública como medio para hacer partícipes a los ciudadanos, las empresas y la sociedad civil en el proceso regulatorio y obtener mejores resultados de política pública”.

3. Con el propósito de acoger las recomendaciones de la OCDE y cumplir con la política de mejora normativa adoptada en el documento CONPES 3816 de 2014, se está trabajando en un proyecto de acto administrativo que establezca y desarrolle los criterios para la participación de la ciudadanía en la expedición de normas, y en particular, en lo referente a la consulta pública de los actos administrativos reglamentarios y regulatorios expedidos por entidades de la Rama Ejecutiva.

4. Dentro del ordenamiento nacional es posible identificar varias disposiciones que permiten enmarcar reglas dirigidas a permitir la participación de la ciudadanía en el proceso de expedición de normas. Entre estas se destacan: i) el artículo 4° de la Ley 489 de 1998, ii) el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 8° numeral 8° de la Ley 1437 de 2011.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio de Justicia y del Derecho formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *¿Es viable en virtud de los artículos 4 de la Ley 489 de 1998 y 3 de la Ley 1437 de 2011 desarrollar parámetros que permitan la efectiva participación de los ciudadanos o grupos de interesados, en el proceso de elaboración de normas de carácter reglamentario y regulatorio?*

2. *¿En qué casos y bajo qué condiciones los actos de carácter reglamentario expedidos bajo la potestad concedida por el artículo 189.11 constitucional al Presidente de la República tienen a su vez un carácter regulatorio?*

3. *¿Qué debe entenderse como “proyectos específicos de regulación”?*

4. *¿El deber de suministrar al público información completa y actualizada de que trata el numeral 8 del artículo 8 de la Ley 1437 de 2011 hace referencia exclusiva a las normas expedidas por las autoridades competentes en ejercicio de la potestad regulatoria?*

5. *¿El deber de que trata el artículo en mención se aplica también en relación a las normas que tengan una vocación reglamentaria expedida en virtud de la potestad concedida en el artículo 189.11 constitucional?*

6. *¿El plazo ordenado por el numeral 8 del artículo 8 de la Ley 1437 de 2011 podrá ser establecido por el Presidente de la República como suprema autoridad administrativa?*

II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de dar respuesta a los interrogantes planteados en la consulta, la Sala considera oportuno referirse a las siguientes materias: i) el concepto de regulación, ii) los principios de publicidad, transparencia, participación, seguridad jurídica, eficacia, economía y celeridad, iii) las doctrinas de gobernanza, buen gobierno y calidad regulatoria, y a iv) la potestad reglamentaria.

A. El concepto de “regulación”

El término “regulación” no ha sido definido de forma unívoca por la doctrina y la jurisprudencia¹. Sin embargo, es posible entender este concepto a partir de un sentido general y un sentido específico.

A continuación se pasa a exponer cada uno de ellos.

1) El concepto de regulación en sentido general: la regulación como norma jurídica

La doctrina extranjera, en una concepción general del término regulación, la concibe como una norma jurídica, y por tanto, la actividad de regular como la potestad de promulgar dichas normas². En esta misma dirección, se han pronunciado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Justamente, en la sentencia C-675 de 2005 se indicó:

“Se observa que esta disposición no consagra dicha competencia de regulación, o sea, el establecimiento de reglas, normas o disposiciones jurídicas de carácter general o abstracto, y que, en cambio, prevé que la Secretaría de Educación realice la evaluación, en coordinación con la asociación de instituciones educativas privadas debidamente acreditada, a que esté afiliado el establecimiento educativo, o en forma exclusiva, en el caso de no estar afiliado el establecimiento”³.

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado en decisión del 20 de octubre de 2014, al definir la noción de regulación señaló:

¹ David Levi-Faour, Regulation and Regulatory Governance, en Handbook on the Politics of Regulation (David Levi-Faour ed.), Edward Elgar, 2011, p. 3.

² “La regulación, por tanto incluiría todas las formas de autoridad legal” (traducción libre). Martin Lodge y Kai Wegrich, Managing Regulation, Palgrave macmillan, 2012, p. 15. “La regulación es comúnmente entendida como una forma de actividad gubernamental, pero el término “regulación” ha sido definido en un número de formas (...) pero es tal vez útil pensar en la palabra regulación siendo utilizada en los siguientes sentidos: Como un conjunto específico de órdenes – donde la regulación envuelve la promulgación de una serie de reglas obligatorias que deben ser aplicadas por un cuerpo dedicado a ese propósito” (traducción libre). Robert Baldwin, Martin Cave y Martin Lodge, Understanding regulation, second edition, Oxford University Press, 2012, pp 2-3. “Para la doctrina jurídica, la regulación es comúnmente un instrumento jurídico. Para algunos es la combinación de todos los tipos de normas – legislación primaria, secundaria y terciaria – mientras que para otros está limitada a legislación secundaria” (traducción libre). Levi-Faour, ob. cit., p. 3. Desde el punto de vista de la doctrina nacional, Ibañez Najar señala una postura en el mismo sentido: “La potestad reguladora es aquella atribuida por la Constitución Política a diferentes autoridades para que mediante actos administrativos normativos, de carácter general, impersonal y abstracto, sea con sujeción a las reglas generales que señale el legislador o con sujeción directamente a lo que determine la misma Constitución Política, se cree por primera vez el ordenamiento jurídico en aquellas materias en las cuales el Constituyente considera que debiendo existir regulación ella no deba ser de carácter legislativo”. Jorge Enrique Ibañez Najar, La regulación y la reglamentación en Colombia, en Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 872-873.

³ Corte Constitucional. Sentencia del 30 de junio de 2005, C-675/05.

"Desde un punto de vista general, es decir, en un sentido muy amplio, la regulación es una noción que comprende todo aquello que pueda catalogarse como normatividad, a la cual se someten los sujetos en el desarrollo de sus actividades. Así, tenemos que, de forma general, el concepto puede comprender tanto las leyes expedidas por el Congreso, como los reglamentos, expedidos por diferentes autoridades, en ejercicio de la función administrativa".⁴

La Sección Cuarta de esta Corporación al precisar el término advirtió:

"Conviene aquí hacer una precisión de tipo conceptual relativa a los términos "reglamentación" y "regulación", sobre los cuales existe discusión en cuanto a su naturaleza y características. La producción de normas jurídicas de carácter general hace parte de la función pública normativa del Estado que, para la consecución de sus fines, se ve precisado a expedir. La ley, desde el punto de vista formal, esto es, la expedida por el Congreso, es una de las expresiones de esa actividad o función "reguladora" del Estado. Pero existen otras. El presidente de la República, las asambleas departamentales, los concejos municipales, las comisiones de regulación, y otras entidades estatales, expiden también normas que tienen las mismas características de generalidad y que igualmente son abstractas e impersonales, tal cual la ley formal. Así pues, se puede decir que la regulación o, con mayor precisión, la función reguladora, es el género de la competencia del Estado de imponer normas jurídicas. Y de esa categoría general hacen parte, en un primer nivel, la Constitución misma, luego las leyes del Congreso en sus diferentes categorías (leyes orgánicas, estatutarias, leyes marco y leyes comunes). Como ley también funge el producto de la potestad legislativa extraordinaria del Presidente de la República, esto es, los decretos leyes. Pero la regulación no solo se da por virtud de las leyes o de la función legislativa propiamente dicha, puesto que una función parecida también contribuye a la regulación, esto, es, la función reglamentaria que encabeza el Presidente de la República y que desciende y se extiende hacia y por otros órganos como las comisiones de regulación, las asambleas, los concejos, los organismos autónomos, etc"⁵.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014, Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00087-00(35853). Véase igualmente: "El vocablo "regulación" suele ser utilizado en el lenguaje cotidiano como sinónimo de "legislación", "reglamentación" o "normatividad", tendencia que se explica por el hecho de que esa es precisamente una de las acepciones más difundidas en nuestro lenguaje cotidiano, sin ser desde luego la única. En efecto, según lo enseña el diccionario de la Real Academia de la Lengua, la palabra "regulación" evoca en términos generales la acción y el efecto de "regular", expresión que según su sentido más usual significa "Determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo". Podría afirmarse entonces, en sentido lato, esto es, haciendo referencia abstracta a los distintos ámbitos de la acción estatal, que la acción de "regular" comprende y describe todos los procesos de elaboración o producción de normas jurídicas encaminadas a ordenar la vida en comunidad, mediante la definición de las reglas a las cuales han de someterse los sujetos tanto públicos como privados en el contexto de sus relaciones mutuas y en el ámbito de su actividad personal o institucional. Percibido desde esta perspectiva, el vocablo "regular" evoca en suma la idea de "producción de normas jurídicas"". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 30 de abril de 2009, Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00123-01.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 11 de febrero de 2014, Radicación número: 25000-23-27-000-2007-00120-02(18456).

2) El concepto de regulación en sentido específico: la regulación como una forma de intervención en la economía para alcanzar los fines del Estado mediante la garantía del derecho a la competencia y la prestación eficiente de los servicios públicos

Una segunda aproximación al concepto de regulación propuesta por la doctrina es aquella que la entiende como una forma de intervención del Estado⁶ en la economía⁷, postura que también ha sido adoptada por la jurisprudencia colombiana⁸.

⁶ Con todo, dentro de la aproximación al concepto de regulación como una forma de intervención en la economía, una parte de la doctrina considera que dicha intervención puede también realizarse a través de mecanismos que no son de origen estatal. En esta dirección véase: Baldwin, Cave y Lodge, ob. cit., p. 3, Julia Black, *Critical Reflections on Regulation*, Centre for Analysis of Risk and Regulation at the London School of Economics and Political Science, 2002, p. 8, y Christopher Decker, *Modern Economic Regulation*, Cambridge University Press, 2015, p. 3.

⁷ "Por consiguiente, la actividad de regulación es una forma de intervención pública que restringe, influye o condiciona las actuaciones de los agentes económicos, y que obliga a que las empresas reguladas actúen de manera distinta a como actuarían si tal regulación no existiera". Miguel Ángel Lasheras, *La regulación económica de los servicios públicos*, Editorial Ariel S.A., 1999, p. 15. "En términos generales puede decirse que la regulación económica se ha identificado comúnmente como una de las formas de intervención del Estado en la economía". Liliana Lizarazo Rodríguez y Marcela Anzola Gil, *Regulación, Autorregulación y desregulación*, en *La regulación económica: tendencias y desafíos* (Liliana Lizarazo Rodríguez y Marcela Anzola Gil, (editoras), Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004, p. 12. "En este momento se elevó la importancia de la función de regulación, entendida no como el poder de dictar normas, sino de utilizar todos los instrumentos, normativos y ejecutivos, precisos para orientar el funcionamiento de los mercados hacia la competencia e imponer obligaciones de servicio público a los operadores para que su natural afán de beneficio fuera compatible con las exigencias del interés general".

"[E]s claro que la función de regulación, que define el modo básico de intervención pública en la economía actualmente, alude a un conjunto de poderes de actuación con características propias, que se ejercitan por órganos especiales, cuyo uso ha tenido un desarrollo en los últimos años hasta alcanzar una posición central nunca conocida antes". Santiago Muñoz Machado, *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*, en *Derecho de la regulación económica. Fundamentos e Instituciones de la regulación* (Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo (directores), Volumen I, Iustel, Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, 2009, pp. 18, 111.

⁸ "Es importante señalar que la regulación es una forma de intervención estatal en la economía, y se convierte en una eficaz herramienta constitucional tendiente a evitar que la sola operancia de las leyes del mercado pueda desdibujar los fines sociales de nuestro Estado (Preámbulo, artículos 1, 2, 333, 334, 365, 367 y 370 Constitución Política)." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 14 de marzo de 2002, Radicación número: 11001-03-24-000-2000-6637-01(6637). "Esta Corporación ha explicado cómo la función estatal de "regulación" socio-económica constituye una forma de intervención del Estado en la economía, que tiene unos rasgos característicos propios que la distinguen de otras formas de intervención". Corte Constitucional. Sentencia del 14 de noviembre de 2007, C-955/07. "En un sentido amplio, todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad constituyen una forma de regulación económica y social. (...) En efecto, en forma gradual y progresiva la función estatal de regulación socio-económica ha venido adquiriendo un contenido que la diferencia de las demás funciones de intervención estatal en la economía. Así la función estatal de regulación está segmentada por sectores de actividad económica o social, de tal manera que la regulación de un sector pueda responder a las especificidades del mismo. Además, el ejercicio de la función de regulación obedece a criterios técnicos relativos a las características del sector y a su dinámica propia, lo cual no significa que las decisiones sobre qué sector regular, para qué fines específicos ha de ser regulado y con qué instrumentos se llevará a cabo dicha regulación, carezcan de una dimensión política cuya definición corresponde generalmente al Congreso de la República. Adicionalmente, la regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y

En este contexto, a través de la regulación se busca corregir las “fallas del mercado”⁹, alcanzar los fines del Estado¹⁰, materializar los principios sociales¹¹, garantizar la libre

actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso como a permitir el flujo de actividad socio-económica respectivo. La función de regulación usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades. (...) Al margen de las controversias doctrinarias sobre el paso de un “Estado interventor” a un “Estado regulador”, es claro que el Constituyente de 1991 concibió la regulación en general y la regulación de los servicios públicos en particular, como un tipo de intervención estatal en la economía al cual le dedicó un capítulo especial de la Constitución, el Capítulo 5 del Título XII “Del régimen económico y de la hacienda pública”. Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03. Véase igualmente Corte Constitucional. Sentencia del 16 de marzo de 2011, C-186/11.

⁹ “En un sentido mucho más estricto, la regulación socioeconómica dice relación con aquella intervención que realiza el Estado a través de autoridades específicamente concebidas para fijar y ajustar de manera continua las reglas de juego a las cuales deben sujetarse los actores que intervienen en una actividad socioeconómica determinada, tal como acontece por ejemplo con la intervención que realiza el Estado en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, la cual responde a ciertos criterios técnicos y a las especificidades inherentes a su prestación y a su propia dinámica. En ese orden de ideas, la actividad sujeta a regulación reviste una especial trascendencia en cuanto compromete el desarrollo del mercado mismo en un ámbito donde, en mayor o menor medida, está involucrado el disfrute efectivo de los derechos fundamentales e individuales y donde se impone la adopción de medidas de protección social y de corrección de las fallas del respectivo mercado. (...) Como bien se puede apreciar, bajo esta perspectiva el vocablo “regulación” adquiere entonces una connotación mucho más dilatada y omnicomprensiva que desborda el mero concepto de “producción normativa”, para abarcar o comprender también, con mayor amplitud, la intervención orientada a corregir las “fallas del mercado”, categoría de la cual forman parte los actos de competencia desleal, las prácticas restrictivas de la libre concurrencia, los abusos de la posición dominante y el establecimiento de monopolios”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 30 de abril de 2009, Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00123-01. “Así pues, la intervención estatal se justifica cuando el mercado carece de condiciones de competitividad o para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio que lo rige, fenómenos ambos que obedecen al concepto de “fallas del mercado”. En efecto, el análisis de este fenómeno permite concluir que la regulación del mercado por parte de los órganos respectivos, es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones –además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad como ya se analizó– se encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad. (...)”. Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 30 de abril de 2009, Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00123-01. Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 14 de marzo de 2002, Radicación número: 11001-03-24-000-2000-6637-01(6637).

¹¹ “La regulación, en tanto que mecanismo de intervención del Estado, busca garantizar la efectividad de los principios sociales y el adecuado funcionamiento del mercado”. Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03.

competencia y la prestación eficiente de los servicios¹² y maximizar el bienestar de los usuarios¹³.

En línea con lo anterior, se ha indicado que la regulación del Estado es necesaria para: i) luchar contra el aumento de precios en situaciones de monopolio, ii) informar a los consumidores, iii) garantizar un nivel básico o esencial de los servicios, iv) evitar un comportamiento anticompetitivo, v) proteger intereses vulnerables en donde el mercado no puede hacerlo, vi) asegurar una producción efectiva en donde los costos de transacción no permiten obtener eficiencias de escala, vii) distribuir materias primas escasas y viii) salvaguardar los intereses de futuras generaciones, entre otros¹⁴.

El término regulación, entendido como una forma de intervención en la economía para maximizar el bienestar de los usuarios y alcanzar los fines del Estado mediante la garantía de la libre competencia y la prestación eficiente de los servicios públicos, implica, no sólo la promulgación de normas jurídicas de contenido general y abstracto¹⁵, sino también la utilización de otros instrumentos¹⁶ tales como la expedición

¹² "La regulación constituye una manifestación de la intervención del Estado con el fin de orientar la actividad económica hacia los fines de interés general establecidos en la Constitución Política y la ley, lo cual conlleva, establecer un marco normativo orientado a optimizar la eficiente prestación de los servicios públicos y por ende, la satisfacción de las necesidades de la comunidad, para que el prestador del servicio público se someta a dichas regulaciones y de esta manera impedir que se presenten actos de competencia desleal, situaciones de abuso de posición dominante, restricciones a la libre competencia y el surgimiento de monopolios que desfiguran el interés general que orienta la prestación de los servicios públicos.

La intervención del Estado al tenor de lo dispuesto por el artículo 3° de la Ley 142 de 1994 también se manifiesta mediante la promoción y estímulo a la inversión a quienes prestan los servicios públicos, la consecución de recursos para este efecto; el control y vigilancia para que se de cumplimiento a las normas, planes y programas; otorgamiento de subsidios a las personas de bajos ingresos y toda una serie de medidas tendientes a la satisfacción del interés público". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 11 de noviembre de 2009, Radicación número: 11001-03-26-000-2001-00037-01(20691).

¹³ "Funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Son funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones las siguientes: 1. Establecer el régimen de regulación que maximice el bienestar social de los usuarios. (...)". Ley 1341 de 2009, artículo 22.

¹⁴ Baldwin, Cave y Lodge, ob. cit., pp. 15-24.

¹⁵ "La regulación impone este compromiso a los operadores que están dentro del mercado a través de medios jurídicos". Gérard Marcou, Introducción, en Derecho de la Regulación, los servicios públicos y la integración regional (Gérard Marcou y Franck Moderne dirs.), Tomo II, Editorial Universidad del Rosario, L'Harmattan, 2011, p. 18. "Por eso, se ha dicho que: "[l]a noción jurídica de regulación es, ciertamente, un poco flexible. Sin embargo, incluye necesariamente varios elementos: La regulación supone la imposición de un marco normativo a ciertas actividades, con el fin de que éstas respeten un equilibrio entre los intereses de las diferentes fuerzas sociales presentes, los derechos de los ciudadanos y el interés general. Este marco normativo está compuesto de decisiones con efectos generales, las cuales constituyen las reglas de juego, cuya aplicación puede ser objeto de controles y controversias que den lugar a decisiones con efectos individuales, por ejemplo, a sanciones. Así mismo, diferentes autoridades administrativas independientes pueden detentar las funciones descritas anteriormente, es decir, la creación de la norma, su aplicación y la eventual represión de las infracciones". Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03.

¹⁶ "En la actualidad la regulación ha adquirido un significado mucho más amplio, que comprende potestades normativas, ejecutivas y de resolución de conflictos que el ordenamiento atribuye a las administraciones públicas, para disciplinar un determinado sector de la economía, velando por los intereses públicos específicos comprometidos". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso

de actos administrativos de carácter particular¹⁷ ¹⁸, el reconocimiento de incentivos económicos, la inversión de recursos, la entrega de información¹⁹, el otorgamiento de

Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014, Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00087-00(35853). Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03; Hugo Alberto Marín Hernández, "Norma regulatoria": ¿mito o realidad?, Revista Digital de Derecho Administrativo, No. 3, 2009, pp. 56-57.

¹⁷ "Sin embargo, precisa ahora la Sala que la regulación no es una norma propiamente dicha –como lo sugirieron las sentencias C-272 de 1998 y, sobre todo, C-1162 de 2000–, aunque se exprese normalmente a través de ella. En realidad la regulación es una parte de la función pública moderna, concretamente de la función administrativa, que expresa la particular preocupación estatal por la orientación de un sector económico especial –en este caso la televisión–, en un mercado en el cual se desenvuelve y por los actores de ese círculo económico. La regulación, entonces, constituye una tarea especial a cargo del Estado, que demanda la realización de múltiples actividades, y la adopción de decisiones y políticas que bien pueden expresarse: i) en actividades materiales puras y simples del organismo regulador, ii) en actos administrativos generales, puros y simples que expide el mismo organismo, iii) en reglamentos, iv) e, incluso, en actos administrativos particulares, todos ellos aplicables a determinados operadores de los servicios públicos. (...) Cuando se ejercen ese conjunto de facultades no puede negarse que se actúa en ejercicio de la función regulatoria, de manera que de allí no puede seguirse que esta actividad sólo pueda realizarse a través de normas generales, pues este criterio desconocería que a través de decisiones particulares también se orienta un sector económico como la televisión, regulándose el mismo". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014, Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00087-00(35853). "Adicionalmente, la regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso como a permitir el flujo de actividad socio-económica respectivo. La función de regulación usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades". Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03.

¹⁸ Entre las más importantes se encuentran las facultades de los numerales 1 y 2 del artículo 74 de la Ley 142 de 1994: "Con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes: 74.1. De la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible.

a) Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado. (...) 74.2 De la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico: a) Promover la competencia entre quienes presten los servicios de agua potable y saneamiento básico o regular los monopolios en la prestación de tales servicios, cuando la competencia no sea posible, todo ello con el propósito de que las operaciones de los monopolistas y de los competidores sean económicamente eficientes, se prevenga el abuso de posiciones dominantes y se produzcan servicios de calidad. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado." Los literales a) de los numerales 74.1 y 74.2 fueron declarados exequibles por la sentencia de la Corte Constitucional C-263 de 2013. Igualmente, en el caso de la Comisión de Regulación de Comunicaciones el numeral 2º del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 señala: "Son funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones las siguientes: (...) 2. Promover y regular la libre competencia para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, mediante regulaciones de carácter general o medidas particulares, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de los proveedores, previamente se haya determinado la existencia de una falla en el mercado."

¹⁹ "Como una deliberada influencia del Estado – donde la regulación tiene un sentido más amplio y cubre todas las acciones estatales que están diseñadas para influir el comportamiento empresarial y social.

autorizaciones o permisos, la vigilancia de la actividad, la imposición de sanciones administrativas y la definición de tarifas, entre otras medidas²⁰.

De ahí que se haya señalado que el concepto de regulación no es exclusivamente jurídico, sino que involucra elementos de otra naturaleza:

"Aceptemos que la regulación, en general, comprende aquel conjunto de elementos jurídicos, técnicos y decisionales, necesario para mantener un sector de actividad humana dentro de unos parámetros determinados. Ello significa, al menos, que:

a) La regulación asienta sobre el Derecho, pero no es sólo Derecho. Las normas jurídicas determinarán lo que se puede hacer y lo que no, lo que es un derecho subjetivo (acceso a redes eléctricas, gasísticas, de telecomunicaciones...) y lo que es una obligación (de dar, hacer o soportar), pero no convertirán la regulación en «cosa de abogados» ni su metodología será la de la dialéctica seguida tradicionalmente ante los tribunales de justicia»²¹.

Para el profesor Montero Pascual, a partir del concepto de regulación que propone²², la regulación tiene las siguientes características: a) es una actividad de la

Por lo tanto, regímenes basados en órdenes cabrían dentro de este uso, pero también una gama de otros modos de influencia – por ejemplo, aquellas basadas en el uso de incentivos económicos (por ejemplo, impuestos o subsidios); poderes contractuales; despliegue de recursos; franquicias; el suministro de información, u otras técnicas" (traducción libre). Baldwin, Cave y Lodge, ob. cit., p. 3. "La regulación en general es una forma de intervención gubernamental en la actividad económica y de interferencia en el trabajo del sistema de libre mercado. De acuerdo con algunas posturas, la regulación es sinónimo de intervención gubernamental en la vida económica y social" (traducción libre). Imad A. Moosa. Good Regulation, Bad Regulation. The Anatomy of Financial Regulation. Palgrave Macmillan, 2015, p. 1. Véase igualmente Daniel F. Spulber, Regulation and Markets, The MIT Press, 1989, p. 37.

²⁰ "Dadas las especificidades de la función de regulación y las particularidades de cada sector de actividad socio-económica regulado, dicha función se puede manifestar en facultades de regulación y en instrumentos muy diversos. En un extremo se encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas respetando el debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin". Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03.

²¹ Gaspar Ariño Ortiz, Principios de Derecho Público Económico, Granada, 2004, p. 655.

²² "Entendemos la regulación como la actividad de la Administración consistente en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionales a misiones de interés general objetivamente determinadas, según la valoración que en un ámbito de

Administración²³, b) requiere de un regulador y un regulado²⁴, c) tiene como objeto controlar la actividad de este último en un mercado a través de la imposición de obligaciones jurídicas tendientes a la protección del interés general²⁵, d) se desarrolla de forma continua²⁶ y e) es de carácter discrecional²⁷.

Por su parte, para la Corte Constitucional colombiana la función de regulación tiene los siguientes rasgos distintivos:

"El primer rasgo común estriba en que la función estatal de regulación es ejercida por una autoridad específicamente creada y concebida para fijar y ajustar de manera continua las reglas de juego a las cuales debe sujetarse una actividad determinada dentro de un sector socio-económico. Segundo, la actividad determinada sujeta a regulación, reviste una especial trascendencia en cuanto compromete el desarrollo del mercado en un ámbito donde, en mayor o menor medida, está envuelto el goce efectivo de los derechos de las personas y donde se juzga necesario adoptar medidas de protección social y de corrección de las fallas del respectivo mercado. Tercero, la autoridad reguladora dispone de instrumentos de regulación peculiares para el cumplimiento de su misión específica los cuales pueden ser de la más diversa naturaleza según el problema que ésta deba abordar, puesto que tales instrumentos van desde la mera recepción y divulgación de información (medida de comunicación), pasando por la intervención en los precios (medida económica) hasta la adopción de normas y la imposición de sanciones a quienes las infrinjan (medidas jurídicas). Cuarto, la función de regulación es usualmente confiada a órganos con un mayor grado de independencia que el que tienen las entidades administrativas preexistentes en el respectivo país sometidas a controles jerárquicos o de tutela. No obstante, esta mayor independencia no sustrae a las autoridades de regulación de los controles característicos de una (sic) Estado democrático de derecho puesto que sus actos pueden ser revisables por los jueces, sus decisiones son objeto de debate político y legislativo en el Congreso o Parlamento correspondiente, el jefe del ejecutivo dispone de medios diversos para incidir, así sea en

extraordinaria discrecionalidad realiza la Administración." Juan José Montero Pascual, Regulación económica, Tirant lo Blanch, 2014, p. 40.

²³ "El punto de partida es la identificación de la regulación como una actividad de la Administración. Si bien la regulación se enmarca en un fenómeno de intervención pública en la actividad económica que ineludiblemente exige la participación del Poder Legislativo y del poder Judicial, parece claro y es precisamente uno de sus rasgos diferenciadores el protagonismo que la Administración tiene en la regulación". Ibidem, p. 40.

²⁴ "Un elemento propio de la actividad reguladora es la exigencia de alteridad para su desarrollo. La regulación exige la existencia de un regulador y un regulado". Ibidem, p. 41.

²⁵ "El contenido de la actividad administrativa reguladora es el control de la actividad de las entidades reguladas, en concreto mediante la imposición de obligaciones jurídicas. En primer lugar, la actividad de regulación consiste en lo fundamental en la imposición de obligaciones jurídicas y no meramente de recomendaciones o de creación de marcos de asunción voluntaria de obligaciones del tipo que ha venido denominándose autorregulación (...). En segundo lugar, la naturaleza de las obligaciones jurídicas puede ser diferente. Cabe la más tradicional imposición de obligaciones mediante actos administrativos que concretan lo previsto en disposiciones de carácter general. No obstante, la actividad reguladora adopta también la forma de disposición general." Ibidem, pp. 42-43.

²⁶ "Otro rasgo identificable en la actividad administrativa reguladora es la continuidad. La intervención no se produce de forma aislada en el tiempo, sino de forma continuada. La continuidad implica el carácter dinámico de la intervención". Ibidem, pp. 44-45.

²⁷ "Finalmente, el rasgo que definitivamente diferencia la actividad reguladora de otras actividades de la Administración y en concreto de la actividad de policía, es la extraordinaria discrecionalidad que se otorga a la Administración para la imposición de las obligaciones jurídicas." Ibidem, p. 45.

algunos casos de manera general y mediata, en la orientación de dichas autoridades y sus integrantes y resoluciones están sujetas al escrutinio de los ciudadanos. Quinto, la función de regulación está fundada en la necesidad de encontrar y mantener un equilibrio entre intereses legítimos contrapuestos en contextos socio-económicos de gran dinamismo de tal forma que, a pesar de los cambios frecuentes y acelerados que se presenten, el Estado disponga de instrumentos para orientar sostenidamente las actividades socio-económicas reguladas hacia los fines de interés general señalados por el constituyente y el legislador.”²⁸

No obstante lo anterior, hay que advertir que una de las dificultades del concepto de regulación en el sentido específico antes señalado, corresponde a delimitar su campo de aplicación, pues el término tiene claras raíces en el Derecho anglosajón donde se identifica de forma pragmática con todas las actuaciones realizadas por la agencia de regulación²⁹.

En el mismo sentido, pretender una coincidencia de la “regulación” en sentido específico con cualquier intervención estatal conduciría a una imprecisión y generalidad que no permite aportar al análisis de sus características y límites. En efecto, el paso del Estado liberal al Estado Social de Derecho expuesto por Carl Schmitt y analizado por Luciano Parejo³⁰ muestra que el Estado se ha convertido en un “auto organización de la sociedad”, y por ello, los problemas sociales y económicos mutan a problemas políticos. La sociedad convertida en Estado se transforma en Estado económico. Por lo tanto “en él no existe ya sector alguno frente al cual pueda observar el Estado una neutralidad incondicional en el sentido de la no intervención”³¹.

B. Los principios de publicidad, transparencia, participación, seguridad jurídica, eficacia, celeridad y economía

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03.

²⁹ “La definición que comentamos nos muestra la generalización del término regulación que ha conducido materialmente a considerar que regulación es todo lo que sale de una Agencia, con independencia de si son normas o actos administrativos. La regulación se confunde con la actividad de las Agencias. Esta confusión es más material que formal puesto que no alude a los poderes de la Agencia, sino a lo que hace la Agencia. Así, por ejemplo, se habla de Agencias reguladoras porque la regulación identifica todo lo que hace la Agencia, no tanto porque sus poderes puedan ser encajados bajo dicho término: no hay poderes de regulación”. Andrés Betancor, Regulación: Mito y Derecho. Thomson Reuters Civitas 2010, p. 34.

³⁰ Luciano Parejo Alfonso, El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre las «crisis» de las prestaciones y los servicios públicos, en Revista de Administración Pública, No. 153, Septiembre-diciembre 2000, pp. 218-219

³¹ C. Schmitt, La defensa de la Constitución. Editorial Tecnos, 1983, pp. 135-136.

El artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, concordante con el artículo 209 de la Carta Política³², establece un conjunto de principios que guían la actividad administrativa y ayudan en la interpretación y aplicación de las disposiciones del CPACA³³.

Teniendo en cuenta la importancia de estas funciones, especialmente para el caso que se estudia, considera la Sala necesario referirse a los principios de publicidad, transparencia, participación, seguridad jurídica, eficacia, celeridad y economía.

1) Los principios de publicidad y transparencia

De acuerdo con el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, el principio de transparencia implica que:

"[L]a actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal."³⁴

En lo que respecta al principio de publicidad, la misma disposición indicó:

"En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma".

³² "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

³³ "Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad".

³⁴ Ley 1437 de 2011, artículo 3º. Este principio fue también definido por el artículo 3º de la Ley 1712 de 2014, en el cual se señaló: "Principio de transparencia. Principio conforme al cual toda la información en poder de los sujetos obligados definidos en esta ley se presume pública, en consecuencia de lo cual dichos sujetos están en el deber de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles y a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley, excluyendo solo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales y legales y bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta ley". Por su parte, la doctrina ha señalado: "**Transparencia significa dejar ver, y transparencia de los órganos del poder significa consiguientemente, no sólo la publicidad de todos y cada uno de sus actos formales y definitivos, sino la de los supuestos, condiciones, procedimientos y expedientes empleados para producirlos.**" (negrilla fuera del texto). Mario Roberto Molano López, Transformación de la Función Administrativa, Colección Profesores 37, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pp. 62-63.

La jurisprudencia ha señalado que la administración tiene la obligación de ser diligente y adelantar las acciones necesarias para que el principio de publicidad se materialice³⁵.

Los principios de transparencia y publicidad constituyen un elemento fundamental para el funcionamiento del Estado Social de Derecho y de una sociedad democrática³⁶, toda vez que permiten a los ciudadanos: i) conocer³⁷ y controlar la actividad de la administración³⁸, ii) evitar las malas administraciones y el abuso del poder³⁹ y iii) participar en la construcción de las decisiones que los afectan⁴⁰. Adicionalmente, promueven la confianza y la comunicación entre la Administración y los ciudadanos⁴¹.

2) El principio de participación

³⁵ “En consecuencia, la administración debe efectuar actividades y ser diligente para que el principio de publicidad se cumpla. Ciertamente, los ciudadanos deben conocer las decisiones que tomen los órganos públicos y las autoridades estatales, publicidad ésta que **apareja consigo presupuestos esenciales como la vigencia, oponibilidad y controversia a dichos actos de la administración. En este orden de ideas, el principio de publicidad tiene de suyo la facultad de que los ciudadanos conozcan las actuaciones de la administración, sean estos directamente interesados o porque hagan parte de la comunidad en general**, no obstante existir excepciones que deben provenir sea de la Constitución o de la ley.” (negrilla fuera del texto). Corte Constitucional. Sentencia del 2 de abril de 2008, C-93/08.

³⁶ “En esta dirección ha señalado la Corte Constitucional: “La publicidad de las funciones públicas (C.P. art. 209), es la condición esencial del funcionamiento adecuado de la democracia y del Estado de derecho; sin ella, sus instituciones mutan de naturaleza y dejan de existir como tales.” Corte Constitucional, Sentencia del 5 de febrero de 1996, C-038/96. “Con este propósito, el principio de publicidad se ha estructurado como un elemento trascendental del Estado Social de Derecho y de los regímenes democráticos, ya que mediante el conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, y de las razones de hecho y de derecho que les sirven de fundamento, se garantiza la imparcialidad y la transparencia de las decisiones adoptadas por las autoridades, alejándose de cualquier actuación oculta o arbitraria contraria a los principios, mandatos y reglas que gobiernan la función pública”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de agosto de 2002, C-641/02. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 9 de mayo de 2013, C-274/13, Bojan Bugaric, Openness and Transparency in Public Administration: Challenges for Public Law, Vol. 22, No. 3, p. 493-494. Frederick Schauer, Transparency in Three Dimensions’ Definitional Preliminaries, University of Illinois Law Review, No. 4, 2011, p.1349.

³⁷ “Dentro del contexto del Estado de derecho, este principio es importante y aun trascendental, e implica que por regla general la actividad de la administración deba ser pública, clara y transparente: se niega la posibilidad de actuaciones o decisiones por fuera del conocimiento general, o que produzcan sus efectos jurídicos de manera sorpresiva frente a los sujetos relacionados en una actuación administrativa.” Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Tratado de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, 3ª edición, Tomo II, 2004, p. 78.

³⁸ “[E]l principio de publicidad constituye una garantía de transparencia en la actuación de los poderes públicos y un recurso que permite las condiciones necesarias para el reconocimiento del derecho a controlar el ejercicio del poder”. Corte Constitucional. Sentencia del 6 de septiembre de 2005, C-929/05.

³⁹ Bugaric, ob. cit., p. 494.

⁴⁰ “Igualmente, en el Artículo 209 se determinó que toda función administrativa se debe ejecutar con base en el principio de publicidad. Esto, en concordancia con los Artículos 1º y 2º de la Constitución, de acuerdo con los cuales, **el mencionado principio constituye uno de los elementos definitorios en nuestra concepción de Estado y permite el cumplimiento de uno de sus fines esenciales: “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan.”**” (negrilla fuera del texto). Corte Constitucional. Sentencia del 10 de febrero de 2016, T-051/16. Véase igualmente: Lindsay Stirton & Martin Lodge, Transparency Mechanisms: Building Publicness into Public Services, Journal of Law and Society, Vol. 28, No. 4, 2001, p. 476. Lene Johannessen, Jonathan Klaaren, Justine White, A Motivation for Legislation on Access to Information, The South African Law Journal, Vol. 112, No. 1, 1995, p. 47.

⁴¹ Schauer, ob. cit., pp. 1344-1345.

El principio de participación, es inherente al Estado democrático⁴² y hace posible la intervención de los ciudadanos en los procesos de deliberación y formulación de la gestión pública^{43 44}. Este principio no sólo está reconocido expresamente en el artículo 3º del CPACA, sino también en el artículo 2º de la Carta Política, disposición que establece como uno de los fines del Estado el facilitar la participación de las personas en las decisiones que las afectan, así como también en la vida económica, política,

⁴² "El concepto de participación es inherente al Estado democrático. Constituye no sólo uno de sus principales mecanismos para acercar a la realidad el principio de igualdad de los asociados en el ejercicio del poder, sino que coadyuva como el principal medio de ampliación de los instrumentos democráticos de cualquier sociedad. La participación se instituye como solución histórica frente a la grave crisis del sistema democrático representativo. La crisis del sistema representativo, con la acumulación de funciones en el ejecutivo, ha hecho que la esencia de la democracia se amplíe y que los ciudadanos se incorporen directamente a los asuntos administrativos, que es donde evidentemente se concentra el poder político. El moderno derecho administrativo no puede negar esta realidad; de ahí que incluye en su objeto el estudio de estos fenómenos amplificadores". Santofimio Gamboa, ob. cit., p. 396.

⁴³ **"En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública."** (negrilla fuera del texto). Ley 1437 de 2011, artículo 3º.

⁴⁴ "Para el tema de la participación ciudadana en la Administración... existe hoy una especial sensibilidad: «participación» es una gran entelequia social y política de nuestro tiempo; hay una verdadera *Partizipationseuphorie* ha dicho Schmitt-Glaeser, una «ideología de la participación» (Chevalier). (...) Las técnicas de participación eran, en realidad, varias y complejas, y hoy tienden a desarrollarse aún más. Contribuye a ello, por una parte, la conciencia de la necesidad de una interiorización (o acercamiento, al menos) del poder en la sociedad, sustituyendo la antigua separación entre sociedad y Estado, que fue base de la construcción liberal, por una ósmosis recíproca (Forsthoft). En segundo término, y como un desarrollo de lo anterior, la exigencia de (...) de sacar a la luz la *Arkanverwaltung*, los *arcana principis*, en donde se rompe la identidad entre gobernantes y gobernados, que es el gran dogma democrático y social contemporáneo. Finalmente la conveniencia, **como técnica elemental de eficiencia, de complementar, si no sustituir, la tradición de la Administración autoritaria con una Administración participada o concertada.** (...). En este sentido, la idea de una participación de los administrados en los procesos de decisión parece capaz no sólo de disminuir las disfunciones organizativas y burocráticas, sino también de obtener un nuevo **consensus, una legitimidad nueva (Chavelier) que permita superar la crisis actual del mando autoritario**, generalizada a todas las esferas; constituye, así, la ideología participativa un verdadero contrapunto al desarrollo de los sistemas burocráticos". (negrilla fuera de texto). Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo II, 9ª edición. Thomson Civitas, 2004, pp. 83, 85. Los mismos autores identifican varias formas de participación del ciudadano en la Administración, entre estas se encuentra la denominada **"participación funcional"**, respecto a la cual señalan: "Aquí el ciudadano, sin dejar de serlo, adopta una posición puramente individual de colaborador de la Administración. Destacaremos entre estas fórmulas participativas: **a) Participación en informaciones públicas. La Administración hace público un proyecto determinado y suscita de manera explícita una invitación a los ciudadanos para que lo enjuicien y lo valoren y la sometan sus proposiciones sobre el mismo con anterioridad a su aprobación definitiva.** Es así un procedimiento de suscitar la formulación de demandas sociales sobre la materia de que se trate, de tantear de manera previa los posibles intereses que puedan resultar afectados, la previsión de aceptaciones o de repulsas que pueda suscitar un proyecto, el conocimiento de eventuales alternativas que puedan aparecer como preferibles. No es infrecuente la institucionalización de esta técnica: en materia de formulación de anteproyectos de Reglamentos estatales [art. 24. 1 c LGO] y de Ordenanzas y Reglamentos Locales (art. 49 LRL), de elaboración y aprobación de Planes de urbanismo e instrumentos complementarios (arts. 116, 125 y correlativos del Reglamento de Planteamiento urbanístico de 1978), de aprobación de Presupuestos Locales (art. 150 LHL), etc. El art. 86 LPC regula un procedimiento común de información pública." (negrilla fuera del texto) *Ibidem*, p. 91.

administrativa y cultural de la Nación⁴⁵. Adicionalmente, la participación ciudadana dentro del sistema jurídico colombiano es considerada uno de los pilares del sistema constitucional⁴⁶ y ha sido catalogada por la Corte Constitucional como un derecho fundamental por involucrar aspectos relativos a su dignidad humana⁴⁷.

Se trata de otro factor que determina el derecho administrativo democrático. La participación supone que los intereses que se pueden encontrar afectados por una determinada decisión han tomado parte en el proceso previo, propio no sólo del acto particular, sino del general.

De ahí que se clasifiquen diversas formas de participación de los ciudadanos, desde el individuo afectado en forma particular, a todos aquellos grupos o asociaciones que tienen intereses legítimos protegidos jurídicamente, de carácter corporativo o colectivo⁴⁸.

⁴⁵ "Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo".

⁴⁶ "El artículo 1º C.P., que prefigura ese modelo estatal, indica que está organizado de modo democrático y participativo, valores que actúan de manera coordinada en la justificación y validez del ejercicio del poder político. En tal sentido, la Corte ha considerado que la participación democrática es uno de los pilares del constitucionalismo colombiano, en tanto permite que el Pueblo, titular del poder soberano, incida, desde una perspectiva material, en la definición de las distintas políticas estatales, sin perjuicio del carácter expansivo de la democracia participativa a otras esferas de la vida social". Corte Constitucional. Sentencia del 23 de junio de 2011, C-490/11.

⁴⁷ **"El derecho a que la ciudadanía se involucre en la toma de decisiones que, tanto en el ámbito público como privado, resultan relevantes para el desarrollo de la vida en comunidad tiene fundamento en el principio democrático –artículo 1º de la Constitución–, que a su vez nutre de contenido al carácter participativo del Estado colombiano, tal y como también es definido por el artículo 1º de la Constitución.** A dichos parámetros de construcción e interpretación del ordenamiento jurídico debe sumarse el artículo 2º de la Constitución, que define como un fin esencial del Estado colombiano facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan.

Cuando el fin esencial previsto en el artículo 2º de la Constitución se manifiesta de forma concreta adquiere el carácter de derecho fundamental de los miembros de la comunidad, en tanto es reflejo y desarrollo de situaciones en donde aspectos relativos a su dignidad humana se ven involucrados. **Se resalta que el deber constitucional de involucrar a la comunidad en el proceso de decisión de los asuntos que la afectan no se circunscribe al campo de la participación electoral**". (negrilla fuera del texto). Corte Constitucional. Sentencia del 11 de marzo de 2014, C-133/14.

⁴⁸ Se observa la participación como contribución del ciudadano en la configuración de la sociedad, desde la distinción entre mera cooperación y codecisión, con múltiples situaciones intermedias, donde es necesaria una fase de diálogo. Como lo señala la doctrina: "En tal sentido, no cabe aislar estrictamente una fase de "diálogo", ya que, como correctamente ha destacado Walter Schmitt Glaeser, **la participación tiene una «influencia configuradora» sobre el procedimiento de decisión y, por tanto, sobre la decisión misma.** Esta idea de contribución a la configuración de la decisión considera mejor las posibilidades de influencia de terceros en aquellos supuestos en los que se trata de concretar, reduciendo la discrecionalidad, los supuestos de hecho previstos en las leyes, como, por ejemplo, en la definición de la política de planeamiento o de los servicios sociales. **Esta participación configuradora puede mejorar la legitimidad objetiva-material democrática, ya que contribuye a completar las decisiones que el Parlamento había dejado abiertas**". (negrilla fuera del texto). Eberhard Schmidt-Assmann, La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema. Instituto Nacional de Administración Pública. Marcial Pons. 2003, p. 121. **Se trata de contribuir con el diálogo a la racionalidad de las decisiones administrativas y de entender el procedimiento, entre otros,**

De esta suerte, el Estado tiene el deber de promover la participación de las personas, lo cual puede hacer a través de distintos instrumentos. En esta dirección ha señalado la Corte Constitucional:

“Este fin esencial se enmarca en el contexto de la democracia participativa. Al Estado no le basta con abstenerse de obstaculizar la participación de las personas, sino que tiene el deber de promoverla, por medio de diversos instrumentos, dentro de los cuales se encuentran los mecanismos de participación ciudadana: voto, plebiscito, referendo, consulta popular, cabildo abierto, iniciativa legislativa y revocatoria del mandato, reconocidos en el artículo 103 de la Constitución. Además de estos mecanismos existen otros escenarios de participación, como es el caso de los consejos de planeación (art. 340), tanto en el ámbito nacional como en el ámbito local.” (negrilla fuera del texto)⁴⁹.

3) El principio de seguridad jurídica

El principio de seguridad jurídica se ha sido entendido:

“[C]omo una norma-principio que exige de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial la adopción de comportamientos que contribuyan más a la existencia, en beneficio de los ciudadanos y desde su perspectiva, de un estado de confiabilidad y calculabilidad jurídica, con base en su cognoscibilidad, mediante la controlabilidad jurídico-racional de las estructuras argumentativas reconstructivas de normas generales e individuales, como instrumento garante del respeto de su capacidad de – sin engaño, frustración, sorpresa ni arbitrariedad – plasmar de forma digna y responsable su presente y hacer una planificación estratégica jurídicamente informado sobre su futuro”⁵⁰.

“como medio para asegurar los derechos fundamentales, hasta una concepción que ve el procedimiento y a la participación en el mismo como elementos jurídicos objetivos y estructurales en el contexto de la adopción de decisiones por parte del Estado”. (negrilla fuera del texto). Ibídem, pp. 121-122.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia del 22 de abril de 2013, T-245/13. “En todas esas normas es clara la voluntad del Constituyente en el sentido de facilitar, estimular y aun hacer forzosa en algunos casos la presencia activa de los gobernados en los distintos campos, adoptando decisiones, presentando fórmulas, tomando posiciones en asuntos de interés público y en la búsqueda de soluciones para sus problemas y necesidades”. Corte Constitucional. Sentencia del 23 de enero de 1996, C-021/96.

⁵⁰ Humberto Ávila, Indicadores de Seguridad Jurídica, en Seguridad Jurídica y democracia en Iberoamérica (Carlos Cruz Moratones, Carolina Fernández Blanco y Jordi Ferrer Beltrán (eds.), Marcial Pons, 2015, p. 211.

A través de este principio se busca que el derecho sea cognoscible⁵¹, confiable⁵² y calculable, de tal suerte que sirva de instrumento para orientar y proteger a las personas⁵³. Al respecto, Humberto Ávila señala:

"[S]i el ciudadano consigue de forma aproximada medir las consecuencias que en el futuro se aplicarán a los actos realizados en el presente y si el cambio del derecho no es brusco, esto es, que se produzca de un momento para otro y sin previo aviso, ni drástico, es decir, que suponga una modificación intensa y restrictiva de las consecuencias hasta entonces vigentes.

(...)

De este modo el derecho será calculable y, en consecuencia, habrá seguridad jurídica si el destinatario de la norma puede anticipar con un periodo razonable de tiempo la norma que le será aplicable⁵⁴.

El principio de seguridad jurídica no tiene una expresa consagración en nuestra Carta política, sin embargo, se ha considerado como un desarrollo del principio de buena fe para que la norma sea clara tanto en su contenido como en sus efectos, con el fin de que el ciudadano sepa a qué atenerse. De esta manera, se deben evitar preceptos ininteligibles o que inciten o dejen puertas abiertas a varias interpretaciones que sean contradictorias entre sí.

4) El principio de eficacia

⁵¹ "La cognoscibilidad significa un estado de cosas en el que los ciudadanos poseen, en gran medida, la capacidad de comprender, material e intelectualmente, estructuras argumentativas reconstructivas de normas generales e individuales, materiales y procedimentales, mínimamente efectivas. De esta forma, habrá cognoscibilidad del derecho si el ciudadano tiene condiciones satisfactorias de identificar la disposición legal aplicable y comprender su sentido, de modo que pueda actuar y orientarse con base en él. La cognoscibilidad marca la dimensión presente de la seguridad jurídica e indica las cualidades que el derecho debe tener para poder considerarlo seguro y, con ello, servir de instrumento efectivo de orientación para el ciudadano". Ibidem, p.212.

⁵² "Existirá confiabilidad si el ciudadano que actuó de conformidad con el derecho ayer no se ve sorprendido hoy con un cambio injustificado y restrictivo de las consecuencias anteriormente aplicadas o aplicables. La confiabilidad marca los requisitos que el derecho debe cumplir en la transición del pasado al presente e indica cuáles son las condiciones que se deben cumplir para que el derecho pueda asegurar derechos al ciudadano y, con ello, servirle de instrumento de protección". Ibidem.

⁵³ "La seguridad jurídica, por tanto, requiere que el derecho sea cognoscible, confiable y calculable para poder ser un instrumento de orientación, protección y tranquilidad para las personas". Jordi Ferrer Beltrán y Carolina Fernández Blanco, Proyecto sobre indicadores de seguridad jurídica en Iberoamérica, en Seguridad Jurídica y democracia en Iberoamérica (Carles Cruz Moratones, Carolina Fernández Blanco y Jordi Ferrer Beltrán (eds.), Marcial Pons, 2015, p. 246. Véase igualmente: José Bermejo Vera, El principio de seguridad jurídica, en Los principios jurídicos del Derecho Administrativo (Juan Alfonso Santamaría Pastor (dir.)), La Ley, 2010, p. 74.

⁵⁴ Ávila, ob. cit., pp. 212-213, 223.

Otro de los principios reconocidos por la Constitución Nacional y la Ley 1437 de 2011 es el principio de eficacia⁵⁵. Este principio guía el comportamiento de la administración, constituye una herramienta para alcanzar los fines del Estado⁵⁶ y le impone a las autoridades la obligación de atender las necesidades de los ciudadanos y adoptar las acciones necesarias para alcanzar la materialización de sus derechos⁵⁷. Por consiguiente, no pueden estas asumir una actitud pasiva o estática ante situaciones que afecten negativamente los derechos e intereses de la ciudadanía⁵⁸.

En relación a este principio, la doctrina nacional ha indicado:

"La eficacia como principio del Estado social y democrático del derecho, se refiere a la actitud o cualidad exclusiva y específica de la administración pública, en cualquiera de sus manifestaciones, para alcanzar los resultados presupuestados o buscados por el ordenamiento jurídico".

(...)

*Ahora bien, dado que el principio de eficacia rige el desenvolvimiento material de la administración, en su aplicación se hayan implicados los fenómenos de planeación, de presupuestación pública y consiguientemente el conocimiento previo de los conceptos entre los cuales ha de producirse el resultado mínimo buscado por la administración pública (...)."*⁵⁹

5) Los principios de celeridad y economía

⁵⁵ "En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa". Ley 1437 de 2011, artículo 3°.

⁵⁶ "Por consiguiente, debe recordarse que por expreso mandato constitucional (artículo 209), la función pública debe regirse por los principios de eficacia y eficiencia en el servicio, los cuales son también pautas de comportamiento del Estado Social de Derecho y uno de los mecanismos para desarrollar los fines esenciales del Estado". Corte Constitucional. Sentencia del 6 de octubre de 1998, T-559/98.

⁵⁷ "Así, se ha entendido por esta Corporación que "los mandatos contenidos en los artículos 2° y 209 de la Constitución imponen a las autoridades la obligación de atender las necesidades, hacer efectivos los derechos de los administrados y asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales", todo lo cual "se desarrolla con base en dos cualidades, la eficacia y la eficiencia administrativa." Corte Constitucional. Sentencia del 18 de abril de 2007, C-282/07.

⁵⁸ "En este orden de ideas, es evidente para esta Corporación que el principio de eficacia impide que las autoridades administrativas permanezcan inertes ante situaciones que involucren a los ciudadanos de manera negativa para sus derechos e intereses. Igualmente, que la eficacia de las medidas adoptadas por las autoridades debe ser un fin para las mismas, es decir, que existe la obligación de actuar por parte de la administración y hacer una real y efectiva ejecución de las medidas que se deban tomar en el caso que sea necesario, en armonía y de conformidad con el debido proceso administrativo." Corte Constitucional. Sentencia del 13 de noviembre de 2013, C-826/13.

⁵⁹ Mario Roberto Molano López, Transformación de la Función Administrativa, Colección Profesores 37, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pp. 68, 70.

Los principios de celeridad y economía son otros de los principios que guían la actividad de la administración⁶⁰.

Así, en virtud del primero, las autoridades administrativas deben cumplir sus funciones y adelantar sus actividades con la mayor prontitud, de tal suerte que su gestión sea oportuna para la consecución de los fines del Estado. En esta dirección, la Corte Constitucional señaló:

"En cuanto al principio de celeridad, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido que éste implica para los funcionarios públicos el objetivo de otorgar agilidad al cumplimiento de sus tareas, funciones y obligaciones públicas, hasta que logren alcanzar sus deberes básicos con la mayor prontitud, y que de esta manera su gestión se preste oportunamente cubriendo las necesidades y solicitudes de los destinatarios y usuarios, esto es, de la comunidad en general.

*Igualmente ha señalado esta Corporación, que este principio tiene su fundamento en el artículo 2º de la Constitución Política, en el cual se señala que las autoridades de la Nación tienen la obligación de proteger la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades de los ciudadanos, al igual que asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, lo cual encuentra desarrollo en artículo 209 Superior al declarar que la función administrativa está al servicio de los intereses generales entre los que se destaca el de la celeridad en el cumplimiento de las funciones y obligaciones de la administración pública"*⁶¹.

El principio de celeridad y temporaneidad implica que "El Derecho sólo es eficaz cuando se aplica a tiempo". El Estado de Derecho urge que los procedimientos administrativos se concluyan en un tiempo razonable⁶².

Por su parte, en virtud del principio de economía, las autoridades administrativas deben en sus actuaciones proceder con eficacia y optimizar el uso del tiempo y los recursos, buscando en todo caso que su actuar, no sólo tenga el más alto nivel de calidad, sino que también proteja efectivamente los derechos de las personas⁶³.

⁶⁰ "Los principios de eficacia, economía y celeridad que rigen las actuaciones de las autoridades administrativas, constituyen precisamente orientaciones que deben guiar la actividad de éstas para que la acción de la administración se dirija a obtener la finalidad o los efectos prácticos a que apuntan las normas constitucionales y legales, buscando el mayor beneficio social al menor costo." Corte Constitucional. Sentencia del 23 de agosto de 2012, C-643/12.

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia del 13 de noviembre de 2013, C-826/13. "Por su parte, el artículo 209 de la Constitución declara que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y que se desarrolla con fundamento en varios principios, de los cuales cabe ahora destacar los de igualdad, eficacia y celeridad." Corte Constitucional. Sentencia del 27 de noviembre de 1998, T-391/98.

⁶² "La reciente y amplia discusión sobre la celeridad administrativa ha contribuido decisivamente a tomar conciencia sobre la relevancia del factor tiempo. (...) Esa iniciativa ha acabado por proyectarse sobre el Derecho administrativo general (vid 6/105-106): se reduce la estructura estándar del procedimiento administrativo, se prevé la celebración de reuniones tras la presentación de solicitudes, se introducen procedimientos fugaces, plazos para la adopción de decisiones y normas sobre preclusión de procedimientos". Schmidt-Assmann, ob. cit., p. 70.

⁶³ "12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas". Ley 1437 de 2011, artículo 3º.

C. Gobernanza, buen gobierno y la calidad regulatoria

Con la evolución del Derecho Administrativo ha cambiado la relación del ciudadano con las autoridades. Así, las personas han pasado de tener un papel pasivo en el proceso de fijación de las políticas públicas, a uno activo o protagónico. Igualmente, dicha evolución ha permitido reconocer que la Administración no es autárquica, pues necesita de otras administraciones y del sector privado para el desarrollo de las políticas públicas. En este contexto, el procedimiento administrativo debe permitir y facilitar la participación y diálogo entre la administración y los ciudadanos durante el proceso de adopción de los reglamentos⁶⁴.

Precisamente, la colaboración entre el Estado y la sociedad es un aspecto fundamental que promueve y defiende la doctrina moderna desde la figura de la gobernanza, la cual considera que la Administración no debe actuar de forma solitaria, sino por el contrario bajo un esquema de deliberación conjunta, interacción, coproducción o asociación con la sociedad⁶⁵. Así se ha establecido:

“De esta constatación, la gobernanza surge como un nuevo estilo de gobierno, distinto del modelo de control jerárquico y de mercado, caracterizado por un mayor grado de cooperación entre los gobiernos y administraciones públicas y actores no gubernamentales en la hechura de las políticas públicas. Se espera que a través de este proceso de elaboración de las políticas, fundamentado en la colaboración, el consenso

⁶⁴ “Pero el procedimiento de tercera generación se preocupa también por la elaboración de normas reglamentarias, tales como la elaboración del planeamiento territorial y urbanístico con una participación y diálogo entre Administraciones y el público más intenso y efectivo; la elaboración de las circulares de un organismo regulador en materia de telecomunicaciones, en una forma más participada o con una iniciativa mayor en manos de los operadores para hacer propuestas; la elaboración de documentos de Derecho indicativo o “soft law” (manuales, recomendaciones, vademécum, revisión por pares, etc.); reglas de representatividad de los sujetos privados dentro de la autorregulación cuando elaboran normas técnicas; etcétera.

-Son numerosas, y en ocasiones más relevantes, las fórmulas, criterios o principios de procedimiento que, sin desembocar directamente en la toma de decisiones, tienen por objeto satisfacer las múltiples necesidades de las nuevas formas de trabajo y elaboración de las políticas públicas: obtención e intercambio de información, consultas para identificar las prioridades de una determinada política, colaboración entre organismos reguladores, evaluación periódica de las opciones políticas, análisis de los efectos, etc”. Javier Barnes, Tres generaciones de procedimiento administrativo, en Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa (Pedro Aberastury y Hermann-Josef Blanke eds.), Eudeba; Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 145-146.

⁶⁵ “Se denomina gobernanza en sentido estricto o “nueva gobernanza”, moderna, al proceso en el que la definición del sentido de dirección de la sociedad, de las actividades para realizar los objetivos (resolver problemas, enfrentar desafíos, crear futuros de valla), de las formas de organizarse y del modo como se distribuirán los costos y beneficios ya no es ni puede ser obra exclusiva del gobierno, considerado como actor único o dominante, sino que es el resultado de la deliberación conjunta – interacción – interdependencia – coproducción – corresponsabilidad – cogobierno – asociación entre el gobierno y las organizaciones privadas y sociales. A lo largo del proceso de la decisión directiva y de su implementación los gobiernos y las organizaciones juegan roles cambiantes con acoplamientos en las negociaciones según la naturaleza de los problemas, sus relaciones internas y las circunstancias sociales”. Luis F. Aguilar, Gobernanza: el nuevo proceso de gobernar, Fundación Friedrich Naumann para la Libertad, 2010, pp. 41-42.

*y la participación de distintos actores, se mejoren los resultados y rendimientos de las políticas y, en definitiva, se garantice la gobernabilidad del sistema político*⁶⁶.

En desarrollo de lo anterior, la adopción de una norma jurídica por parte de la administración implica que existan procedimientos justos, accesibles y abiertos⁶⁷. En esta dirección el profesor Ariño Ortiz ha señalado:

*"Para adoptar una decisión regulatoria, cualquiera que sea, hay que seguir determinados procedimientos formales: convenios, audiencias públicas, llamamiento a los interesados, solución de reclamaciones, control judicial final, con las cuales se va estableciendo una parte de los equilibrios necesarios. Además, hay que explicar, en foros, organismos consultivos o publicaciones de diversos tipos, la razón económica o técnica de la decisión que se pretende adoptar, razón que puede ser discutida técnicamente en los foros específicamente regulatorios o fuera de ellos"*⁶⁸

La participación ciudadana en el proceso de formulación de las normas proferidas por la administración, puede adelantarse a través de distintos mecanismos⁶⁹. Entre los más importantes se encuentra el de la consulta⁷⁰, la cual puede surtirse a través de la publicación de un proyecto de norma y la recepción de comentarios a través de correos

⁶⁶ Cristina Zurbriggen, *Gobernanza: una mirada desde América Latina*, Perfiles Latinoamericanos No. 38, Julio/Diciembre 2011, p. 40.

⁶⁷ "La base del argumento del debido proceso es que el apoyo público es merecido porque el regulador usa procedimientos que son justos, accesibles y abiertos. Por lo tanto, la atención es puesta en la equidad, justicia y consistencia en el tratamiento, pero también en los niveles de participación que las decisiones regulatorias y el proceso de política permiten al público, consumidores y otras partes afectadas. La razón subyacente de dicho argumento es que una adecuada influencia democrática sobre la regulación es asegurada a través del debido proceso observado y que esta influencia tiene un efecto legitimante". (traducción libre). Baldwin, Cave y Lodge, ob. cit., p. 29.

⁶⁸ Ariño Ortiz, ob. cit., p. 669.

⁶⁹ Entre los distintos mecanismos identificados por la doctrina para permitir la participación del público se encuentra el denominado en inglés "notice-and comment", el cual se aplica en los Estados Unidos en el proceso de promulgación de normas de la administración federal. A través de este mecanismo se logra tanto informar como consultar al público respecto de las propuestas de normas. Un segundo mecanismo es el denominado en inglés "negotiated rule making". Bajo esta modalidad se establece un foro de discusión directo entre representantes de la sociedad y el gobierno. El propósito es alcanzar un consenso respecto a la regla propuesta. Asimismo, se caracteriza porque las discusiones se encuentran abiertas al público. Aunque no se alcance el consenso, esta regla le permite al gobierno mejorar la calidad de la regulación a través de la discusión de asuntos técnicos. Igualmente, promueve la confianza entre la administración y los administrados. Finalmente, un tercer mecanismo es el denominado "policy dialogue", en virtud del cual se establece una mesa de discusión entre diferentes grupos de interés que dialogan con el propósito de discutir un asunto en el que tienen un interés mutuo. En este sistema se reconoce que las personas pueden tener una posición diferente frente a un mismo problema. Alberto Alemanno, *Stakeholder engagement in regulatory policy*, en *Regulatory Policy in Perspective*. A reader's companion to the OECD regulatory policy Outlook, 2015, p. 127.

⁷⁰ "La etapa del proceso de elaboración de la política que tradicionalmente acoge a la mayoría de los mecanismos de participación de personas interesadas es la de preparación y diseño de la política. Habiéndose establecido la existencia de un problema que justifica una acción política, quienes elaboran la política trabajan en un primer borrador de propuesta que se somete a escrutinio público con el propósito de obtener información y comentarios de las personas interesadas. Aunque la forma en que los aportes externos son canalizados dentro de la preparación de la política varían dependiendo del mecanismo, este generalmente consiste en un mecanismo de consulta". (traducción libre) *Ibidem*, 121.

electrónicos o la página web de la entidad estatal⁷¹. El mecanismo de la consulta ha sido calificado positivamente, pues, entre otros: i) promueve la participación entre diversos grupos, ii) constituye un mecanismo de control al proceso de decisión y iii) otorga legitimación a la decisión⁷².

1) La política de la OCDE en materia regulatoria

Organizaciones internacionales como la OCDE han promovido la adopción de políticas regulatorias adecuadas⁷³ por parte de los Estados⁷⁴, políticas que se ubican dentro del

⁷¹ "Usualmente la consulta toma la forma de un proyecto legislativo en la página web del ministerio o departamento y permite el envío de comentarios a través de correo electrónico o una forma en la red. Muchos países están usando ahora portales web centralizados del gobierno para hacer que todas las consultas estén disponibles en un solo lugar". (traducción libre). *Ibíd.*, p. 125.

⁷² "Consulta: Existe un acuerdo casi universal de que la consulta es una "cosa buena". Cuatro razones han sido tradicionalmente resaltadas. Se ha dicho que la consulta mejora la evidencia base para la toma de la decisión regulatoria. Segundo, la consulta promueve la participación entre diversas personas interesadas. Tercero, la consulta es una forma para controlar la toma de la decisión (...) Finalmente, la consulta es también considerada crucial para avanzar en la legitimidad en la toma de la decisión". (traducción libre). Martin Lodge, *Trends and challenges in regulation and regulatory policy*, en *Regulatory policy in perspective. A reader's companion to the OECD regulatory policy outlook 2015*, 2015, p. 25. "La consulta eficaz es una consideración clave para garantizar que los intereses de ciudadanos y empresas se tomen en cuenta al desarrollar y diseñar regulaciones. La consulta mejora la efectividad de las regulaciones mediante el uso de la información que entidades reguladas aportan sobre sus probables impactos. Poner a consideración los problemas y las posibles deficiencias aumenta el compromiso de los interesados y promueve una mayor probabilidad de cumplimiento. El efecto positivo de una mayor transparencia y del compromiso de los actores no se limita a las regulaciones, sino que también se aplica al desarrollo y cumplimiento de políticas y programas". OCDE, *Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia: Más allá de la simplificación administrativa*, OECD Publishing, 2014, p. 90. "Es esencial que el Sistema regulatorio sea transparente para establecer un ambiente regulatorio estable y accesible que promueva la competencia, el comercio, y la inversión, y ayude a proteger de la indebida influencia de intereses especiales. La transparencia refuerza la legitimidad y la justicia del proceso regulatorio. Envuelve un rango amplio de prácticas, incluyendo procesos estandarizados para hacer y reformar regulaciones, consulta con las partes interesadas, lenguaje sencillo en la redacción, publicación y codificación". (traducción libre). OECD, *Regulatory Policy in Chile: Government Capacity to Ensure High-Quality Regulation*, OECD Reviews of Regulatory Reform, OECD Publishing, 2016, p. 84.

⁷³ Es importante señalar que por política regulatoria la OCDE ha entendido: "el proceso mediante el cual el gobierno, cuando identifica un objetivo de política pública, determina si empleará la regulación como instrumento de política, y en seguida elabora un borrador y adopta una regulación mediante un proceso de toma de decisiones basado en evidencia" (OECD, 2012). La política regulatoria es esencial para un proceso formal y confiable que vincule las metas y acciones de política pública con la regulación. (...) "Una política regulatoria efectiva tiene tres componentes básicos que se refuerzan entre sí: debe adoptarse en el nivel político más alto; contar con estándares de calidad regulatoria explícitos y medibles; y permitir una capacidad sostenida de administración regulatoria (OECD, 2002)". OCDE, 2014, *ob. cit.*, pp. 41-42.

⁷⁴ "El objetivo de la política regulatoria es asegurar que las regulaciones sustenten el crecimiento económico y el desarrollo, la consecución de objetivos sociales más amplios tales como el bienestar social y la sostenibilidad ambiental, así como también fortalecer el Estado de Derecho. Ella aborda la necesidad permanente de asegurar que las regulaciones y los marcos regulatorios sean justificados, de alta calidad y alcancen los objetivos de las políticas. Ayuda a quienes fijan las políticas a tomar decisiones informadas sobre qué regular, a quién regular y cómo regular. Como una parte integral de un gobierno público efectivo, la política regulatoria también ayuda a formar la relación entre el Estado, los ciudadanos, los empresarios y la sociedad civil" (traducción libre). OCDE, *Regulatory policy and governance. Supporting economic growth and serving the public interest*, OCDE, 2011, p. 7.

concepto de “gobernanza regulatoria”⁷⁵. En este sentido, el documento de la OCDE “Recomendación del Consejo sobre política y gobernanza regulatoria”⁷⁶, sugirió a los Estados:

“Adherirse a los principios de gobierno abierto, considerando la transparencia y la participación en el proceso regulatorio a fin de asegurar que la regulación se encuentre al servicio del interés público y esté informada de las necesidades legítimas de aquellos a quienes concierne y afecta. Esto conlleva ofrecer oportunidades significativas (incluso en línea) para que el público contribuya al proceso de preparar borradores de propuestas regulatorias y a la calidad del análisis de apoyo. Los gobiernos deben asegurarse de que las regulaciones sean comprensibles y claras y de que las partes puedan entender fácilmente sus derechos y obligaciones”.

Como medidas para implementar esta recomendación, los gobiernos deben: i) desarrollar procesos de consulta para obtener información de forma más eficiente y de mejor calidad, ii) tomar en cuenta a las partes interesadas⁷⁷ durante el proceso de

⁷⁵ “La gobernanza regulatoria efectiva maximiza la influencia de la política regulatoria para generar regulaciones que tengan un efecto positivo en la economía y la sociedad, y que alcancen los objetivos implícitos de política pública. Se ocupa del diseño y la implementación de la regulación, así como de asegurar su cumplimiento. Conlleva un enfoque integral para el uso de políticas, herramientas e instituciones regulatorias”. OCDE, Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria. OCDE, 2012, p. 24.

⁷⁶ Es importante destacar que por regulación, a la luz de las buenas prácticas que en materia regulatoria promueve, la OCDE la entiende en términos generales como las reglas que los gobiernos imponen a los ciudadanos y empresarios. Véase Lodge, 2015, ob. cit. 12. “Para la OCDE, la definición de regulación es muy amplia; abarca una variedad de instrumentos mediante los cuales los gobiernos establecen requerimientos para empresas y personas. Las regulaciones incluyen leyes, órdenes formales e informales y reglamentos subordinados que emanan de todos los órdenes de gobierno, así como normas procedentes de organismos no gubernamentales o autorreguladores en los que los gobiernos han delegado facultades en materia de regulación”. (negrilla fuera del texto). OCDE, 2012, p. 24. Un ejemplo de que la OCDE entiende el concepto de regulación como norma jurídica se encuentra en el documento titulado “Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia: Más allá de la simplificación administrativa”, en el cual se identificó la jerarquía de las regulaciones en Colombia en los siguientes términos: “Cuadro 3.1. Jerarquía de las regulaciones en Colombia .1. Constitución Política 2. Tratados internacionales 3. Leyes: Constitución Política de Colombia, Capítulo III • Leyes orgánicas: Constitución Política, Art. 151 • Leyes estatutarias: Constitución Política, Art. 152 • Leyes marco: Constitución Política, Numeral 19, Art. 150 • Leyes de atribuciones: Constitución Política, Numeral 10, Art. 150 • Leyes que dan curso a referendo: Constitución Política, Art. 103 • Leyes aprobatorias: Constitución Política, Art. 93, Art. 150 (Numeral 14, 16) • Leyes ordinarias: Aquellas promulgadas por el Congreso con base en las competencias asignadas en el Capítulo III de la Constitución 4. Decretos • Decretos ley (emitidos por facultades extraordinarias del Ejecutivo): Constitución Política, Numeral 10, Art. 150 • Decretos legislativos (emitidos en situación de excepción): Constitución Política, Art. 212 • Decretos estatutarios • Decretos regulatorios: Constitución Política, Numeral 11, Art. 189 • Decretos marco (aquellos que dan origen a las leyes marco) • Decretos ejecutivos (competencia residual): Constitución Política, Parte 4, Art. 115 • Decretos compilatorios 5. Resoluciones: Constitución Política, Numeral 11, Art. 189 6. Circulares: Norma Técnica Colombiana NTC 3234 documentación, elaboración de circulares 7. Ordenanzas Departamentales 8. Acuerdos Municipales”. OCDE, 2014, ob. cit., p. 39.

⁷⁷ “La política regulatoria debe tomar en cuenta a los beneficiarios de la protección regulatoria, así como aquellos que incurran en obligaciones en materia regulatoria. Las personas que tienen que ver con la regulación, y que son afectadas por ésta, abarcan a ciudadanos, empresas, consumidores y empleados (incluidas sus organizaciones y asociaciones representativas), el sector público, las organizaciones no gubernamentales, los socios comerciales internacionales y otros actores”. OCDE, 2012, ob. cit., p. 27.

formulación de la regulación, y iii) colocar a disposición del público las decisiones y los datos relacionados con la medida regulatoria⁷⁸.

2) La experiencia internacional en materia de consulta

En el campo internacional es posible identificar varias experiencias de países que han establecido procedimientos para la participación de los ciudadanos dentro del proceso de adopción de una norma jurídica por parte de la administración. A continuación se expondrán los casos de los Estados Unidos, España, Argentina y la Unión Europea.

a. Los Estados Unidos

En el país norteamericano, la Ley de procedimiento administrativo⁷⁹, norma incorporada en el Código de los Estados Unidos (*United States Code*), establece que las propuestas de normas jurídicas (*rules*)⁸⁰ que deban proferir las agencias federales⁸¹ deben publicarse por regla general en el Código de Regulaciones Federales (*Code of Federal Regulations*). Asimismo, la ley ordena a dichas agencias que permitan a las personas interesadas en participar en el proceso de adopción de la norma, enviar opiniones, datos o argumentos⁸².

⁷⁸ "2.2 Los gobiernos deben cooperar con los actores o partes interesadas en la revisión de regulaciones existentes y el desarrollo de nuevas al:

» **Involucrar activamente a todos los actores pertinentes durante el proceso de formulación de la regulación y diseñar procesos de consulta para maximizar la calidad y efectividad de la información que se obtenga;**

(...)

» Poner a disposición del público, en la medida de lo posible, todo el material pertinente de los expedientes regulatorios, incluidos los análisis de sustento, así como las razones de las decisiones regulatorias y los datos concernientes". (negrilla fuera del texto). *Ibidem*, p. 11.

⁷⁹ "Desde su promulgación en 1946, la Ley de Procedimiento Administrativo (APA) ha servido de fundamento legal para la participación de las personas interesadas en el desarrollo de las regulaciones de las agencias federales del gobierno de los Estados Unidos. Uno de los elementos centrales del APA es la elaboración de normas vía el proceso de noticia y comentario. Bajo la APA, las agencias deben por regla general, sujeto a un número de excepciones, publicar en el Registro Federal anuncios de normas propuestas, otorgar a los interesados oportunidades para comentar, y responder a los asuntos que surjan de los comentarios". (traducción libre). Steven J. Balla y Susan E. Dudley, *Stakeholder participation and regulatory policy making in the United States*, en *Regulatory Policy in Perspective*. A reader's companion to the OECD regulatory policy Outlook, 2015, p. 163.

⁸⁰ "(4) "regla" significa la totalidad o parte de la manifestación de una agencia de aplicación general o particular y efecto futuro diseñada para implementar, interpretar o prescribir una ley o política o describir la organización, procedimiento o requisitos de ejercicio de una agencia (...)." (traducción libre). 5 USC § 551.

⁸¹ "Agencia" significa cualquier autoridad del gobierno de los Estados Unidos, este o no adentro o sujeta al control de otra agencia, pero no incluye— (A) El Congreso; (B) las cortes de los Estados Unidos; (C) los gobiernos de los territorios o posesiones de los Estados Unidos; (D) el gobierno del Distrito de Columbia; o exento de los requisitos de la sección 552 de este título – (E) agencias integradas por representantes de las partes o representantes de organizaciones de las partes para las disputas determinadas por ellas, (F) cortes marciales y comisiones militares; (G) autoridad militar ejercida en el campo en tiempos de guerra o en un territorio ocupado; o (H) funciones conferidas por las secciones 1738, 1739, 1743 y 1744 del título 12; subcapítulo II del capítulo 471 del título 49; o secciones 1884, 1891-1902, y antigua sección 1641(b)(2), del título 50, anexo;" (traducción libre). 5 USC § 551.

⁸² "Noticia general de la regla propuesta será publicada en el Registro Federal (...). (c) Después de la noticia ordenada por esta sección, la agencia dará a las partes interesadas una oportunidad para

Sin embargo, la publicación y la participación ciudadana no serán necesarias en asuntos relacionados con: i) el ejercicio de funciones militares o de relaciones exteriores, ii) la administración o personal de la agencia, iii) la propiedad pública, iv) préstamos, v) subvenciones, vi) rendimientos y vii) contratos. Tampoco tendrán lugar cuando se trate de reglas sobre: i) interpretación, ii) manifestaciones generales de políticas, o iii) la organización, procedimientos o prácticas de la agencia.

Finalmente, tampoco será necesaria la publicación o participación ciudadana cuando la agencia encuentre una justa causa para que el aviso y el procedimiento público sean impracticables, innecesarios o contrarios al interés público⁸³.

b. España

participar en la adopción de la regla a través del envío de datos escritos, posturas, o argumentos con o sin oportunidad de una presentación oral. Después de la consideración de los asuntos relevantes presentados, la agencia incorporará en las reglas adoptadas un pronunciamiento general y conciso de su base y propósito". (traducción libre). 5 USC § 553. "La consulta pública es una herramienta muy desarrollada en los Estados Unidos. Casi todas las regulaciones federales se generan mediante procedimientos administrativos obligatorios, cuyo fin es garantizar la consulta pública y la apertura. Estos procedimientos de "aviso y comentario" dominan el proceso de expedición de regulaciones en Washington al establecer los canales a través de los cuales múltiples grupos de interés se esfuerzan por influir en las decisiones regulatorias formulando argumentos empíricos o legales que respalden sus posturas. La ley sobre Procedimientos Administrativos, promulgada en 1946, establece requisitos mínimos de procedimiento para la formulación de regulaciones. Si bien da a las agencias gran flexibilidad para desarrollar procedimientos, la ley exige que estas publiquen las regulaciones propuestas en el Registro Federal.

Salvo algunas excepciones ampliamente utilizadas, debe dársele al público por lo menos 30 días para presentar comentarios por escrito, y la agencia debe considerar todos los que reciba. El sistema estadounidense de aviso y comentario ha generado un proceso regulatorio extremadamente abierto y accesible en el nivel federal, que respeta las buenas prácticas internacionales de transparencia. En teoría, este proceso está abierto a todos los ciudadanos, en vez de basarse en grupos representativos, lo cual hace que este método se distinga de aquellos utilizados en modelos de consulta más corporativistas y también de los métodos informales que otorgan a los reguladores considerable discreción para decidir a quién consultar. Su efecto consiste en aumentar la calidad y la legitimidad de las políticas públicas al impedir que intereses particulares ejerzan una influencia indebida". OCDE, 2014, ob. cit., p. 91.

⁸³ "(a) Esta sección aplica, de acuerdo a las disposiciones acabadas de mencionar, excepto en la medida que este envuelta: (1) una función militar o de relaciones exteriores de los Estados Unidos; o (2) un asunto relacionado con la administración o personal de la agencia, o la propiedad pública, préstamos, subvenciones, rendimientos o contratos.

(...)

Excepto cuando un aviso o notificación es ordenado por la ley, esta subsección no aplica—(A) para reglas interpretativas, manifestaciones generales de políticas, o reglas de la organización, procedimiento o práctica de la agencia, o (B) cuando la agencia encuentre una justa causa (e incorpore el hallazgo y una breve afirmación de las razones para ello en la regla promulgada) para que el aviso y el procedimiento público sean impracticables, innecesarios o contrarios al interés público." (traducción libre). 5 USC § 553.

En España las Leyes 39⁸⁴ y 40⁸⁵ de 2015, las cuales entrarán a regir a partir del 2 de octubre de 2016 con algunas salvedades⁸⁶, regulan el procedimiento para la elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos. En esta línea, y para el caso de la primera, el Título VI, denominado “De la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones”, contiene una serie de disposiciones dirigidas a promover la buena regulación en el país ibérico.

Así, del artículo 129 de la Ley 39 de 2015, el cual establece los principios de buena regulación, se destacan los siguientes aspectos: i) tanto en la iniciativa legislativa como en la potestad reglamentaria, se debe actuar con fundamento en los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia⁸⁷, ii) el principio de transparencia impone a la Administración el deber de facilitar el acceso de la normativa vigente así como también a los documentos relativos a su proceso de elaboración, y iii) asimismo, en virtud del principio de transparencia, la Administración debe permitir en el proceso de la elaboración de las normas la participación activa de los potenciales destinatarios⁸⁸.

Por su parte, el artículo 133 de la misma ley, referente a la “Participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos”, señala que de manera previa a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o del reglamento, debe surtirse una consulta pública dirigida a conocer la opinión de los sujetos que potencialmente pueden verse afectados por la

⁸⁴ “1. La presente Ley tiene por objeto regular los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas, incluyendo el sancionador y el de reclamación de responsabilidad de las Administraciones Públicas, así como los principios a los que se ha de ajustar el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria”. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 1º.

⁸⁵ “A través de esta ley se modificó, entre otros, el Título V, “De la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria del Gobierno”. “La presente Ley establece y regula las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, los principios del sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas y de la potestad sancionadora, así como la organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y de su sector público institucional para el desarrollo de sus actividades”. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 1º.

⁸⁶ “Entrada en vigor. La presente Ley entrará en vigor al año de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». No obstante, las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico producirán efectos a los dos años de la entrada en vigor de la Ley”. Disposición final séptima. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Véase igualmente Disposición final decimoctava. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁸⁷ “1. En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios”.

⁸⁸ “5. En aplicación del principio de transparencia, las Administraciones Públicas posibilitarán el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración, en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; definirán claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos; y posibilitarán que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas”.

norma⁸⁹. También establece la disposición española que, además de la consulta previa, si la norma afecta los derechos e intereses legítimos de las personas, el texto normativo de la iniciativa debe publicarse con el propósito de obtener información del público⁹⁰.

Adicionalmente, la consulta debe adelantarse de tal manera que los potenciales destinatarios de la norma, o quien lo desee, tengan la posibilidad de opinar. Por lo tanto, deben ponerse a disposición de estos los documentos que sean necesarios para el efecto⁹¹.

Con todo, la ley autoriza que no se realice el trámite de consulta cuando se trate de normas presupuestarias o relacionadas con la organización de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la administración local o las organizaciones dependientes o vinculadas a estas. Igualmente, tampoco será necesaria la consulta cuando existan razones graves de interés público que así lo justifiquen⁹². Por su parte, respecto a estos últimos puntos, la Ley 40 de 2015 dispuso:

“Podrá prescindirse del trámite de consulta pública previsto en este apartado en el caso de la elaboración de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen, o cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia.

⁸⁹ “1. Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de: a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa. b) La necesidad y oportunidad de su aprobación. c) Los objetivos de la norma. d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias”. En el caso de la Ley 40 de 2015 se dispuso: La elaboración de los anteproyectos de ley, de los proyectos de real decreto legislativo y de normas reglamentarias se ajustará al siguiente procedimiento: (...)2. Se sustanciará una consulta pública, a través del portal web del departamento competente, con carácter previo a la elaboración del texto, en la que se recabará opinión de los sujetos potencialmente afectados por la futura norma y de las organizaciones más representativas acerca de: a) Los problemas que se pretenden solucionar con la nueva norma. b) La necesidad y oportunidad de su aprobación. c) Los objetivos de la norma. d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias”.

⁹⁰ “2. Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades. Asimismo, podrá también recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto”.

⁹¹ “3. La consulta, audiencia e información públicas reguladas en este artículo deberán realizarse de forma tal que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberán ponerse a su disposición los documentos necesarios, que serán claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia”.

⁹² “4. Podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en este artículo en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen”.

También podrá prescindirse de este trámite de consulta en el caso de tramitación urgente de iniciativas normativas, tal y como se establece en el artículo 27.2. La concurrencia de alguna o varias de estas razones, debidamente motivadas, se justificarán en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

La consulta pública deberá realizarse de tal forma que todos los potenciales destinatarios de la norma tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberá proporcionarse un tiempo suficiente, que en ningún caso será inferior a quince días naturales”.

c. La Unión Europea

En la Unión Europea existen normas y políticas dirigidas a promover la participación de los ciudadanos en el proceso de adopción de actos, tanto legislativos como delegados y de ejecución⁹³. En este sentido, el artículo 11 del Tratado de la Unión Europea establece:

“1. Las instituciones darán a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de actuación de la Unión.

2. Las instituciones mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil.

3. Con objeto de garantizar la coherencia y la transparencia de las acciones de la Unión, la Comisión Europea mantendrá amplias consultas con las partes interesadas”.

En desarrollo de este mandato se adoptó el Protocolo No. 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, el cual señaló en su artículo 2º que la Comisión, antes de proponer un acto legislativo, debe adelantar un proceso de consulta. Sin embargo, esta no será necesaria en casos de urgencia excepcional⁹⁴.

Asimismo, en el Acuerdo Interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la Mejora de la Legislación se acordó:

“Las tres Instituciones consideran que el uso de consultas públicas y de consultas a los interesados, la evaluación ex post de la legislación vigente y las evaluaciones de impacto de las nuevas iniciativas contribuirán a lograr el objetivo de la mejora de la legislación.

⁹³ “Los artículos 289, 290 y 291 del TFUE establecen una jerarquía de las normas de Derecho derivado entre actos legislativos, actos delegados y actos de ejecución. Se definen como actos legislativos los actos jurídicos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo, ordinario o especial. Por el contrario, los actos delegados son actos no legislativos de alcance general que completan o modifican determinados elementos no esenciales de un acto legislativo. El legislador (Parlamento Europeo y Consejo) puede delegar en la Comisión los poderes para adoptar este tipo de actos. (...) Los actos de ejecución son generalmente adoptados por la Comisión, competente para ello en el caso de los actos jurídicamente vinculantes que requieren condiciones uniformes de ejecución”. Udo Bux, Las fuentes y el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea. Fichas técnicas sobre la Unión Europea, Parlamento Europeo, disponible en: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.2.1.pdf.

⁹⁴ “Antes de proponer un acto legislativo, la Comisión procederá a amplias consultas. Estas consultas deberán tener en cuenta, cuando proceda, la dimensión regional y local de las acciones previstas. En casos de urgencia excepcional, la Comisión no procederá a estas consultas. Motivará su decisión en su propuesta”.

(...)

19. Las consultas públicas y las consultas a los interesados constituyen una parte fundamental de una toma de decisiones fundada y de la mejora de la calidad de la legislación. Sin perjuicio de las disposiciones específicas aplicables a las propuestas de la Comisión en virtud del artículo 155, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Comisión, antes de la adopción de su propuesta, efectuará consultas públicas de forma abierta y transparente, garantizando que las modalidades y plazos de dichas consultas públicas, permitan una participación lo más amplia posible. En particular, la Comisión impulsará la participación directa de las pymes y otros usuarios finales en las consultas, incluidas las consultas públicas por internet. Los resultados de dichas consultas públicas y consultas a los interesados se comunicarán sin dilación a ambos colegisladores y se harán públicos”.

(...)

28. Las tres Instituciones han convenido en un Acuerdo común sobre los actos delegados y en sus correspondientes cláusulas tipo (en lo sucesivo «Acuerdo común»), anejo al presente Acuerdo interinstitucional. Con arreglo al Acuerdo común, y a fin de mejorar la transparencia y las consultas, la Comisión se compromete a recabar, antes de la adopción de los actos delegados, todo el asesoramiento técnico necesario, incluso mediante la consulta a expertos de los Estados miembros y consultas públicas. Además, y cuando sea necesario un asesoramiento técnico más amplio en las fases iniciales de preparación de los proyectos de actos de ejecución, la Comisión recurrirá a grupos de expertos, consultará a los interesados específicos y llevará a cabo consultas públicas, según proceda.⁹⁵

d. Argentina

Argentina cuenta también con una normativa especial que permite la participación de los ciudadanos en la adopción de normas jurídicas proferidas por la administración. La Sala se refiere al Decreto 1172 de 2003, a través del cual se aprobó el reglamento general para la elaboración participativa de normas⁹⁶ y que establece el procedimiento para permitir la manifestación de opiniones y propuestas frente a proyectos de normas administrativas o de proyectos de ley que sean presentados por el Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación⁹⁷.

⁹⁵ Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la mejora de la legislación. 13 de Abril de 2016.

⁹⁶ “El presente Reglamento General es de aplicación en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional”. Artículo 2°.

⁹⁷ “La Elaboración Participativa de Normas constituye un mecanismo por el cual se habilita un espacio institucional para la expresión de opiniones y propuestas respecto de proyectos de normas administrativas y proyectos de ley para ser elevados por el Poder Ejecutivo Nacional al Honorable Congreso de la Nación”. Artículo 3°. “La finalidad de la Elaboración Participativa de Normas es permitir y promover una efectiva participación ciudadana en el proceso de elaboración de reglas administrativas y proyectos de ley para ser presentados por el Poder Ejecutivo Nacional al Honorable Congreso de la Nación”. Artículo 4°.

3) El caso colombiano

En Colombia ha existido también la preocupación y el interés por generar espacios y procedimientos de participación que promuevan el diálogo y la consulta de la administración con los particulares en el proceso de elaboración de normas jurídicas que tengan origen en el Ejecutivo, especialmente si se tiene en cuenta que la promulgación de estas normas es el mecanismo a través del cual se materializan las políticas públicas del Estado⁹⁸.

Así, la participación ciudadana en el proceso de toma de las decisiones de la Administración encuentra reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico colombiano a nivel constitucional, legal y administrativo.

a. Fundamento constitucional

En esta dirección, las disposiciones de la Carta Política de 1991 que reconocen y promueven dicha participación son:

- i) El artículo 1º que establece que nuestro país es un Estado social de derecho, organizado como una república “democrática, participativa y pluralista”⁹⁹.
- ii) El artículo 2º que identifica como uno de los fines del Estado el “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política administrativa y cultural de la Nación”¹⁰⁰.
- iii) El numeral 2º del artículo 40, en virtud del cual se establece que todo ciudadano tiene derecho a tomar parte en diferentes formas de participación democrática¹⁰¹.

⁹⁸ “La producción normativa ocupa un espacio central en la implementación de políticas públicas, siendo el medio a través del cual se estructuran los instrumentos jurídicos que materializarán gran parte de las decisiones del Estado, y cuyo impacto es tan importante como el de la política fiscal y monetaria. Es así, como durante las últimas décadas se han desarrollado herramientas y estándares que garanticen normas de calidad alineadas con el interés general y que respondan a evidencias que justifiquen su existencia.” Documento CONPES 3816 de 2014, p. 8.

⁹⁹ “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

¹⁰⁰ “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

¹⁰¹ “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática”.

iv) El artículo 78 que ordena al Estado garantizar la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les atañen¹⁰².

v) El artículo 79 que garantiza la participación de la comunidad en las decisiones que les afecten¹⁰³.

vi) El artículo 103 que establece los distintos mecanismos de participación de los ciudadanos y señala el deber del Estado de contribuir a la organización, promoción y capacitación de asociaciones de distinta índole con el propósito de que tomen parte en instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública¹⁰⁴.

vii) El artículo 207 que determina que la ley es la encargada de organizar las formas y sistemas de participación de los ciudadanos para la vigilancia de la gestión pública¹⁰⁵.

b. Fundamento legal

A nivel legal se consagran distintas normativas que reconocen el derecho de los ciudadanos a participar. Entre estas se destacan las siguientes: a) Ley 21 de 1991¹⁰⁶ que incorpora la consulta con comunidades étnicas¹⁰⁷, b) Ley 99 de 1993¹⁰⁸ que

¹⁰² "El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos".

¹⁰³ "La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

¹⁰⁴ Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará. El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan".

¹⁰⁵ "La ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados".

¹⁰⁶ "Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989."

¹⁰⁷ "1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas". Ley 21 de 1991, artículo 6º.

¹⁰⁸ "Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones".

establece la consulta con las comunidades indígenas y afrodescendientes¹⁰⁹, c) Ley 182 de 1995¹¹⁰ que ordena la publicación de proyectos de actos de carácter general de competencia de la ANTV¹¹¹, d) Ley 388 de 1997¹¹² que dispone la consulta ciudadana dentro del proceso de adopción del plan de ordenamiento territorial¹¹³, e) Ley 489 de 1998¹¹⁴ que autoriza a las entidades y organismos de la Administración Pública a adelantar las acciones necesarias para involucrar a los ciudadanos y a la

¹⁰⁹ "De las Comunidades Indígenas y Negras. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades". Ley 99 de 1993, artículo 76.

¹¹⁰ "Por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones".

¹¹¹ "Procedimiento especial para la adopción de acuerdos. Para la adopción de los actos de carácter general que sean de competencia de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, deberá seguirse siempre el siguiente procedimiento: a) La Junta Directiva deberá comunicar a través de medios de comunicación de amplia difusión la materia que se propone reglamentar; b) Se concederá un término no mayor de dos (2) meses a los interesados, para que presenten las observaciones que consideren pertinentes sobre el tema materia de regulación; c) Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones y con base en la información disponible, se adoptará la reglamentación que se estime más conveniente; d) Dicha reglamentación será comunicada de la manera prevista por la Ley 58 de 1985 o en las normas que la modifiquen o sustituyan". Ley 182 de 1995, artículo 13.

¹¹² "Por la cual se modifican la Ley 9ª de 1989 y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones".

¹¹³ "Instancias de concertación y consulta. El alcalde distrital o municipal, a través de las oficinas de planeación o de la dependencia que haga sus veces, será responsable de coordinar la formulación oportuna del proyecto del plan de Ordenamiento Territorial, y de someterlo a consideración del Consejo de Gobierno. En todo caso, antes de la presentación del proyecto de plan de ordenamiento territorial a consideración del concejo distrital o municipal, se surtirán los trámites de concertación interinstitucional y consulta ciudadana, de acuerdo con el siguiente procedimiento: (...) Parágrafo. La consulta democrática deberá garantizarse en todas las fases del plan de ordenamiento, incluyendo el diagnóstico, las bases para su formulación, el seguimiento y la evaluación". Ley 388 de 1997, artículo 24.

¹¹⁴ "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".

sociedad civil en la formulación de la gestión pública¹¹⁵, f) Ley 1150 de 2007¹¹⁶ que ordena la publicación de los proyectos de pliegos de condiciones y de los estudios y documentos previos que sirvieron para su elaboración¹¹⁷, g) Ley 1480 de 2011¹¹⁸ que reconoce como uno de los derechos de los consumidores y usuarios el ser oídos en el estudio de las decisiones administrativas y legales que los afectan¹¹⁹ y h) Ley 1757 de 2015¹²⁰ que tiene como objeto promover, proteger y garantizar el derecho de los ciudadanos a participar en la vida política, administrativa, económica, social y cultural de la Nación¹²¹.

¹¹⁵ "Todas las entidades y organismos de la Administración Pública tienen la obligación de desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública. Para ello podrán realizar todas las acciones necesarias con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública. Entre otras podrán realizar las siguientes acciones: a) Convocar a audiencias públicas; b) Incorporar a sus planes de desarrollo y de gestión las políticas y programas encaminados a fortalecer la participación ciudadana; c) Difundir y promover los derechos de los ciudadanos respecto del correcto funcionamiento de la Administración Pública; d) Incentivar la formación de asociaciones y mecanismos de asociación de intereses para representar a los usuarios y ciudadanos; e) Apoyar los mecanismos de control social que se constituyan; f) Aplicar mecanismos que brinden transparencia al ejercicio de la función administrativa". Ley 489 de 1998, artículo 32. "Cuando la administración lo considere conveniente y oportuno, se podrán convocar a audiencias públicas en las cuales se discutirán aspectos relacionados con la formulación, ejecución o evaluación de políticas y programas a cargo de la entidad, y en especial cuando esté de por medio la afectación de derechos o intereses colectivos. Las comunidades y las organizaciones podrán solicitar la realización de audiencias públicas, sin que la solicitud o las conclusiones de las audiencias tengan carácter vinculante para la administración. En todo caso, se explicarán a dichas organizaciones las razones de la decisión adoptada. En el acto de convocatoria a la audiencia, la institución respectiva definirá la metodología que será utilizada". Ley 489 de 1998, artículo 33.

¹¹⁶ Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

¹¹⁷ "De la publicación de proyectos de pliegos de condiciones, y estudios previos. Con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido, las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, en las condiciones que señale el reglamento. La información publicada debe ser veraz, responsable, ecuaníme, suficiente y oportuna. La publicación de los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección. Junto con los proyectos de pliegos de condiciones se publicarán los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración. Las Entidades deberán publicar las razones por las cuales se acogen o rechazan las observaciones a los proyectos de pliegos". Ley 1150 de 2007, artículo 8°.

¹¹⁸ "Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones".

¹¹⁹ "Derechos y deberes de los consumidores y usuarios. Se tendrán como derechos y deberes generales de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de los que les reconozcan leyes especiales, los siguientes: 1.8. Derecho a la participación: Organizarse y asociarse para proteger sus derechos e intereses, elegir a sus representantes, participar y ser oídos por quienes cumplan funciones públicas en el estudio de las decisiones legales y administrativas que les conciernen, así como a obtener respuesta a sus peticiones". Ley 1480 de 2011, artículo 3°.

¹²⁰ "Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática".

¹²¹ "El objeto de la presente ley es promover, proteger y garantizar modalidades del derecho a participar en la vida política, administrativa, económica, social y cultural, y así mismo a controlar el poder político. La presente ley regula la iniciativa popular y normativa ante las corporaciones públicas, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, el plebiscito y el cabildo abierto; y establece las normas fundamentales por las que se regirá la participación democrática de las organizaciones civiles. La regulación de estos mecanismos no impedirá el desarrollo de otras formas de participación democrática

c. Fundamento en el nivel de la administración

En el nivel de la administración también se consagran importantes iniciativas e instrumentos. Así, en el año 2014 fue adoptado el Documento CONPES 3816, denominado “Mejora Normativa: Análisis de Impacto”, el cual tiene como objetivo principal:

“[S]entar las bases para institucionalizar el Análisis de Impacto Normativo (AIN) en la etapa temprana del proceso de emisión de las normas desde la Rama Ejecutiva, como herramienta dirigida a fortalecer la confianza, efectividad y transparencia de la normatividad, en el mediano y largo plazo”.

Con este propósito, el documento plantea distintas estrategias para establecer procedimientos que garanticen la publicidad y la participación de los ciudadanos y grupos de interés en la elaboración de las normas¹²². Entre estas se destaca el uso obligatorio de Análisis de Impacto Normativo (AIN) por las entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional que tengan iniciativa legislativa, reglamentaria y regulatoria¹²³.

Otro ejemplo importante de la participación ciudadana en el proceso de adopción de normas jurídicas por autoridades administrativas lo constituye el caso de las comisiones de regulación de servicios públicos, las cuales tienen la obligación de publicar sus proyectos de resolución por mandato del artículo 2.2.13.3.2 del Decreto 1078 de 2015¹²⁴:

“Publicidad de proyectos de regulaciones. Las Comisiones harán público en su página Web, con antelación no inferior a treinta (30) días a la fecha de su expedición, todos los proyectos de resoluciones de carácter general que pretendan adoptar, excepto los relativos a fórmulas tarifarias, en cuyo caso se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 124 a 127 de la Ley 142 de 1994, reglamentado en el artículo 2.2.13.3.4. del presente decreto”.

en la vida política, económica, social y cultural, ni el ejercicio de otros derechos políticos no mencionados en esta ley”. Ley 1757 de 2015, artículo 1º.

¹²² “Las estrategias planteadas están dirigidas a incorporar el Análisis de Impacto Normativo para que las normas cumplan con los objetivos para los cuales son emitidas. De igual forma, para que se establezcan metodologías que garanticen no sólo la publicidad de las mismas, y permitan participación efectiva de los ciudadanos y grupos de interés, sino que se analice técnicamente sus posibles impactos económicos, fiscales, ambientales y sociales. (...) En términos de Acceso a la Información, se busca garantizar su acceso por parte de los actores partícipes del proceso de elaboración del proyecto normativo desde la planeación de la normatividad hasta la formulación de la misma, incluyendo la publicación oportuna de toda la información utilizada en el proceso de construcción del proyecto normativo, tales como resultados de consultorías, de los impactos normativos, comentarios a proyectos de producción normativa, conceptos, entre otros. Esta estrategia debe contemplar la vinculación y coordinación con las iniciativas que aborden el tema de transparencia y derecho de acceso a la información pública nacional, como la ley 1712 del 2014”. Documento CONPES 3816 de 2014, pp. 4 y 33.

¹²³ *Ibidem*, p. 33.

¹²⁴ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”

Adicionalmente, el Decreto establece que el documento que haga público el proyecto respectivo debe realizar una invitación explícita a los agentes, los usuarios, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliados y a la Superintendencia de Industria y Comercio para que remitan sus observaciones o sugerencias¹²⁵.

Otro ejemplo en materia de participación ciudadana en el proceso de expedición de normas jurídicas de la administración es el Decreto Número 1609 de 2015¹²⁶, el cual dispuso en su artículo 2.1.2.1.14, relativo a la publicidad, lo siguiente:

*“Cuando de conformidad con la ley deba someterse a consideración del público la información sobre **proyectos específicos de regulación** antes de su expedición, a la memoria justificativa se anexará también la constancia del cumplimiento de esa obligación y se incluirá el resultado de la evaluación de las observaciones ciudadanas que se hubieren presentado” (subrayado fuera del texto).*

Esta norma se encuentra dentro del Título 2º denominado “Directrices Generales de Técnica Normativa”, el cual tiene como objeto establecer las directrices generales en la elaboración de proyectos de decretos y resoluciones que deban contar con la firma del Presidente de la República¹²⁷ y al que se encuentran sometidos los ministerios y departamentos administrativos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2.1.2.1.3.:

“Ámbito de aplicación. El presente título se aplica a los ministerios y departamentos administrativos que en razón a sus funciones deben preparar proyectos de decretos y resoluciones para la firma del Presidente de la República.

A las demás entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional y a las entidades territoriales en relación con los decretos y resoluciones de carácter general de los Alcaldes y Gobernadores, el presente título les será aplicable en los términos del artículo 2.1.2.1.21. del presente Decreto”.

¹²⁵ “Contenido mínimo del documento que haga públicos los proyectos de regulación de carácter general, no tarifarios. Cuando se hagan públicos los proyectos de regulación de carácter general no tarifarios, se incluirán, por lo menos, los siguientes aspectos:

1. El texto del proyecto de resolución.
2. La invitación explícita para que los agentes, los usuarios, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliados para todos los temas y la Superintendencia de Industria y Comercio en lo que concierne a la prevención y control de prácticas comerciales restrictivas de la competencia, remitan observaciones o sugerencias a la propuesta divulgada. (...).

El documento que elaborará el Comité de Expertos de cada Comisión contendrá las razones por las cuales se aceptan o rechazan las propuestas formuladas y podrá agrupar las observaciones, sugerencias y propuestas alternativas en categorías de argumentos.

Cuando se expidan las resoluciones, en la parte motiva se hará mención del documento en el cual cada Comisión revisó los comentarios recibidos y expuso las razones para aceptar o desechar las observaciones, reparos y sugerencias que no se hayan incorporado. Durante el día hábil siguiente al de la publicación de la resolución en el Diario Oficial, se hará público el documento correspondiente al que se refiere este párrafo”. Decreto 1078 de 2015, artículo 2.2.13.3.3.

¹²⁶ “Por el cual se modifican las directrices generales de técnica normativa de que trata el Título 2 de la Parte 1 del Libro 2 del Decreto 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de la Presidencia de la República”.

¹²⁷ “Artículo 2.1.2.1.1. Objeto. El presente título establece directrices generales de técnica normativa para la elaboración de proyectos de decretos y resoluciones para la firma del Presidente de la República”.

Por lo tanto, ya existen normas en el ordenamiento jurídico colombiano que atienden a la participación de los ciudadanos en la elaboración de la norma, como preceptos vinculantes para las autoridades administrativas del orden nacional y territorial.

D. La potestad reglamentaria

La potestad reglamentaria ha sido definida por la jurisprudencia como:

*"[L]a facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional, en cabeza del Presidente de la República, para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido material o alcance."*¹²⁸

A través de la potestad reglamentaria, la cual implica el ejercicio de una función administrativa¹²⁹, se busca hacer más precisa y detallada la ley¹³⁰ de tal suerte que pueda ejecutarse en debida forma. Por esta razón, el acto de reglamentación constituye no una nueva ley sino un acto complementario¹³¹.

La potestad reglamentaria encuentra su justificación en la necesidad de garantizar la organización y funcionamiento de la administración y en la existencia de un gran número de sectores en los que el Estado interviene con el propósito de garantizar el

¹²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 18 de febrero de 2016, Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00018-00. "La potestad reglamentaria es la facultad constitucional atribuida de manera permanente a algunas autoridades para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales se desarrollan las reglas y principios en ella fijados. Su propósito es señalar aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten la debida aplicación de la ley, sin que en ningún caso pueden modificarla, ampliarla o restringirla en cuanto a su contenido material o alcance". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014, Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00119-00. Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 21 de agosto de 2014, Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00095-00(1280-09), Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 12 de marzo de 2015, Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00060-00(2174-12).

¹²⁹ "El numeral 11 del artículo 189 C.P. atribuye la potestad reglamentaria al Presidente de la República como Suprema Autoridad Administrativa, por lo que su ejercicio corresponde al cumplimiento de una función administrativa que se sujeta, por definición, a la observancia de normas superiores como son la Constitución Política y la ley". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 21 de agosto de 2014, Radicación número: 11001-03-06-000-2014-000120-00(2213).

¹³⁰ "Entonces, se trata de normas de ejecución, ya que hacen más precisas y detalladas las disposiciones que tienen fuerza material de ley". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312)A. Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 18 de febrero de 2016, Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00018-00.

¹³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 6 de junio de 2013, Radicación número: 11001-03-24-000-2006-00284-00.

bienestar y el interés colectivo¹³². De igual forma, la referida facultad, además de representar un mecanismo de colaboración entre los poderes legislativo y ejecutivo¹³³, facilita la inteligencia y entendimiento de la ley por parte de la administración y los ciudadanos¹³⁴.

Con todo, la referida potestad se encuentra sujeta a importantes límites, siendo el más importante su subordinación a la ley¹³⁵, tanto jerárquica¹³⁶ como sustancialmente, lo cual implica que a través de la expedición de reglamentos no es posible ampliar, restringir, modificar o contrariar la norma promulgada por el legislador (límite por

¹³² “Como señala la doctrina, las razones políticas que fundamentan el ejercicio de la potestad reglamentaria pueden resumirse en dos: i) la necesidad de asegurar la organización y funcionamiento del aparato administrativo y ii) el aumento de aquellos sectores en los que el Estado puede intervenir, limitando derechos o actividades de los particulares para garantizar condiciones de bienestar e interés colectivo, con la presencia constante de autoridades administrativas mediante el reconocimiento legal de competencias. Entonces, se trata de normas de ejecución, ya que hacen más precisas y detalladas las disposiciones que tienen fuerza material de ley”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312)A.

¹³³ “[E]l ejercicio de la potestad reglamentaria permite dictar normas sobre aspectos procedimentales o sustanciales más puntuales (sin que se materialicen o concreten en actos administrativos particulares), que generalmente la ley no definió. Se trata de una especie de colaboración que ejerce el ejecutivo para completar la función del poder legislativo”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 10 de septiembre de 2015, Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025).

¹³⁴ “La Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha sido reiterativa en el sentido de señalar que el objeto de la potestad reglamentaria consiste en la expedición de normas de carácter general destinadas a lograr la correcta ejecución, cumplimiento y efectividad de la ley para así volverla activa y plenamente operante, facilitando su inteligencia y cumplimiento de parte de la misma Administración y de los particulares al especificar su significado para el logro de los fines del Estado y de la función administrativa”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 21 de agosto de 2014, Radicación número: 11001-03-06-000-2014-000120-00(2213).

¹³⁵ “La actividad reglamentaria se encuentra limitada y encausada por la norma legal y por ello debe respetar tanto su texto como su espíritu. Dicho en otras palabras, so pretexto de hacer eficaz y plenamente operante la norma superior de derecho, el Presidente de la República no puede llegar al extremo de reducir o extender lo que en ella se dispone”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 18 de febrero de 2016, Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00018-00.

¹³⁶ “[E]l reglamento, como expresión de la potestad reglamentaria del Ejecutivo, es un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley. La sumisión jerárquica del reglamento a la ley en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda el reglamento suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos. Por este motivo, si el reglamento supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador, compromete su validez y por tanto deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 C.P.”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 18 de junio de 2014, Radicación número: 11001-03-06-000-2013-000193-00(2143).

competencia)¹³⁷ ni tampoco desconocer su contenido mínimo¹³⁸. Por lo tanto, el Ejecutivo no puede adicionar nuevas disposiciones a la ley¹³⁹ ni restringir o impedir la realización de los fines que esta persigue¹⁴⁰.

Esta restricción es necesaria, pues sin su existencia el Ejecutivo asumiría facultades que son propias del legislador, en forma contraria al principio de separación de poderes¹⁴¹.

Igualmente, no es procedente el ejercicio de la potestad reglamentaria cuando la ley establece disposiciones precisas y claras que no demandan una regulación adicional

¹³⁷ “[E]l límite de la facultad reglamentaria se encuentra en la ley objeto de desarrollo, de modo que el Presidente de la República no puede contrariar el sentido de la norma reglamentada”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 1º de agosto de 2013, Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00102-00(1700-06).

¹³⁸ En virtud del contenido mínimo se busca que no exista una delegación en blanco en favor de la autoridad administrativa, razón por la cual la ley debe contener las decisiones básicas con el fin de definir el régimen de la regulación. Así por ejemplo, la Corte Constitucional ha señalado: “Así pues, las leyes que tratan sobre actividades o materias objeto de regulación por parte de los órganos administrativos, deben contener criterios inteligibles que establezcan de manera clara: (i) “las finalidades que han de guiar a la administración y los criterios materiales que orientarán la regulación para alcanzarlas”; (ii) las prestaciones o derechos que se busca asegurar por medio de la actividad objeto de regulación; (iii) las reglas a las cuales se sujetará el órgano de regulación y que regirán la actividad regulada; y (iv) las previsiones que impidan que algunas personas sean objeto de tratamientos arbitrarios o de beneficios ilegítimos, y que especifiquen los parámetros de control por parte del juez contencioso administrativo. Esto es necesario para que el legislador fije el régimen de la regulación de los servicios públicos como lo ordena el principio de reserva de ley, y así se evite que “el Congreso se abstenga de tomar las decisiones que le competen y opte por delegar en las autoridades administrativas su adopción””. Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 16 de abril de 2002, C-265/02.

¹³⁹ “De lo expuesto pueden inferirse los dos límites que enmarcan la potestad reglamentaria: de un lado, se encuentra un criterio de competencia y, del otro, un criterio de necesidad. El primero se refiere al alcance de la atribución que se entrega al ejecutivo, de manera que le está prohibido, so pretexto de reglamentar la ley, adicionar nuevas disposiciones, por lo que debe entonces, para asegurar la legalidad de su actuación, limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312)A.

¹⁴⁰ “En consecuencia, en ejercicio de la potestad reglamentaria y de expedición de actos administrativos generales no se puede sobrepasar la ley (debe preservarse su naturaleza y elementos), así como tampoco es posible dictar una regulación que en lugar de facilitar su aplicación (de la ley), la restrinja o impida la realización de sus fines”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 16 de abril de 2015, Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223).

¹⁴¹ “Esta facultad, está sujeta a ciertos límites que no son otros que la Constitución y la Ley por cuanto a través de ésta no es dable ampliar, restringir o modificar su contenido. Es decir, las normas reglamentarias deben estar subordinadas a la Ley respectiva y tener como finalidad exclusiva su cabal ejecución. Cualquier exceso en el uso de la potestad reglamentaria por parte del Ejecutivo se traduce en ilegalidad por extralimitación del ámbito material del reglamento. (...) Como se desprende de lo expuesto, la función administrativa que al Presidente de la República corresponde en ejercicio de la potestad reglamentaria, no puede en ningún caso exceder la norma que se reglamenta, ni crear, modificar o derogar normas de rango legal, pues ello trasformaría al Presidente de la República en legislador, con desconocimiento de la separación de funciones que corresponde a las distintas ramas del poder”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 6 de julio de 2015, Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00240-00(2019-10).

para que sea posible su ejecución (límite por necesidad)¹⁴². La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, entre más detallada sea la norma expedida por el legislador, menor será entonces la extensión de la potestad reglamentaria de la administración. De igual forma, entre menos detallada sea la ley, mayor será el ámbito de acción del Ejecutivo para reglamentarla¹⁴³.

Finalmente, a través del ejercicio de la potestad reglamentaria no es posible regular asuntos que se encuentran sujetos a reserva de ley, es decir, aquellos que deben necesariamente normarse a través de una decisión fruto del ejercicio de la facultad legislativa¹⁴⁴.

1) La potestad reglamentaria de autoridades diferentes al Presidente de la República

a) La potestad reglamentaria de autoridades independientes de origen constitucional

La potestad reglamentaria, se encuentra principalmente en cabeza del Presidente de la República, el cual materializa dicha función a través de la expedición de actos de carácter general y abstracto¹⁴⁵ que reciben la denominación de decretos reglamentarios. Con todo, la jurisprudencia colombiana ha venido reconociendo que

¹⁴² "El criterio de "necesidad" consagrado expresamente en el artículo citado (189-11 de la Constitución Política) enmarca el poder reglamentario a aquellos casos en que la ley por ser oscura, condicional o imprecisa lo exija. De manera que no es procedente hacer uso del poder reglamentario cuando la ley contiene ordenamientos precisos, claros e incondicionados que no requieren de regulación adicional para su ejecución". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2013, Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00076-00(32293)A.

¹⁴³ "La potestad otorgada al Ejecutivo encuentra su límite en la forma en que el Congreso ejerza su poder de producción normativa, de suerte que a más detalle legislativo menor competencia ejecutiva para reglamentar y, contrario sensu, a menor ejercicio legislativo mayor amplitud reglamentaria." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312)A. Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 18 de febrero de 2016, Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00018-00. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 28 de febrero de 2013, Radicación número: 11001-03-25-000-2007-000630-00(1299-07). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 16 de abril de 2015, Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00128-00.

¹⁴⁴ "De acuerdo con lo anterior esta la facultad reglamentaria en comento, tiene límites derivados de: a) la propia ley, a saber del grado de desarrollo legislativo, pues "es inversamente proporcional a la extensión de la ley. De suerte que, ante menos cantidad de materia regulada en la ley, existe un mayor campo de acción para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y viceversa", y b) del constituyente el cual por motivos de reserva legal ha dispuesto que determinadas materias sean directamente desarrolladas a través de la función legislativa, garantía que impide que sea por medio de la potestad reglamentaria que se produzca su regulación." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 12 de marzo de 2015, Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00060-00(2174-12).

¹⁴⁵ "En primer lugar debe recordarse que la finalidad de la potestad reglamentaria es la expedición de normas de carácter general orientadas a asegurar la cumplida ejecución de las leyes". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 16 de abril de 2015, Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223). Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 1 de agosto de 2001, C-805/01.

autoridades distintas al Presidente de la República se les pueda reconocer una potestad reglamentaria limitada y de carácter técnico.

En efecto, el Consejo de Estado ya había advertido desde 1994, la novísima configuración de la rama ejecutiva y las transformaciones en el tratamiento de la facultad reglamentaria, ya no del dominio exclusivo del Presidente de la República,¹⁴⁶ como sucede con el Consejo Superior de la Judicatura y la Junta Directiva del Banco de la República. Se trata de una potestad reglamentaria especial limitada a una competencia específica en los términos señalados por la Carta para cada una de estas autoridades de origen constitucional.

Podría afirmarse que a partir de la Carta de 1991, se reconoce en forma expresa (o necesaria para el ejercicio de su función), la potestad reglamentaria de diversos órganos constitucionales, como garantía de su autonomía y en materias indisponibles para otra clase de normas. Se trata de un sistema policéntrico del ejercicio de la potestad reglamentaria, y sin detrimento de la competencia genérica y residual atribuida al Presidente de la República (artículo 89 numeral 11).

Como ejemplos de lo anterior se encuentran: la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC en cuanto a la administración y vigilancia de la carrera de los servidores públicos, la cual no tiene una consagración expresa de la potestad reglamentaria, pero puede ser requerida para el ejercicio autónomo de su función;¹⁴⁷ el Consejo Superior de la Judicatura quien tiene la facultad de dictar reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia y para la organización y funciones internas y regulación de trámites judiciales y administrativos en los aspectos no previstos por el legislador, así como para administrar la carrera judicial;¹⁴⁸ la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en cuanto a la atribución de expedir su propio reglamento;¹⁴⁹ el Consejo Nacional Electoral (CNE)¹⁵⁰ cuando se le atribuye la función expresa de reglamentar la participación de los partidos y movimientos políticos en los medios de comunicación social del Estado y darse su propio reglamento¹⁵¹; el Contralor General de la República en cuanto a su potestad de prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas por parte de los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación, e indicar los criterios de evaluación financiera operativa y de resultados que deberán seguirse, así como para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial¹⁵²; las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales en cuanto a reglamentar las funciones de los prestadores de los servicios a cargo del ente territorial y la eficiente

¹⁴⁶ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 20 de mayo de 1994.

¹⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia del 26 de mayo de 1999, C-372/99, Corte Constitucional. Sentencia del 17 de noviembre de 2005, C-1175/05, Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2005, C-1265 de 2005, Corte Constitucional. Auto del 25 de junio de 2008, A-142 de 2008.

¹⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia del 29 de octubre de 2002, C-917/02.

¹⁴⁹ Constitución Política, artículos 235.7, 237.6 y 241.11.

¹⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia del 24 de octubre de 2005, C-1081/05, Corte Constitucional. Sentencia del 11 de noviembre de 2005, C-1153/05, Corte Constitucional. Sentencia del 29 de marzo de 2006, C-238/06.

¹⁵¹ Constitución Política, artículo 265.11.

¹⁵² Ibídem, artículos 268.11 y 268.11.

prestación de los mismos, así como las relacionadas con la planeación, el desarrollo económico y social, las normas orgánicas de presupuesto y la estructura de la administración territorial, entre otras¹⁵³; el Contador General para ejercer su función de uniformar, centralizar y consolidar la contabilidad pública, y determinar las normas contables que deben regir en el país, conforme a la ley¹⁵⁴.

Mención especial corresponde a la potestad reglamentaria propia y privativa del Banco de la República¹⁵⁵ y de la antigua Comisión Nacional de Televisión para el cumplimiento de las funciones asignadas por la Constitución, y que han tenido un amplio desarrollo jurisprudencial, en especial, como garantía de su autonomía, sin perjuicio de su sometimiento a la Constitución y a la ley¹⁵⁶.

Se presenta una relación especial surgida de reglamentos constitucionales autónomos en palabras de la Corporación, que permiten afirmar la existencia general de una relación jerárquica, pero también de un criterio de distribución de materias que permiten distinguir las relaciones verticales de jerarquía (sometimiento a ley y Constitución en el marco general) y las relaciones horizontales de reparto de competencia (materias atribuidas por la Constitución como competencias exclusivas y excluyentes)¹⁵⁷. La autonomía reconocida a estas entidades implica su no subordinación a otras autoridades en el campo específico de la competencia otorgada por la Carta, y en segundo lugar una relación del principio de jerarquización matizada, por mandato específico de la norma superior.

La razón de atribuir autonomía a estas autoridades tiene su origen en la identificación de valores y principios que se buscan proteger constitucionalmente mediante una autonomía constitucional y funcional, como sucede principalmente respecto de la Banca Central, y en nuestro país, del Banco de la República. Por ello la Corte ha

¹⁵³ *Ibidem*, artículos 300 y 313.

¹⁵⁴ *Ibidem*, artículo 354.

¹⁵⁵ Sobre autonomía del Banco de la República y sus facultades regulatorias y normativas, no consagradas en forma expresa en la Carta, puede verse: Corte Constitucional. Sentencia del 26 de julio de 2000, C-955/00, Corte Constitucional. Sentencia del 8 de agosto de 2001, C-827/01, Corte Constitucional. Sentencia del 3 de agosto de 2004, C-719/04 y Corte Constitucional. Sentencia del 9 de mayo de 2006, C-354/06. Especial mención puede realizarse sobre la potestad sancionatoria atribuida al Banco de la República para la eficiencia y obligatoriedad de sus actos como autoridad monetaria, crediticia y cambiaria, como una atenuación de la reserva de ley de esta potestad. Corte Constitucional. Sentencia del 8 de agosto de 2001, C-827/01.

¹⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia del 7 de noviembre de 1995, C-497/95, Corte Constitucional. Sentencia del 23 de mayo de 1996, C-226/96, Corte Constitucional. Sentencia del 29 de julio de 1997, C-350/97, Corte Constitucional. Sentencia del 1º de agosto de 2001, C-805/01, Corte Constitucional. Sentencia del 12 de julio de 2006, C-532/06, Corte Constitucional. Sentencia del 21 de noviembre de 2007, C-1001/07, Corte Constitucional. Sentencia del 27 de mayo de 2010, C-403/10, Corte Constitucional. Sentencia del 14 de julio de 2010, C-570/10, Corte Constitucional. Sentencia del 14 de octubre de 2009, C-726/09, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008, Radicación número: 11001 03 26 000 1999 00012 01 (16230).

¹⁵⁷ Sobre el tema, puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008, Radicación número: 11001 03 26 000 1999 00012 01 (16230).

reconocido sus calidades de independencia y neutralidad como condición necesaria para la regulación sectorial¹⁵⁸.

b) La potestad reglamentaria de autoridades administrativas de origen legal

El reconocimiento de potestad normativa, facultad reglamentaria, de expedición de reglamentos o de potestad reglamentaria, como distintas denominaciones que ha utilizado la jurisprudencia respecto de distintas autoridades, al parecer, como distinciones formales en cuanto a los actos administrativos de carácter general que expiden para el ejercicio de sus funciones, previa una habilitación legal, ha sido la constante histórica a partir de la Carta de 1991.

Sin embargo, no puede afirmarse un consenso en la doctrina y en la jurisprudencia sobre la existencia de una potestad reglamentaria atribuida a autoridades administrativas de origen legal.

Inicialmente la Corte Constitucional había planteado la existencia de un sistema difuso de la potestad reglamentaria atribuido por ley a diversas autoridades administrativas¹⁵⁹, posteriormente desconocida al referirse a los servicios públicos domiciliarios¹⁶⁰, la cual fue acogida durante varios años por el Consejo de Estado especialmente en sus secciones primera y tercera. Estos planteamientos han sido objeto de modificación y matización.

Aun cuando han existido disímiles pronunciamientos a propósito de atribuciones reglamentarias o normativas por parte de la ley a autoridades administrativas de diversa naturaleza, no obstante, la Sala observa que de una posición inicial restrictiva, en los últimos fallos se ha venido reconociendo una facultad de reglamentación de diversas autoridades de origen legal o señaladas por la Carta¹⁶¹.

¹⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia del 8 de agosto de 2001, C-827/01.

¹⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia del 26 de agosto de 1998, C- 444/98.

¹⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia del 6 de septiembre de 2000, C-1162/00.

¹⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia del 13 de octubre de 1993, C-455/93, donde se afirmó que no se pueden asignar funciones reglamentarias al Conpes por corresponder a funciones propias del Presidente; Corte Constitucional. Sentencia del 7 de septiembre de 1995, C-397/95, donde se reconoce la facultad legal para atribuir a las Superintendencias la competencia de expedir normas generales de carácter residual, sin que se limite la potestad reglamentaria presidencial en aspectos esenciales de la vida del Estado; Corte Constitucional. Sentencia del 16 de junio de 1997, C-290/97, donde se reconoce la facultad reglamentaria atribuida por ley a la Comisión Nacional de Valores, Corte Constitucional. Sentencia del 29 de julio de 1997, C-350/97, donde se reitera que la potestad reglamentaria no es exclusiva del Presidente de la República y que opera un "sistema difuso de producción normativa de alcance general y de naturaleza reglamentaria", para referirse a la CNTV; Corte Constitucional. Sentencia del 26 de agosto de 1998, C- 444/98, considera exequible que la ley asigne a la CRT la función de establecer requisitos generales en las relaciones de los operadores de servicios de telecomunicaciones; Corte Constitucional. Sentencia del 10 de febrero de 1999, C-066/99, donde se afirma que no hay libertad de la ley para asignar funciones normativas de carácter general al Ministerio de Transporte, pues estaría vulnerando la potestad reglamentaria presidencial; Corte Constitucional. Sentencia del 6 de septiembre de 2000, C-1162/00, en la cual no se reconoce la potestad reglamentaria de las comisiones de regulación y considera que son funciones presidenciales delegadas; Corte Constitucional. Sentencia del 1 de agosto de 2001, C-805-01, en la cual se afirma que la potestad reglamentaria es del Presidente de la República, pero al mismo tiempo reconoce que la ley puede

Se trata de una potestad reglamentaria derivada o de segundo grado, residual, subordinada¹⁶² y dirigida a regular aspectos técnicos u operativos¹⁶³. En virtud de lo anterior, los reglamentos expedidos por estos se encuentran en su marco general subordinados a la reglamentación expedida por el Presidente de la República¹⁶⁴.

Como se observa, el reconocimiento de potestad normativa o reglamentaria a autoridades administrativas con fundamento en una atribución o en una habilitación legal, no resulta contraria a la potestad reglamentaria general de carácter presidencial, en la medida de los límites y posición jerárquica inferior de la primera, y sin perjuicio de considerar los espacios propios asignados por la ley a la autoridad administrativa inferior.

En efecto, la referida potestad presidencial debe analizarse de forma sistemática con otras normas de la Constitución Nacional y las figuras de la descentralización territorial, por servicios y funcional, y a la luz de los parámetros del Estado Social de Derecho.

atribuir a los ministros la facultad de expedir reglamentos; Corte Constitucional. Sentencia del 24 de septiembre de 2002, C-791/02, en la cual se considera que la ley puede asignar diferentes competencias al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, siempre y cuando la ley contemple los “*criterios mínimos*” que debe tener en cuenta la autoridad para cumplir sus funciones; Corte Constitucional. Sentencia del 29 de octubre de 2002, C-917/02, al cual reconoce la facultad de ley para atribuir facultades reglamentarias al Ministerio de Justicia, sin que se entienda desconocida la potestad reglamentaria presidencial; Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03, la cual reconoce la función de regulación y la libertad de configuración del legislador para dotar de facultades al órgano regulador, incluida la facultad normativa de regulación; Corte Constitucional. Sentencia del 30 de junio de 2005, C-675/05, en la cual se reitera que la potestad reglamentaria no es exclusivamente presidencial y puede ser atribuida por ley a otros funcionarios del Estado, a propósito de facultades conferidas al Ministerio de Educación Nacional; Corte Constitucional. Sentencia del 14 de noviembre de 2007, C-955/07, a propósito de funciones otorgadas a la Comisión de Regulación en Salud, las considera exequibles por tratarse de una función eminentemente técnica que puede ser cumplida por estos reguladores; Corte Constitucional. Sentencia del 15 de octubre de 2008, C-1005/08, en el mismo sentido para reconocer una facultad reglamentaria atribuida por ley al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; Corte Constitucional. Sentencia del 16 de marzo de 2011, C-186/11, a propósito de la CRC y la constitucionalidad de su función de resolución de conflictos como instrumento de regulación, en la cual se expone la competencia de ley para determinar potestades de restricción reforzadas y que la reserva de ley no excluye la atribución de funciones de regulación a las comisiones de regulación; Corte Constitucional. Sentencia del 2 de noviembre de 2011, C-823/11, en la cual se reconoce la libertad de configuración del legislador para otorgar potestad reglamentaria, en este caso al Ministerio de TIC.

¹⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014, Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00119-00.

¹⁶³ “En otros términos, los Ministros pueden, desde luego, dictar normas de carácter general para regular aspectos técnicos u operativos dentro de la órbita de su competencia. Esta facultad, ha insistido la Corte, es de carácter residual y subordinada respecto de la atribución que radica en cabeza del Presidente de la República.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 5 de febrero de 2015, Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00364-00.

¹⁶⁴ “Ello, como se ha señalado, no obsta para que otros órganos administrativos, en este caso los Ministros del Despacho, expidan reglamentos, pero tales reglamentos, no tienen, en el sistema de fuentes, la misma jerarquía de aquellos que expide el Presidente de la República en ejercicio de la Potestad Reglamentaria, sino que se encuentran subordinados a ellos. Así, por ejemplo, no podría un Ministro, obrando dentro de su ámbito competencial, expedir un reglamento o una regulación técnica que sea contraria a lo dispuesto en un Decreto Reglamentario del Presidente de la República.” Corte Constitucional. Sentencia del 1º de agosto de 2001, C-805/01.

Dentro de este marco, se ha reconocido que aunque el Presidente de la República tiene la competencia general para reglamentar la ley, la Constitución o el legislador pueden otorgar de forma expresa a otras autoridades administrativas una potestad similar para materias especiales o particulares, tal como ocurre en el caso de las comisiones de regulación de servicios públicos.

Con todo, la facultad de estas comisiones no es absoluta, pues se encuentran limitadas por el contenido de la ley habilitante. En otras palabras, es el legislador quien determina o fija de forma particular y expresa el alcance de las facultades normativas otorgadas a las comisiones de regulación.

En el caso de las comisiones de regulación de servicios públicos, se ha señalado que tienen una potestad residual, secundaria, infralegal y limitada, pues requieren de una ley que expresamente atribuya su competencia normativa. Además, solamente pueden ejercer su facultad regulatoria sobre las materias, campos o asuntos definidos o determinados por la ley habilitante, y en todo caso respetando el contenido mínimo o criterio inteligible de esta. En consecuencia, las comisiones no tienen competencia sobre aspectos generales o conexos con la competencia otorgada, y su facultad deriva de lo que determine el legislador.

La potestad normativa especializada de las comisiones encuentra justificación en las necesidades técnicas u operativas del sector regulado, las cuales demandan un ejercicio más eficiente y oportuno de la función. De allí que sea razonable otorgar una potestad normativa a una entidad técnica que conozca las realidades, necesidades y prácticas del sector a regular.

Ahora bien, en lo que se refiere a la interacción entre los reglamentos especializados expedidos por las comisiones y los generales promulgados por el Presidente de la República, es necesario hacer referencia a los principios de jerarquía y competencia, los cuales han sido concebidos por la doctrina en los siguientes términos:

“La primera y más elemental forma de resolver los conflictos entre normas consiste en otorgar a algunos tipos de ellas un valor o fuerza de obligar superior al de otras: esto es, clasificando las normas en una escala de rangos en la que cada norma puede disponer plenamente sobre las de nivel inferior, en tanto que éstas han de respetar estrictamente el contenido de las de nivel superior. Es esta posición relativa de superioridad de unas normas sobre otras lo que se conoce con el nombre de principio de jerarquía.

(...)

Dentro de cada uno de los subsistemas normativos opera también el principio de competencia, pero con un sentido y alcance parcialmente diversos. Las normas de un subsistema (normalmente, las de superior rango) pueden otorgar potestades regulatorias específicas a un órgano o entidad pública a la que pertenece dicho subsistema, de tal manera que dicha potestad deberá ser ejercida por el órgano o ente designado, y por ningún otro.

Por ejemplo (...) las atribuciones de potestad normativa en régimen de exclusividad puede hacerse también mediante normas de rango infraconstitucional. Por ejemplo, el

art. 14.10 LMV atribuye al Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores la competencia para aprobar su Reglamento de régimen interior; reglamento que, en consecuencia, no podría ser aprobado, modificado ni derogado por un Real Decreto del Gobierno, ni por una orden ministerial (sí por una ley, por la sencilla razón que tendría el mismo rango que la LMV)

Jurídicamente, el principio de competencia intrasistema opera en la misma forma que el mismo principio en las relaciones entre normas de distintos subsistemas: de una parte, las normas dictadas en base a previsiones como las que acabamos de citar a título de ejemplo gozan de una protección frente a las demás normas del mismo subsistema, las cuales no pueden modificarlas ni derogarlas, salvo que se trate de una norma del mismo rango que aquella que atribuyó la concreta competencia.”¹⁶⁵

El poder reglamentario especializado de las comisiones en los términos habilitados por ley¹⁶⁶ comporta un carácter limitado para el ejercicio de la facultad normativa entendida como uno de los instrumentos de la función de regulación económica-social, razón por la cual no puede condicionar o desconocer el poder reglamentario del Gobierno. Se busca que este poder reglamentario quede supeditado al bloque de legalidad, sin perjuicio que en el plano constitucional o de libertad de configuración del legislador se atribuyan espacios propios y limitados a estas autoridades administrativas.

Se trata de una conjugación del principio de jerarquía normativa con el principio de competencia, como lo señala Pastor Santamaría o de la relación entre la dimensión vertical del primero y la dimensión horizontal del segundo, con mayor grado en las autoridades de origen constitucional, y de menor grado en las autoridades de origen legal.

No todas las normas se relacionan con las restantes por vínculos de jerarquía, por lo que es posible apreciar diferentes categorías de ley o de reglamentos. De esta forma la eficacia general del principio de jerarquía normativa se ve modulada por la dimensión horizontal del principio de competencia, especialmente en dos situaciones: en primer lugar, cuando las normas atribuyen específicamente a un órgano concreto la potestad de dictar determinadas reglas o de regular determinadas materias con la exclusión de las demás; en segundo lugar, cuando la norma superior establece dentro del sistema normativo general, subsistemas correspondientes a entes públicos específicos, como sucede con las autoridades territoriales por parte de la Constitución, o de las comisiones de regulación por parte de la ley, eventos en los cuales, a pesar de su inferior jerarquía, no pueden ser interferidas, modificadas o derogadas, sino por las propias normas del subsistema.

Este análisis de las relaciones horizontales y verticales propios de los principios de jerarquía normativa y de competencia, no han tenido mayor desarrollo en la doctrina nacional, aunque en forma indirecta se encuentran algunas apreciaciones, en especial, sobre la dificultad para que reglamentos presidenciales puedan disponer o restringir espacios propios normativos y específicos atribuidos por ley a las comisiones de

¹⁶⁵ Juan Alfonso Santamaría Pastor, Principios de Derecho Administrativo General, Tomo I, segunda edición, Iustel, 2009, p. 146.

¹⁶⁶ Ley 142 de 1994 y Ley 1341 de 2009.

regulación¹⁶⁷. Como se observa, es la misma norma de ley de superior jerarquía, en su libertad de configuración que atribuye funciones técnicas especializadas en forma directa y exclusiva a una autoridad administrativa inferior, dejando el marco general a la potestad reglamentaria presidencial

2) La potestad reglamentaria y la función de regulación

En relación a la potestad reglamentaria, es viable preguntarse si esta implica el ejercicio de una función regulatoria. La respuesta a este interrogante debe determinarse a la luz del sentido que frente al concepto de regulación se adopte. Así, bajo el sentido general del término regulación, la respuesta debe ser positiva, pues los actos administrativos de carácter general constituyen una de las formas de producción normativa del Estado.

Por su parte, bajo el concepto de regulación en sentido específico, la función regulatoria tendría como uno de sus instrumentos la potestad reglamentaria para desarrollar un mandato legal específico, aunque no se agotaría con ella, pues tal como se señaló, la función de regulación económica y social se entiende como una forma de intervención estatal en la economía para maximizar el bienestar de los usuarios y alcanzar los fines del Estado mediante la libre competencia y la prestación eficiente de los servicios públicos. Por lo tanto, la expedición de actos administrativos generales dirigidos a intervenir en la economía constituye apenas uno de los instrumentos como el Estado adelanta su función de regular.

E. El caso concreto

1) El concepto de “proyectos específicos de regulación” a la luz de la Ley 1437 de 2011

El artículo 8º de del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011, impuso a las autoridades administrativas una serie deberes en materia de información. En esta dirección, en el numeral 8º se señaló:

¹⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia del 1º de agosto de 2001, C-805/01, aclaración de voto de Manuel Jose Cepeda: *“Cuando la Constitución y la ley protegen la autonomía de los órganos reguladores, los reglamentos expedidos por el Presidente de la República no prevalecen siempre, de manera necesaria y automática, sobre las regulaciones por ellos adoptadas. Ese es precisamente uno de los efectos de la autonomía, entendida como una garantía institucional, entre otros, frente a una concepción jerárquica tradicional de la estructuración del estado. Considero que la Constitución reconoce ámbitos de autonomía, no solo a órganos nacionales de regulación con estatus constitucional como algunos de los citados en la misma sentencia, sino también a órganos departamentales con estatus constitucional como las corporaciones públicas de elección popular, departamentales y municipales, por citar tan solo un ejemplo. También permite que la ley reconozca espacios de autonomía a órganos creados por el legislador con el propósito de desarrollar una concepción de estado Regulador claramente compatible con numerosas disposiciones constitucionales sobre las cuales no es necesario detenerse en esta aclaración”*.

“Las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos:

(...)

8. Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general.”¹⁶⁸

De la norma mencionada, se puede advertir que el legislador no determinó de forma expresa qué debe entenderse por la expresión “proyectos específicos de regulación”¹⁶⁹. Asimismo, de la revisión de las Gacetas del Congreso que dan cuenta del trámite legislativo de la Ley, no se desprenden elementos que permitan inferir su alcance.

De otra parte, revisada la jurisprudencia tampoco se encontró providencia que definiera el alcance de este concepto. Con todo, existe un antecedente en la sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, la cual resolvió favorablemente la solicitud de suspensión provisional y preventiva de la Resolución 5358 del 30 de noviembre 2015 del Ministerio de Transporte, y por medio de la cual se fijó la base gravable de los vehículos automotores para la vigencia fiscal del año 2016. En esta decisión, la Sección, al referirse al numeral 8º del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011, señaló:

“La Sala unitaria encuentra que el artículo 8, numeral 8, de la Ley 1437 es claro en establecer la obligación de divulgar los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Asimismo, es evidente que el artículo 10 del Decreto 1345 de 2010 señala que cuando «de conformidad con la ley, deba someterse a consideración del público la información sobre proyectos específicos de regulación antes de su expedición, a la memoria justificativa se anexará también la constancia del cumplimiento de esa obligación y se incluirá el resultado de la evaluación de las observaciones ciudadanas que se hubieren presentado».

¹⁶⁸ Como antecedente normativo, vale la pena mencionar que la Ley 962 de 2005, por la cual se dictaron disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos, incluía una norma similar al mencionado numeral 8º. Así, el artículo 8º de la Ley 962 de 2005 al referirse a la obligación de entrega de información de los organismos y entidades de la Administración Pública señaló: “Entrega de información. A partir de la vigencia de la presente ley, todos los organismos y entidades de la Administración Pública deberán tener a disposición del público, a través de medios impresos o electrónicos de que dispongan, o por medio telefónico o por correo, la siguiente información, debidamente actualizada:

(...)

Sobre los proyectos específicos de regulación y sus actuaciones en la ejecución de sus funciones en la respectiva entidad de su competencia”.

¹⁶⁹ Tampoco lo hizo la Ley 962 de 2005.

En principio, según la Ley 1437, contenidos regulatorios como los establecidos en la Resolución 5358 deben someterse a consideración del público y por eso tendría que haberse asegurado la respectiva divulgación y haberse fijado los plazos para oír a los interesados: contribuyentes, entidades territoriales, asociaciones gremiales, etc.

La Sala unitaria deduce de la sola lectura de los considerandos de la Resolución 5358 que no fue objeto de ninguna divulgación previa, hecho que habría constituido una violación por falta de aplicación de las dos normas que se acaban de reseñar.

Otra circunstancia más que constituiría, en principio, un caso de nulidad del acto por expedición de forma irregular¹⁷⁰.

De esta providencia se puede inferir que la expresión “proyectos específicos de regulación” comprende la expedición de actos administrativos de carácter general, es decir, considera como regulación la de contenido normativo, como la resolución impugnada, y por ende, la obligación de cumplir un procedimiento previo de información del proyecto y de participación ciudadana.

Bajo este marco, corresponde a la Sala determinar el alcance de la referida expresión, para lo cual es necesario establecer si esta acoge el sentido específico, o por el contrario, el sentido general del término regulación.

Si se considera que la expresión “proyectos específicos de regulación” hace referencia al sentido específico de regulación económica-social, debe concluirse que se trataría de propuestas de actos administrativos generales y abstractos o de reglamentos dirigidos a fijar o ajustar ex ante, las reglas de juego de una actividad determinada de un sector económico particular para garantizar el derecho a la competencia y proteger un interés general específico de un sector calificado como servicio público. Este concepto abarcaría, por ejemplo, las propuestas de normas de carácter técnico especializado¹⁷¹, como lo serían los proyectos de resoluciones expedidas por las comisiones de regulación.

Es importante destacar que los referidos proyectos se limitarían a los actos administrativos de carácter general y abstracto, pues una interpretación que incluyera también a los de contenido particular y concreto haría ineficaz e ineficiente la actividad de la administración, toda vez que implicaría que todos los actos administrativos, aun los que corresponden a una situación concreta o particular, tendrían que ser publicados y sujetos a un periodo de observaciones antes de su promulgación definitiva, lo cual haría irrazonablemente lenta la actividad estatal. Para el efecto, las

¹⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Auto del 15 de febrero de 2016, Radicación número: 110010327000201600008 00.

¹⁷¹ Lo anterior, teniendo en cuenta lo señalado por la Sección Quinta del Consejo de Estado, la cual concibió el concepto de regulación en los siguientes términos: “A dichas normas de carácter técnico especializado” que se expiden en el ámbito de las competencias propias de órganos que hacen parte de la Rama Ejecutiva, como en el caso anteriormente citado, o fuera de ellas, como en el caso de los órganos autónomos, se les denomina regulaciones, a fin de que no sean confundidas con la potestad reglamentaria que, por disposición constitucional, recae en cabeza del Presidente de la República”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 18 de octubre de 2012, Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00014-00.

normas del CPACA consagran expresas disposiciones para que en la actuación de la administración de contenido particular sean citadas las personas que puedan verse afectadas por la futura decisión, con el fin de garantizar sus derechos¹⁷².

Por su parte, si la expresión “proyectos específicos de regulación” se determina a la luz del sentido general del término regulación, debe concluirse que dichos proyectos hacen referencia a la propuesta de norma jurídica que busca expedir la autoridad administrativa, sin que se limite o restrinja únicamente a la regulación económica-social.

A juicio de la Sala, esta aproximación es la que debe acogerse, pues: i) es coherente y hace efectivo el principio democrático y la democracia participativa que acoge la Constitución de 1991, ii) está acorde con una interpretación sistemática de otras normas del ordenamiento nacional, iii) materializa los principios de transparencia, publicidad, participación, eficacia y seguridad jurídica que guían la actividad administrativa, iv) es afín con los conceptos de gobernanza y buen gobierno, y v) permite mejorar la calidad regulatoria en Colombia, tal como a continuación pasa a explicarse.

a) El principio democrático y la democracia participativa

La interpretación adoptada por la Sala desarrolla el principio democrático reconocido en el artículo 1º de la Carta Política que señala que Colombia es una forma de República “democrática, participativa y pluralista”. Este principio, que es parte integral del Estado Social de Derecho¹⁷³, se caracteriza por ser universal y expansivo, tal como lo señaló la Corte en la sentencia T-263 de 2010:

“En su jurisprudencia, la Corte ha indicado que dentro del ordenamiento jurídico colombiano, pero incluyendo el resto de ámbitos sociales, el principio democrático es universal y expansivo. En la sentencia C-089 de 1994 esta Corporación indicó: “(...) La

¹⁷² “Cuando en una actuación administrativa de contenido particular y concreto la autoridad advierta que terceras personas puedan resultar directamente afectadas por la decisión, les comunicará la existencia de la actuación, el objeto de la misma y el nombre del peticionario, si lo hubiere, para que puedan constituirse como parte y hacer valer sus derechos. La comunicación se remitirá a la dirección o correo electrónico que se conozca si no hay otro medio más eficaz. De no ser posible dicha comunicación, o tratándose de terceros indeterminados, la información se divulgará a través de un medio masivo de comunicación nacional o local, según el caso, o a través de cualquier otro mecanismo eficaz, habida cuenta de las condiciones de los posibles interesados. De tales actuaciones se dejará constancia escrita en el expediente.” Ley 1437 de 2011, artículo 37.

¹⁷³ “Una preocupación del constituyente fue el establecimiento de un marco democrático – de un principio fundamental –, que sirviera de pilar sobre el cual se soportara el Estado Social de Derecho, así como su despliegue frente a la sociedad. (...) Varias normas de la Constitución enfatizan la importancia que para el ordenamiento colombiano tiene la democracia, que se muestra a través de tres dimensiones disímiles aunque convergentes. Así, se consolida como pilar fundante del Estado, como fin del mismo y como derecho de las personas en diversos ámbitos de la vida social”. Corte Constitucional. Sentencia del 19 de abril de 2010, T-263/10.

*breve relación anterior de las normas constitucionales sobre las que se edifica la democracia participativa, es suficiente para comprender que el **principio***

***democrático** que la Carta prohija es a la vez universal y expansivo. Se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación de poder social. El **principio democrático es expansivo** pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción".(subrayas del original)"¹⁷⁴*

Íntimamente ligado al principio democrático, se encuentra el concepto de democracia participativa¹⁷⁵, el cual busca que el ciudadano no sea excluido del debate, análisis y definición de los asuntos que afectan su diario vivir, así como tampoco de los procesos políticos que impactan a la colectividad. De ahí que el individuo tenga un papel activo en el proceso de toma de decisiones de la administración¹⁷⁶ que demanda la existencia

¹⁷⁴ Ibidem.

¹⁷⁵ "Lo anterior deja ver que la participación va estrechamente ligada al principio democrático, pues como se señaló en precedencia, la obligatoriedad de estos principios no está supeditada a expresiones netamente electorales, sino que resulta aplicable a todas relaciones sociales, pues "la concurrencia de las personas en las decisiones que los afectan no solo se inscribe en el ejercicio de las libertades públicas, sino que constituye una responsabilidad de los asociados en el marco del ejercicio democrático del poder político". Corte Constitucional. Sentencia del 9 de marzo de 2016, C-126/16.

¹⁷⁶ "Por lo tanto, la democracia participativa procura otorgar al ciudadano la certidumbre de que no será excluido del debate, del análisis ni de la resolución de los factores que inciden en su vida diaria, ni tampoco de los procesos políticos que comprometen el futuro colectivo. Asume la Constitución que cada ciudadano es parte activa en las determinaciones de carácter público y que tiene algo que decir en relación con ellas, lo cual genera verdaderos derechos amparados por la Carta Política, cuya normatividad plasma los mecanismos idóneos para su ejercicio". Ibidem.

de mecanismos, más allá del escenario electoral,¹⁷⁷ que permitan su efectiva intervención en dicho proceso¹⁷⁸.

Justamente, con el propósito de promover la participación de los ciudadanos, el artículo 32 de la Ley 489 de 1998 determina que todas las entidades y organismos de la Administración Pública están obligados a adelantar su gestión en consonancia con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública. Por consiguiente, se encuentran autorizados para tomar las acciones requeridas encaminadas a involucrar a los ciudadanos y a las organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la actividad pública. Entre las acciones que pueden adoptarse se encuentran la aplicación de mecanismos que ofrezcan transparencia al ejercicio de la función administrativa, y la incorporación, en los planes de desarrollo y de gestión, de políticas y programas dirigidos a fortalecer la participación de los ciudadanos¹⁷⁹.

¹⁷⁷ "Sin embargo, no se puede desconocer que el mentado principio no comprende simplemente la consagración de mecanismos para la toma de decisiones electorales, como referendos o consultas populares, sino que implica adicionalmente que los ciudadanos cuenten con la facultad de participación en los procesos decisorios no electorales que afectan su vida. Buscando de esta forma fortalecer los lazos que unen al ciudadano con sus representantes, para promover una participación más equilibrada en la que no se avizore ningún escenario de desigualdad". C-126/16. "Entre nosotros es verdad averiguada que la Constitución de 1991 supuso una transformación radical en esta materia, al reintroducir al ciudadano en el esquema de las grandes decisiones que le conciernen. Tal y como ha señalado la jurisprudencia constitucional, la participación democrática no se reduce a la esfera simplemente electoral, sino que trasciende este importante ámbito para extenderse al de la intervención ciudadana en la configuración del destino común. Entraña ello un replanteamiento del rol del ciudadano y su contribución a la construcción colectiva del porvenir de todos (preámbulo, arts. 1, 2, 3, 40 y 95.5 CN). Esta óptica desborda los tradicionales mecanismos de participación del pueblo en el ejercicio de su soberanía (voto, plebiscito, referendo, consulta popular, cabildo abierto, iniciativa legislativa y revocatoria del mandato de que trata el artículo 103 Constitucional) y supone un redimensionamiento del papel ciudadano en la toma de decisiones significativas que le conciernen, para que pueda intervenir directamente en las mismas. (...) Y el fortalecimiento de la democracia participativa sería incompleto sino se abrieran espacios para la participación ciudadana en la acción de la Administración. Este principio constitucional, a la vez derecho (art. 40 CN) y deber ciudadano (art. 95.5 Ibid.), en tanto universal y expansivo también informa esta faceta del poder público. **Al fin y al cabo la Administración a diario adopta decisiones que en muchas ocasiones afectan más el decurso de la vida de los ciudadanos, que las lejanas y menos numerosas determinaciones del legislador.** Apertura participativa que contribuye, además, a la construcción de un Estado de Derecho más sólido e incluyente. Es el salto de la democracia como exclusivamente un "modo de designación del poder" a ser además un "modo de ejercicio del poder". (negritas fuera del texto). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010. Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00044-00(31223). Véase igualmente Corte Constitucional. Sentencia del 12 de marzo de 2002, C-179/02.

¹⁷⁸ "La democracia participativa constituye una alternativa entre la democracia directa y la representativa, que toma fundamento en la noción de soberanía popular por oposición a la de soberanía nacional que sirve de soporte al modelo de democracia representativa. (...) La democracia participativa supone la existencia de mecanismos de participación del pueblo, que revisten diversas modalidades". Ibidem.

¹⁷⁹ "Democratización de la Administración Pública. Todas las entidades y organismos de la Administración Pública tienen la obligación de desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública. Para ello podrán realizar todas las acciones necesarias con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

La importancia de la intervención del ciudadano en la determinación de la voluntad de la administración ha dado lugar a la democratización de la acción administrativa, en virtud de la cual el ciudadano no se limita a tener un papel pasivo dentro del marco de la actividad administrativa, sino que por el contrario, asume un rol activo en la determinación de las políticas públicas. En esta dirección, el profesor Jean Rivero ya señalaba que en un régimen democrático la administración no sólo debe explicar a los ciudadanos sus decisiones, sino también permitir a estos participar en el proceso de adopción de las mismas:

"La esencia de la aspiración democrática es la adaptación máxima de gobernantes y gobernados; su realización concreta implica, finalmente, la sustitución de la expresión "ellos", con la cual el sujeto designa a los detentadores misteriosos del poder, afirmando así la heterogeneidad de su voluntad en relación con la suya, por la expresión "nosotros", que en boca del ciudadano consagra la identificación de las dos voluntades. (...) Un método más modesto y más realista en cuanto se dirige directamente al mismo administrado, es el de la explicación. En ese estadio, la autoridad, ciertamente, decide sola y sin compartir el poder, pero consciente de dirigirse a personas, es decir, a seres dotados de razón y de libertad, juzga necesario buscar la obediencia, no sólo en el respeto de su poder, sostenido en el temor a la sanción, sino en la adhesión de las inteligencias; por ello no desprecia la oportunidad de explicar los procedimientos que ha seguido, los elementos del problema, los motivos que la han llevado a preferir la solución adoptada frente a las que han sido descartadas. Tal actitud marca ya, en la vía de la democracia, un paso esencial, pues implica que a los ojos del administrador, el administrado deja de ser una cosa a la cual impone su voluntad para transformarse en una persona.

En la práctica, la superación de ese umbral puede revestir múltiples formas: la más clásica, y la más jurídica, es la motivación de la decisión, al menos cuando esta motivación no es puramente formal; la "exposición de motivos", cuando figura en el encabezamiento de un acto reglamentario, aunque ella no esté, en principio, destinada al administrado, proviene de esta inspiración; la información, la adaptación a las relaciones administrativas de ciertas técnicas de relaciones públicas, la simple redacción de los documentos administrativos en un lenguaje accesible al ciudadano no especializado, son otras formas de la misma tendencia.

Pero existe un medio aún más eficaz para obtener la adhesión, es la explicación dada, no después, sino durante el curso de elaboración de la decisión; y se pasa así a una nueva etapa en la vía de la democracia: la de la participación. El administrado deja, entonces, de ser extraño a la preparación del acto que le concierne; entre la autoridad y él se establece un diálogo; él puede hacer valer su punto de vista, llevar al expediente los elementos que posee; simultáneamente, toma conocimiento de los datos que desconoce; así colabora en la elaboración de su propio destino. (...)

Entre otras podrán realizar las siguientes acciones: 1. Convocar a audiencias públicas. 2. Incorporar a sus planes de desarrollo y de gestión las políticas y programas encaminados a fortalecer la participación ciudadana. 3. Difundir y promover los mecanismos de participación y los derechos de los ciudadanos. 4. Incentivar la formación de asociaciones y mecanismos de asociación de intereses para representar a los usuarios y ciudadanos. 5. Apoyar los mecanismos de control social que se constituyan. 6. Aplicar mecanismos que brinden transparencia al ejercicio de la función administrativa".

Sobre el terreno de la eficacia, es evidente que la ejecución es mucho más fácil cuando la decisión ha sido comprendida; si la autoridad se ha tomado el trabajo de explicar al hombre el por qué y el cómo de lo que le es impuesto, su libertad y su razón entrarán en juego; ellas son, para la acción, auxiliares más fecundos que la irritación o la estupidez nacida de la contemplación de un impreso redactado en una lengua aparentemente extraña.

Nada se opone, entonces, en la acción administrativa, a que se de un lugar a ciertas formas de explicación y de participación, es decir, a ciertas formas de inspiración democrática. Formas menores, se ha dicho, pero posiblemente es necesario ser menos categórico”¹⁸⁰.

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado al referirse al fenómeno de la democratización administrativa indicó:

*“Una persona que al tener la oportunidad de intervenir en la etapa previa de configuración de la voluntad de la administración, sin duda será más proclive a la adhesión a lo decidido por la Administración, que aquella a la que simplemente se le informa. Ello obedece al proceso de **democratización de la acción administrativa**, que la doctrina francesa ha liderado.*

*Así, el profesor Rivero subraya la importancia que reviste la **explicación** de los proyectos de actos administrativos antes de su expedición, pero sobre todo la **participación** de las personas en el proceso de adopción de los mismos. Una y otra son formas de inspiración democrática:*

(...)

El poder de decisión de la administración, o lo que tradicionalmente se ha conocido como carácter “unilateral” de su manifestación de voluntad no desaparece. La Administración en estos casos sigue teniendo en sus manos la fijación del sentido y alcance de su determinación, como también lo advierte Rivero: “la última palabra continúa en cabeza de la autoridad; ella se informa, ella informa, pero decide sola” ya que “el instrumento esencial de la acción administrativa continúa siendo, en derecho, la decisión ejecutoria, el acto unilateral por el cual la autoridad competente impone su voluntad al sujeto”. Reflexiones todas atadas nada menos que a la concepción misma de la democracia”¹⁸¹.

Dentro de este marco, encuentra la Sala que la interpretación adoptada frente al artículo 8º numeral 8º de la Ley 1437 de 2011, además de encontrar plena justificación en la Constitución Política, permite que esta disposición sea una herramienta fundamental para materializar el principio democrático y la democracia participativa¹⁸²

¹⁸⁰ Jean Rivero, *Páginas de Derecho Administrativo*, (Libardo Rodríguez (dir.)), Editorial Temis S.A., Universidad del Rosario, 2002, pp. 92-93, 99-100.

¹⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010, Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00044-00(31223).

¹⁸² “En suma, puede afirmarse que la aplicación de los principios democráticos a las diferentes esferas de la actuación pública y privada es, en realidad, una exigencia constitucional. De esta manera, en lo que interesa al presente estudio, la obligatoriedad de crear mecanismos de participación de los administrados en toda clase de decisiones de la administración pública –mecanismos que carecen de vinculación directa con los partidos políticos o con procesos electorales, sino que, por el contrario,

que nuestra Carta establece, y de esta forma contar con una administración más abierta y transparente, y por tanto más democrática y eficaz para atender las necesidades de los ciudadanos¹⁸³.

Todo ello sin que pueda desconocerse, en todo caso, que es finalmente la administración la llamada a tomar la decisión¹⁸⁴.

b) La interpretación sistemática con otras normas del ordenamiento nacional

El Decreto Número 1609 de 2015¹⁸⁵ dispuso en el artículo 2.1.2.1.14 lo siguiente:

“Deber de consultar. Cuando la Constitución y la ley así lo ordenen, deberán realizarse las consultas en ellas señaladas, caso en el cual a la memoria justificativa deberá anexarse la constancia que acredite que se ha cumplido dicho trámite.”

Asimismo, el artículo 2.1.2.1.14, relativo a la publicidad, estableció:

reflejan una intervención de la persona en el campo de lo público, esto es, en asuntos de interés general – es una consecuencia de la consagración constitucional del principio de participación democrática y de la democracia participativa.” Jorge Enrique Santos Rodríguez. Democratización de la administración pública y fortalecimiento de la participación ciudadana: instrumentos para la paz desde el derecho administrativo, en La constitucionalización del Derecho Administrativo. Tomo II (Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (editores), Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 494.

¹⁸³ “Ahora bien, una administración abierta a la participación de los ciudadanos, que sea capaz de tener en cuenta sus opiniones antes de decidir es, sin duda, una administración más democrática y normalmente más eficaz, si por eficacia se entiende la adecuación de la acción administrativa a las demandas sociales y no sólo la agilidad o rapidez de tramitación de los procedimientos”. Miguel Sánchez Morón, Derecho Administrativo. 9ª edición, Editorial Tecnos, 2013, p. 83.

¹⁸⁴ “El principio de participación ciudadana a que nos referimos se generalizó desde finales de los años sesenta y presenta numerosas manifestaciones. Tiene su origen en la necesidad de complementar la democracia representativa mediante instrumentos de relación directa y múltiple entre los ciudadanos y las organizaciones sociales y la Administración, habida cuenta que la cuota de poder discrecional que ésta ha asumido, con el fin de que la administración conozca y tenga en cuenta las demandas sociales y de incrementar su transparencia y control. Sin embargo, como ya se dijo, la democracia participativa que genera no es una alternativa a la democracia representativa ni al imperio de la ley. Tampoco se trata de asumir la capacidad de decisión de los gobernantes y administradores por la voluntad de los dirigentes de algunas organizaciones sociales, lo que desembocaría en un neocorporativismo nocivo de la idea de democracia. Aunque algunas formas de participación- y la moderna idea de gobernanza – conllevan este riesgo, el entendimiento correcto del principio debe servir para aproximar la Administración al ciudadano y para integrar sus iniciativas, críticas o sugerencias en la elaboración de las decisiones, que corresponde adoptar exclusivamente, salvo raras excepciones, a responsables políticos y funcionarios” Sánchez Morón, ob. cit., p. 471. “Con base en lo anterior, como parte de los retos del derecho administrativo contemporáneo y como mecanismo de fortalecimiento o reforzamiento de la legitimación democrática de la administración pública, la participación administrativa debe entenderse en el sentido de creación de escenarios en los cuales se brinden oportunidades a los administrados de intervenir en el proceso de adopción de las decisiones por las autoridades, aunque no en defensa de derechos e intereses individuales sino de intereses difusos y colectivos, sin que ello implique la decisión sea adoptada por el ciudadano, como ocurriría en instituciones de democracia directa como el referendo o el plebiscito”. Santos Rodríguez, ob. cit., p. 490.

¹⁸⁵ “Por el cual se modifican las directrices generales de técnica normativa de que trata el Título 2 de la Parte 1 del Libro 2 del Decreto 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de la Presidencia de la República”.

*"Cuando de conformidad con la ley deba someterse a consideración del público la información sobre **proyectos específicos de regulación** antes de su expedición, a la memoria justificativa se anexará también la constancia del cumplimiento de esa obligación y se incluirá el resultado de la evaluación de las observaciones ciudadanas que se hubieren presentado" (subrayado fuera del texto).*

Estas normas se encuentran dentro del Título 2º denominado "Directrices Generales de Técnica Normativa", título al que se encuentran sometidos los ministerios y departamentos administrativos¹⁸⁶, y que tiene como objeto establecer las directrices generales en la elaboración de proyectos de decretos y resoluciones que deban contar con la firma del Presidente de la República¹⁸⁷

Igualmente, el artículo 2.1.2.1.3 señala que en el caso de las demás entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, y las entidades del orden territorial, respecto de los decretos y resoluciones de carácter general de los Alcaldes y Gobernadores, el referido Título II es también aplicable en los términos del artículo 2.1.2.1.21 del Decreto¹⁸⁸. Precisamente, en materia de publicidad, esta última norma señala:

"Aplicación del presente título para la expedición de resoluciones que no requieren firma del Presidente de la República y por las demás entidades de la rama ejecutiva del orden nacional. La expedición de resoluciones que no requieran firma del Presidente de la República deberán sujetarse a lo previsto en este título, en relación con:

(...)

4. La verificación del cumplimiento de los deberes de publicidad y consulta cuando haya lugar a ello".

Asimismo, el Decreto 1609 de 2015 incorporó como Anexo 1 el "Manual para la Elaboración de Textos Normativos"¹⁸⁹. En el numeral 1º del Capítulo IV de este documento se utilizó la expresión "proyectos específicos de regulación" en los siguientes términos:

¹⁸⁶ "Artículo 2.1.2.1.3. Ámbito de aplicación. El presente título se aplica a los ministerios y departamentos administrativos que en razón a sus funciones deben preparar proyectos de decretos y resoluciones para la firma del Presidente de la República.

A las demás entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional y a las entidades territoriales en relación con los decretos y resoluciones de carácter general de los Alcaldes y Gobernadores, el presente título les será aplicable en los términos del artículo 2.1.2.1.21. del presente Decreto".

¹⁸⁷ "Artículo 2.1.2.1.1. Objeto. El presente título establece directrices generales de técnica normativa para la elaboración de proyectos de decretos y resoluciones para la firma del Presidente de la República".

¹⁸⁸ "A las demás entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional y a las entidades territoriales en relación con los decretos y resoluciones de carácter general de los Alcaldes y Gobernadores, el presente título les será aplicable en los términos del artículo 2.1.2.1.21. del presente Decreto".

¹⁸⁹ "Anexo. Incorpórese el Anexo 1 de este Decreto como Anexo 1 del Decreto 1081 de 2015, contentivo del Manual para la Elaboración de Textos Normativos. Artículo 2º".

*"Los ministerios y departamentos administrativos deberán tener a disposición del público, a través de medios impresos o electrónicos de que dispongan la información sobre **proyectos específicos de regulación** antes de su expedición.*

Sin perjuicio del uso de los demás medios que se consideren necesarios para dar a conocer el proyecto a los sectores interesados, el respectivo texto deberá estar disponible en el sitio web del Ministerio o Departamento Administrativo interesado en expedir el decreto o resolución" (subrayado fuera del texto).

A partir de las disposiciones anteriores para la Sala es claro que la expresión "proyectos específicos de regulación" a la luz del Decreto Número 1609 de 2015 no se refiere exclusivamente a reglamentos de carácter técnico o a aquellos proferidos con el propósito de expedir una regulación económica-social ex ante, pues se incluyen, entre otros, los actos administrativos relativos a: i) los decretos y resoluciones que van a ser expedidos por un Ministerio o Departamento Administrativo y que deben contar con la firma del Presidente de la República y ii) las resoluciones que no requieren firma del Presidente de la República y las promulgadas por las demás entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

No hay duda que esta interpretación de la expresión "proyectos específicos de regulación" para el caso del numeral 8º del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011, encuentra sustento en el artículo 2º de la misma ley, disposición que establece:

"ÁMBITO DE APLICACIÓN. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades".

Precisamente, el artículo 8º, no sólo integra la primera parte del Código, sino que también impone expresamente el deber de publicidad a "las autoridades"¹⁹⁰, las cuales, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2º, deben entenderse como los organismos y entidades allí señaladas.

Por lo tanto, al ser aplicable el artículo 8º a los organismos y entidades indicados en el artículo 2º de la Ley 1437 de 2011, muchas de las cuales no tienen la competencia para expedir reglamentos técnicos, ni fueron creadas con el propósito exclusivo de expedir una regulación económica-social. Por el contrario, sí gozan de la facultad de proferir actos administrativos de contenido general y abstracto, por lo cual, debe concluirse que el concepto de "proyectos específicos de regulación" al que se refiere la norma, corresponde al sentido general del concepto de regulación, esto es, al de contenido normativo.

¹⁹⁰ "Las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos:"

c) La realización de los principios de publicidad, transparencia, participación, seguridad jurídica y eficacia en el proceso de producción normativa

Realizada la exposición sobre el contenido de los principios constitucionales de la función administrativa y los consagrados en el CPACA para la actividad de la administración, corresponde determinar su pertinencia y conducencia para absolver la consulta formulada.

En efecto, la interpretación del numeral 8º del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011 de acuerdo al sentido general del concepto de regulación permite materializar y consolidar los principios de la función administrativa¹⁹¹ en especial los de publicidad, transparencia, participación, seguridad jurídica y eficacia.

En el campo de la producción normativa los principios de publicidad y transparencia permiten a los ciudadanos conocer y controlar la actividad de la administración en materia de producción de normas, evitar el abuso del poder en el ejercicio de dicha facultad y participar en la toma de decisiones. Asimismo, estos principios constituyen herramientas para enfrentar algunas situaciones que afectan negativamente el proceso de creación de una norma, tales como la existencia de intereses particulares o la inequidad en el acceso a la información. Adicionalmente, y de igual importancia, constituyen un instrumento esencial contra la corrupción¹⁹².

La importancia de la transparencia en el proceso de adopción normativa ha sido reconocida por la OCDE en los siguientes términos:

“La transparencia del sistema regulatorio es fundamental para crear un entorno normativo estable y accesible que promueva la competencia, el comercio y la inversión, y que ayude a protegerse de influencias negativas de grupos de interés. La transparencia refuerza la legitimidad y la equidad de los procesos regulatorios. Conlleva una amplia gama de prácticas, entre ellas, procesos estandarizados para elaborar y modificar regulaciones, consulta con los actores o partes interesadas, así como la redacción, la

¹⁹¹ Respecto a los principios de la función administrativa, la doctrina nacional ha indicado: “En el derecho colombiano, concretamente en el procedimiento administrativo, como lo expresamos antes, y siguiendo la tradición de las legislaciones comparadas recientes, de tiempo atrás se ha incorporado la técnica de los principios como normas jurídicas de amplia generalidad y abstracción que permiten hacer más sencilla la aplicación de las reglas específicas sobre procedimiento administrativo en el sentido de llenar sus lagunas y solucionar sus ambigüedades. Así, los principios constituyen una guía para la actuación de la Administración Pública y, a la vez, constituyen una herramienta para que el juez administrativo pueda llevar a cabo un control más efectivo sobre dicha actuación”. Jorge Enrique Santos Rodríguez, Artículo 3º en Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011 (José Luis Benavides (editor)), Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 57.

¹⁹² “La importancia de la transparencia en la agenda de la política regulatoria surge del hecho de que puede enfrentar muchas de las causas de las fallas regulatorias, tales como la captura e inclinación hacia beneficios concentrados, información inadecuada en el sector público, rigidez, incertidumbre de mercado e inhabilidad para entender el riesgo político, y la falta de responsabilidad. La transparencia en la propia política regulatoria – como también en sus instituciones, herramientas y procesos – es igualmente importante para su éxito. La transparencia promueve el desarrollo de mejores políticas, y ayuda a reducir la incidencia e impacto de decisiones arbitrarias en la implementación regulatoria. La transparencia es también considerada la espada más afilada en la guerra contra la corrupción”. (traducción libre). OECD, 2011, ob. cit., p. 30.

*publicación y la codificación en lenguaje claro. Por consiguiente, la transparencia contribuye a que las regulaciones sean fáciles de comprender y de encontrar, y a que los procesos de implementación y apelación sean predecibles y coherentes*¹⁹³.

En lo que respecta al principio de participación ciudadana, este permite enfrentar las principales problemáticas que padece la configuración de las normas que profiere la administración, como lo son, la falta de intervención de actores no estatales¹⁹⁴ y la no consideración de las preocupaciones de estos en el proceso de determinación de la norma jurídica¹⁹⁵.

De otra parte, si el principio de seguridad jurídica demanda que el ciudadano tenga conciencia de la normatividad que le será aplicable y de su claridad y certeza en cuanto a sus efectos, de tal suerte que pueda decidir cómo comportarse en el futuro¹⁹⁶, sin duda alguna, la generación de herramientas que le permitan a este conocer los proyectos de normas jurídicas que impactarán el desarrollo de su actividad, es esencial para hacer realidad el referido principio.

De esta suerte, los principios de seguridad jurídica, publicidad, transparencia y participación establecidos en los artículos 2º y 209 de la Constitución Política y 3º de la Ley 1437 de 2011, así como los mandatos de los artículos 4º y 32 de la Ley 489 de 1998, justifican la adopción e implementación de instrumentos de política regulatoria encaminados a permitir la participación de los ciudadanos o grupos de interés en los procesos de elaboración de normas jurídicas.

En esta misma dirección, encuentra la Sala que una interpretación general del numeral 8º del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011 hace posible que esta disposición constituya un instrumento fundamental para dotar de transparencia y publicidad el ejercicio de la facultad normativa de la administración y promover la participación ciudadana en el proceso de creación de la norma, y de esta forma alcanzar uno de los fines del Estado.

c) Gobernanza, buen gobierno y la calidad regulatoria

Una interpretación en sentido general del concepto de regulación dentro de la expresión "proyectos específicos de regulación" hace posible la participación de los

¹⁹³ OCDE, 2014, ob. cit., p.86.

¹⁹⁴ "El campo de la regulación sufre de cuatro déficits principales, concretamente los déficits de supervisión, participación, incentivo y adaptación. Estos déficits resultan de asuntos que podrían definirse como la "política económica" de la regulación, concretamente los procesos en los cuales la regulación es producida y operada." (traducción libre). Lodge, ob. cit., p. 13.

¹⁹⁵ "El déficit de participación se refiere a las preocupaciones sobre la inclusividad del proceso regulatorio. Existe, como se anotó en la documentación, la preocupación sobre la naturaleza vertical de la regulación que no toma suficientemente en consideración las preocupaciones de las partes afectadas". (traducción libre). *Ibidem*, p. 14.

¹⁹⁶ "Es decir, se requiere que el ciudadano tenga noticia de los mandatos, prohibiciones y permisiones que el derecho ha establecido. Gracias a este conocimiento, los ciudadanos pueden decidir acerca de cómo comportarse en el presente y cómo en el futuro". Centro de Estudios de Justicia de las Américas, La seguridad jurídica en la capacitación de los jueces latinoamericanos, en Seguridad Jurídica y democracia en Iberoamérica (Carlos Cruz Moratones, Carolina Fernández Blanco y Jordi Ferrer Beltrán (eds.), Marcial Pons, 2015, p. 126.

ciudadanos en la toma de las decisiones de la administración¹⁹⁷, lo cual es coherente con el Derecho Administrativo moderno¹⁹⁸ y con el contenido de los conceptos de buen gobierno, gobernanza y calidad regulatoria¹⁹⁹.

Dentro de este marco, una interpretación como la que se propone permite que a través del numeral 8° del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011 se promueva la intervención ciudadana en los procesos de creación normativa de la administración, y de esta forma, obtener los beneficios que se derivan de dicha participación²⁰⁰.

En este sentido, la participación ciudadana mejora la calidad de las normas, pues la participación permite a quienes fijan las políticas públicas y expiden las normas, recopilar información que no conocen o no tienen disponible²⁰¹, y así, obtener una mayor evidencia de la necesidad de promulgar o no una norma. Asimismo, la

¹⁹⁷ Alemanno, ob. cit., p. 118.

¹⁹⁸ "El Derecho Administrativo moderno parte de la consideración central de la persona y de una concepción abierta y complementaria del interés general. Los ciudadanos ya no son sujetos inertes que reciben, única y exclusivamente, bienes y servicios públicos del poder. Ahora, por mor de su inserción en el Estado social y democrático de Derecho, se convierten en actores principales de la definición y evaluación de las diferentes políticas públicas. El interés general ya no es un concepto que define unilateralmente la Administración sino que ahora, en un Estado que se define como social y democrático de Derecho, debe determinarse, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en una sentencia de 7 de febrero de 1984, a través de una acción articulada entre los poderes públicos y los agentes sociales". Jaime Rodríguez Arana, *La Dimensión Ética de la Función Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2013, pp. 113-114.

¹⁹⁹ "La palabra española «gobernanza» comienza a utilizarse ampliamente a partir del año 2001, con la publicación del Libro blanco sobre la gobernanza europea (CCE 2001). El libro propone recuperar ese antiguo término castellano para referirse a un concepto cuyo desarrollo inicial se produce en idioma inglés: good governance. Otras posibles traducciones para este mismo concepto, que tienen la ventaja de pertenecer al lenguaje corriente, son las expresiones «buena administración» y «buen gobierno». Agustín E. Ferraro. *Reinventando el Estado. Por una administración pública democrática y profesional en Iberoamérica*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2009, p. 80. "En el marco del respeto al Ordenamiento jurídico en su conjunto, la Administración pública sirve con objetividad al interés general y actúa, especialmente en sus relaciones con los ciudadanos, de acuerdo con los siguientes principios, que son corolarios del derecho fundamental a la buena Administración pública: ...7. Principio de publicidad de las normas, de los procedimientos y del entero quehacer administrativo en el marco del respeto del derecho a la intimidad y de las reservas que por razones acreditadas de confidencialidad o interés general sea pertinente en cada caso, en los procedimientos para el dictado de actos administrativos. En especial, las autoridades darán a conocer a los ciudadanos y a los interesados, de forma sistemática y permanente, aún sin mediar petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante comunicaciones, notificaciones y publicaciones, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de forma masiva tal información. 8. Principio de seguridad jurídica, de previsibilidad y certeza normativa, por los cuales la Administración se somete al derecho vigente en cada momento, sin que pueda variar arbitrariamente las normas jurídicas". Rodríguez Arana, ob. cit., pp. 128-129.

²⁰⁰ "Un proceso de comunicación, consulta y compromiso que permita la participación pública de actores durante la formulación, así como en la revisión de regulaciones, puede ayudar a los gobiernos a comprender las necesidades de los ciudadanos y otros actores y mejorar la confianza en el gobierno. Asimismo, puede ayudar a los gobiernos a recopilar más información y fuentes, aumentar el cumplimiento y disminuir la oposición no informada. Puede impulsar la transparencia y la rendición de cuentas a medida que las partes interesadas tienen acceso a información pormenorizada sobre los efectos potenciales que la regulación puede tener en ellas". OCDE, 2012, ob. cit. p. 27.

²⁰¹ Daniel P. Selmi, *The Contract Transformation in Land Use Regulation*, Stanford Law Review, Vol. 63, 2011, pp. 638-639.

participación le permite a la administración percatarse de dificultades, ineficiencias o soluciones que no se hayan tomado en consideración²⁰².

Es importante señalar que una adecuada calidad de las normas es fundamental para el país, pues esta promueve el desarrollo económico, la inversión, la innovación y la materialización de las políticas públicas²⁰³.

Asimismo, aumenta los niveles de cumplimiento de las normas, reduce el costo de implementación de estas, promueve la transparencia²⁰⁴, evita que la Administración abuse de su potestad normativa²⁰⁵, otorga mayor legitimación al proceso de creación normativa²⁰⁶ y hace el proceso más efectivo e incluyente,²⁰⁷ y fortalece la confianza de

²⁰² "En particular, los creadores de las políticas parecen creer que para decidir si la intervención del gobierno es realmente necesaria en un área determinada y qué tipo de soluciones sería la más apropiada, deben reunir y analizar tanta información, incluyendo la experiencia científica, como sea posible. Sin embargo, es obvio que los gobiernos no pueden tener toda la información disponible, y necesitan usar contribuciones de usuarios y partes interesadas. Los beneficios de la participación de las partes interesadas se extiende también más allá de la fase de recopilación de la información. Involucrar a las partes interesadas en el proceso de determinación de las políticas puede informar a los reguladores de dificultades, ineficiencias, y soluciones que hasta el momento no hayan sido tomadas en consideración. Además, la participación pública incrementa la probabilidad de cumplimiento por medio de la construcción de la legitimidad dentro del proceso de propuestas regulatorias y puede por tanto mejorar el efecto de regulación y reducir el costo de ejecución (OECD, 2009b). Puede también llevar a incrementar la creatividad y la innovación en las políticas, pues personas interesadas por fuera del gobierno son más propensas a salir con soluciones tradicionales. Finalmente, las partes interesadas a quien la regulación potencial impactará directamente probablemente aportarán mejores aportes para valorar este efecto potencial" (traducción libre). Alemanno, ob. cit., p. 122.

²⁰³ "La mejora regulatoria es un instrumento importante de entre las herramientas del gobierno para mejorar el desempeño económico y alcanzar las metas de política pública. (...) Mejorar la calidad de la regulación y su impacto en el desempeño económico es clave para que Colombia maximice los beneficios de contar con un contexto macroeconómico sólido, al tiempo que optimice las condiciones para el quehacer empresarial e impulse la inversión y la innovación". OCDE, 2014, ob. cit., p. 34.

²⁰⁴ "La participación de las personas interesadas también presenta un valor instrumental al requerir transparencia, fortalecer la base de evidencia en la elaboración de la política al aprovechar un depósito más amplio de ideas y recursos (Bourgon 2007), y reducir los costos de implementación al favorecer el cumplimiento". (traducción libre). Alemanno, ob. cit., p. 121.

²⁰⁵ Selmi, ob. cit., p. 639.

²⁰⁶ "Como resultado de este cambio, un proceso de comunicación, consulta y compromiso que permita la participación pública de las personas interesadas en las diferentes fases del ciclo regulatorio de gobierno (OECD, 2011) es percibido de forma creciente no solo como fundamental para el entendimiento de las necesidades de los ciudadanos y otras personas interesadas sino también para mejorar la confianza en el gobierno. Es de hecho reconocido que tomar decisiones sin apoyo público puede llevar a la confrontación, disputas, alteraciones, boicots, desconfianza e insatisfacción pública (Rowe y Frewer, 2004). Mientras que las razones que respaldan la participación de las personas interesadas varían entre los países, su meta es, por un lado, ayudar a quienes elaboran las políticas a recolectar más información y recursos, promoviendo por tanto la evidencia que sirve de base a las regulaciones (aporte de legitimación) y, por el otro, a incrementar el cumplimiento y, eventualmente, hacer más legítimo el resultado del proceso regulatorio". Alemanno, ob. cit., p. 117.

²⁰⁷ "La participación de las personas interesadas es un fenómeno que se origina de la intersección de esfuerzos nacionales en materia de reformas regulatorias dirigidos a promover una elaboración de políticas más efectiva con iniciativas de gobierno abierto (democracia participativa) cuyo objetivo es promover un proceso de elaboración de políticas más transparente e incluyente. Como tal, pertenece a una tendencia más amplia de "democracia experimental" y complementa la elaboración tradicional de políticas parlamentarias y administrativas (Dorf y Sabel, 1998). La aparición de las personas interesadas ha sido descrita como parte de un movimiento más amplio de "gobierno" a "gobernanza", en el cual las

los ciudadanos en las instituciones gubernamentales y en el proceso de creación de la norma.

Una interpretación distinta al concepto de regulación en la expresión que se estudia, limitaría profundamente estos beneficios, pues solamente se aplicarían para el contenido ex ante propio de la regulación económico-social.

d) Conclusión respecto al contenido de la expresión “proyectos específicos de regulación” del numeral 8º del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011

En suma, bajo una interpretación gramatical, sistemática, teleológica, de efecto útil y conforme con la Constitución Política, es necesario concluir que la expresión “proyectos específicos de regulación” para el caso del numeral 8º del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011, debe interpretarse de acuerdo con el sentido general del término regulación, esto es, a un contenido normativo de carácter general, teniendo en cuenta que:

i) El artículo 8º se encuentra en la primera parte de la Ley 1437 de 2011, la cual, por expreso mandato del artículo 2º, es aplicable a las entidades y órganos de la administración allí señalados.

ii) Dentro de las definiciones aceptadas por la jurisprudencia y la doctrina frente al término “regulación”, se encuentra aquella que la entiende como norma o disposición jurídica.

iii) La interpretación en sentido general del término encuentra sustento en la Constitución Política y permite una adecuada, proporcional y razonable materialización del principio democrático, la democracia participativa y los principios de publicidad, transparencia, participación, seguridad jurídica y eficacia.

iv) Una interpretación en el sentido señalado es más acorde con las necesidades del Derecho Administrativo contemporáneo y con las doctrinas y prácticas actuales en materia de administración pública y política regulatoria, como son los de gobernanza, gobernanza regulatoria, gobierno abierto o buen gobierno. Igualmente, es concordante con la finalidad de la función administrativa y con la experiencia internacional en la materia.

v) Las consideraciones expuestas por la Sala permiten que el numeral 8º del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011 sirva de instrumento para mejorar la calidad de las normas, incrementar la transparencia y promover la participación de los ciudadanos en la toma de las decisiones que los afectan.

En consecuencia, la expresión “proyectos específicos de regulación” hace referencia a la propuesta de norma jurídica que pretende ser expedida por la autoridad administrativa en un asunto o materia de su competencia. En otras palabras, cuando

formas verticales y jerárquicas están dando paso a estructuras de elaboración de políticas más horizontales y cooperativas”. (traducción libre). *Ibidem*.

la Ley 1437 de 2011 ordena publicar los proyectos específicos de regulación, debe entenderse que está ordenando a las autoridades señaladas en el artículo 2º del CPACA publicar los proyectos de actos administrativos de contenido general y abstracto que piensa proferir.

Por lo tanto, el deber de publicidad contenido en el numeral 8º del artículo 8º es exigible a las autoridades administrativas que pueden expedir actos administrativos de contenido general y abstracto, y por consiguiente, no se encuentra limitado o restringido únicamente a aquellas autoridades que tienen la posibilidad de expedir normas de carácter técnico o de regulación económica-social.

Asimismo, es importante señalar que a la luz de lo anterior, y teniendo en cuenta que la primera parte del Código aplica a las autoridades para el ejercicio de su función administrativa, quedan excluidos del concepto “proyectos específicos de regulación”, los decretos con fuerza de ley y los decretos legislativos expedidos en estados de excepción, y en general aquellos que tengan un contenido formal de naturaleza legislativa²⁰⁸.

e) Excepciones y límites a la obligación de publicar los “proyectos específicos de regulación”

Es importante señalar que el artículo 8º numeral 8º de la Ley 1437 de 2011 no estableció en forma expresa excepciones particulares a la obligación de publicidad y consulta, tal como sí ocurre en el caso español o estadounidense.

Sin embargo, lo anterior no implica que el deber de informar y consultar al público antes de expedir el acto deba entenderse de forma absoluta, en tanto que no aplicará, como se desprende del artículo 2º del CPACA, en procedimientos militares o de policía²⁰⁹ que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para

²⁰⁸ “Los Decretos con fuerza de Ley, son aquellos proferidos por el Presidente que tienen la naturaleza o connotación de ley, pues se expiden en ejercicio de funciones legislativas excepcionales. De tal manera, que esta clase de actos tienen la misma jerarquía de una ley expedida por el Congreso de la República. (...) De esta clasificación, se colige entonces, que tanto los decretos legislativos, al igual que los decretos-leyes hacen parte de aquellos decretos llamados con fuerza de Ley, pues en ellos el Presidente actúa como legislador extraordinario, por tanto, que el control judicial de tales actos sea ejercido por la Corte Constitucional. (...) Por Decretos Legislativos se entienden, aquellos por medio de los cuales el Presidente de la República declara los estados de excepción, previstos en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución Política”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Auto del 11 de diciembre de 2007, Radicación número: 11001-03-24-000-2006-00205-00(16546). “Así, respecto de la competencia de la Corte Constitucional para decidir la constitucionalidad formal y material de un decreto declaratorio de estado de excepción, se basa en que: (i) el decreto declaratorio de estado de excepción es un decreto legislativo por denominación constitucional, ya que el propio artículo 241.7 superior nombra como tal los decretos dictados con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 superiores sin excluir a los declaratorios que, evidentemente, también se expiden con apoyo en tales prescripciones (...)”. Corte Constitucional. Sentencia del 7 de febrero de 2012, C-049/12. Véase igualmente: Libardo Rodríguez Rodríguez, Derecho Administrativo, 18ª. edición, Editorial Temis, 2013, pp. 427-458.

²⁰⁹ Respecto al concepto de procedimientos de policía, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado: “Sobre este punto, la Sala considera necesario distinguir los actos que ponen fin a actuaciones administrativas correspondientes a procedimientos de policía, esto es, las que obedecen al ejercicio de

evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas²¹⁰.

Tampoco aplicará el numeral 8° del artículo 8° de la Ley 1437 en los casos en que exista ley especial frente a la materia, en atención a lo dispuesto por el artículo 2° de la misma ley²¹¹.

De otra parte, el plazo para recibir observaciones de los ciudadanos no debe, en aras de garantizarse una actuación pronta de la administración, implicar la pérdida de los beneficios que para la democracia y la actividad estatal se derivan de la transparencia y la participación ciudadana²¹². Sin embargo, dicho término tampoco puede llevar a la inmovilización de las autoridades. En esta dirección, en la fijación del referido plazo debe buscarse una ponderación para que la participación ciudadana sea la más amplia posible, pero sin que se afecte indebidamente el ejercicio de las funciones de la administración ni se retarde de forma excesiva la toma de decisiones²¹³.

Por lo tanto, la autoridad, para no violentar el principio de transparencia y ser consecuente con los principios que guían la actividad administrativa, especialmente los de celeridad, economía, eficiencia y eficacia, y para no paralizar o afectar de forma inconveniente la actividad de la administración y lograr la satisfacción oportuna de los fines del Estado, debe establecer un plazo razonable, proporcional y adecuado, especialmente en situaciones que requieran una pronta actuación o decisión, para recibir las observaciones de los interesados. En este caso, se considera necesaria una motivación reforzada que acredite y justifique la legalidad del término.

las facultades de control, vigilancia y sanción de las autoridades sobre las actividades de los particulares, las cuales constituyen el ejercicio de una potestad administrativa, conocida como policía administrativa (...). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 29 de julio de 2013, Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01481-01(27088).

²¹⁰ Frente a esta norma, en la Comisión redactora del Código se indicó: "Lo importante es que, cuando se redacte, se tenga en cuenta que la idea es que estas normas no se aplican cuando se trata de evitar o remediar perturbaciones del orden público. Si se mira bien, lo esencial es que ante un problema de orden público no se tenga que aplicar esta norma, sino que haya otro tipo de normatividad que aplicar (...). Memorias de la Ley 1437 de 2011, Volumen III, Parte A: artículos 1° a 142. Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Ministerio de Justicia y del Derecho, Consejo Superior de la Judicatura.

²¹¹ "Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código".

²¹² "Finalmente, lograr la transparencia y proveer oportunidades significativas para la participación pública no se encuentra libre de dificultades. Ellas pueden alargar el tiempo y los recursos que las agencias necesitan para tomar una decisión y emitir una norma (...) Al diseñar el proceso para administrar la información y la participación pública (...) sería equivocado dejar que la preocupación por la eficiencia administrativa sobrepase completamente las ventajas democráticas y de decisión que ofrece la transparencia y la participación pública". (traducción libre). Cary Coglianese, Heather Kilmartin y Evan Mendelson, Transparency and Public Participation in the Federal Rulemaking Process: Recommendations for the New Administration, *The George Washington Law Review*, Vol. 77, 2009, p. 930.

²¹³ "La participación de los ciudadanos debe ser, pues, compatible con estos principios y no perturbar la gestión de los servicios ni dilatar excesivamente las decisiones". Sánchez Morón, ob. cit., p. 83.

De otra parte, recomienda o sugiere la Sala que, con el propósito de fortalecer y hacer más eficaces los principios de transparencia y la participación ciudadana, se elabore un documento en el que consten tanto las observaciones realizadas por la ciudadanía frente al proyecto de regulación, como las respuestas dadas por la administración a dichas observaciones.

2) La función de regulación y la potestad reglamentaria del Presidente de la República

Procede ahora la Sala a contestar la pregunta planteada por el Ministerio consultante dirigido a establecer los casos y condiciones en los cuales los actos de carácter reglamentario expedidos por el Presidente de la República bajo la potestad concedida por el artículo 189.11 de la Constitución Política, tienen a su vez un carácter regulatorio.

Frente a este interrogante, considera la Sala que los actos de carácter reglamentario expedidos por el Presidente de la República bajo la potestad concedida por el artículo 189.11 de la Constitución Política, tienen a su vez un carácter regulatorio en su sentido general de norma.

En efecto, desde la perspectiva del sentido general del concepto de regulación, tienen este carácter los actos de contenido general y abstracto que expida el Presidente de la República en ejercicio de la potestad señalada en el numeral 11 del artículo 189, sin importar si están o no dirigidos a una regulación económico-social.

En todo caso, es importante señalar que no existe una categoría jurídica de acto especial o particular, denominado "acto regulatorio", pues el acto de contenido general y abstracto, aun cuando pueda enmarcarse dentro del ejercicio de una potestad regulatoria, sigue correspondiendo en su naturaleza jurídica a un acto administrativo²¹⁴.

Los actos reglamentarios proferidos por el Presidente bajo el amparo del artículo 189 numeral 11 que tengan una connotación regulatoria, ya sea bajo el sentido general o específico del término regulación, requieren en todo caso, cumplir con las condiciones

²¹⁴ Frente este punto la doctrina ha indicado: "Por consiguiente, si se distingue reglamento de regulación se trata, resulta menester señalar que esta última constituye la función encomendada, por antonomasia y entre otros órganos del Estado, a las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios; sin embargo, dicha actividad no debe confundirse con los instrumentos normativos por medio de los cuales, en ocasiones, se manifiesta; la regulación no es, entonces, una norma o una fuente de derecho propiamente dicha —aunque se valga de varias fuentes de derecho para expresarse por medio de ellas—; no cabe, por tanto, preconizar la existencia de una "norma regulatoria" o de un "acto regulatorio"; sí es posible, en cambio, sostener que resulta admisible y necesaria la expedición de reglamentos administrativos o de actos administrativos en ejercicio de la función de regulación o, en otros términos, que la actividad regulatoria incluye, entre sus modalidades de actuación, una de las antes referidas especies de la potestad reglamentaria. (...)". Marín Hernández, ob. cit., p. 58.

generales que la jurisprudencia ha señalado para los actos promulgados a la luz de dicho mandato constitucional, tales como, el sometimiento del decreto reglamentario a la Ley y la Constitución, y en consecuencia la obligación de limitarse al ámbito material desarrollado por la norma superior. Igualmente, tampoco pueden promulgarse decretos sobre asuntos reservados al legislador²¹⁵.

Finalmente, teniendo en cuenta la interpretación que la Sala ha realizado con respecto al término “proyectos específicos de regulación”, el deber de publicidad que se deriva del numeral 8º del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011, es exigible a los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República con fundamento en el artículo 189 numeral 11.

3) El plazo del artículo 8º numeral 8º de la Ley 1437 de 2011

El Ministerio consultante pregunta si el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, puede establecer el plazo señalado por el numeral 8º del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011. Para la Sala la respuesta a este interrogante es negativa.

En efecto, aunque el Presidente de la República en su calidad de suprema autoridad administrativa goza de facultades encaminadas a garantizar el adecuado funcionamiento de la administración pública²¹⁶, su ejercicio no es absoluto y debe hacerse dentro de los límites fijados por el ordenamiento nacional y la jurisprudencia. Debe recordarse que la potestad reglamentaria del Presidente no puede ejercerse de tal forma que se modifique el contenido de la ley.

En el caso objeto de estudio, de la lectura del texto del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011, encuentra la Sala que el legislador otorgó expresamente a las autoridades que

²¹⁵ “Así pues, la facultad reglamentaria no es absoluta, pues tiene como límite y radio de acción a la Constitución y la ley, y es por ello que el Ejecutivo al ejercerla no puede alterar o modificar el contenido y espíritu de la ley, ni puede reglamentar leyes que no ejecuta la administración, como tampoco puede desarrollar aquellas materias cuyo contenido está reservado al legislador”. Corte Constitucional. Sentencia del 27 de mayo de 2009, C-372/09. “La potestad de reglamentar las leyes, de que trata el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, que se ha confiado al Presidente de la República, tiene la limitación de que no es posible modificar, ampliar, adicionar, enervar ni suprimir, por esa vía, disposiciones que el legislador ha consagrado, pues el único objeto de la norma reglamentaria es lograr el cumplimiento y efectividad de la ley que desarrolla”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 23 de febrero de 2012, Radicación número: 11001-03-27-000-2009-00041-00(17891).

²¹⁶ Esta doctrina parte de establecer que las funciones constitucionales del Presidente son ejercidas bajo una de las siguientes tres condiciones: (i) como Jefe de Estado, competencia relacionada con las funciones “que denotan de manera clara la voluntad de la Nación de conformar una unidad política propia, tales como las referidas a las relaciones internacionales”; (ii) como Jefe de Gobierno, relacionada con el ejercicio de las facultades que están dirigidas a la “fijación de políticas, de derroteros para la conducción del país”; y (iii) como Suprema Autoridad Administrativa, condición que tiene que ver con el ejercicio de aquellas labores tendientes a “mantener el funcionamiento normal de la administración pública”. Corte Constitucional. Sentencia del 8 de marzo de 2005, C-205/05. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 15 de septiembre de 1998, C-496/98.

se encuentran sujetas al deber de publicar los proyectos específicos de regulación, la competencia para determinar el plazo para la realización de observaciones²¹⁷.

Por lo tanto, ante: i) la obligación de que los decretos reglamentarios se encuentren sometidos a lo dispuesto por la ley, ii) la imposibilidad de que estos alteren el contenido de la norma proferida por el legislador, y iii) el mandato del numeral 8º artículo 8º que señala que las autoridades son las llamadas a determinar el plazo para la recepción de observaciones, la fijación de este por parte del Presidente de la República a través de un decreto reglamentario, estaría desconociendo una competencia que ya fue señalada por la ley, y por consiguiente, modificando el contenido del referido numeral.

En consecuencia, el plazo al que se refiere el numeral 8º del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011 no puede ser fijado por el Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, sino por la autoridad administrativa correspondiente.

Sin embargo, sí es posible que el Presidente, en el ejercicio de su potestad reglamentaria, mediante Decreto establezca los criterios o parámetros que deben tomar en consideración las autoridades para la determinación de dicho plazo, y reglamente los demás aspectos necesarios para la adecuada y efectiva aplicación del mandato contenido en el señalado numeral.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

La Sala RESPONDE:

1. ¿Es viable en virtud de los artículos 4 de la Ley 489 de 1998 y 3 de la Ley 1437 de 2011 desarrollar parámetros que permitan la efectiva participación de los ciudadanos o grupos de interesados, en el proceso de elaboración de normas de carácter reglamentario y regulatorio?

Sí es posible, con fundamento en el mandato del artículo 4º de la Ley 489 de 1998 y los principios de publicidad, transparencia, participación y eficacia establecidos en los artículos 2º y 209 de la Constitución Política y 3º de la Ley 1437 de 2011, adoptar instrumentos encaminados a permitir la participación de los ciudadanos o grupos de interés en los procesos de elaboración de normas de carácter reglamentario y regulatorio.

²¹⁷ “Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público”.

2. ¿En qué casos y bajo qué condiciones los actos de carácter reglamentario expedidos bajo la potestad concedida por el artículo 189.11 constitucional al Presidente de la República tienen a su vez un carácter regulatorio?

Los actos de carácter reglamentario expedidos por el Presidente de la República bajo la potestad concedida por el artículo 189.11 de la Constitución Política, tienen a su vez un carácter regulatorio.

Desde la perspectiva del sentido general del concepto de regulación, es decir, como la facultad de proferir normas jurídicas, los actos de contenido general y abstracto que expida el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria del señalado numeral 11 del artículo 189, sin importar si están o no dirigidos a una regulación económico-social, poseen carácter regulatorio, pues se trata de actos que tienen la calidad de norma jurídica.

En todo caso, es importante señalar que no existe una categoría jurídica de acto especial o particular, denominado "acto regulatorio", pues el acto de contenido general y abstracto, aun cuando pueda enmarcarse dentro del ejercicio de una potestad regulatoria, sigue correspondiendo en su naturaleza jurídica a un acto administrativo.

Asimismo, los actos reglamentarios proferidos por el Presidente bajo el amparo del artículo 189 numeral 11 que tengan una connotación regulatoria, ya sea en el sentido general o específico del término regulación, requieren en todo caso cumplir con las condiciones generales que la jurisprudencia ha señalado para los actos promulgados a la luz de dicho mandato constitucional, tales como el sometimiento del decreto reglamentario a la Ley y la Constitución, y en consecuencia la obligación de limitarse al ámbito material desarrollado por la norma superior.

3. ¿Qué debe entenderse como "proyectos específicos de regulación"?

El numeral 8º del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011 adopta el sentido general del término regulación. En consecuencia, por "proyectos específicos de regulación" se debe entender la propuesta de norma jurídica que pretende ser expedida por la autoridad administrativa en un asunto o materia de su competencia.

En otras palabras, cuando la Ley 1437 de 2011 ordena publicar los proyectos específicos de regulación, debe entenderse que está ordenando a las autoridades señaladas en el artículo 2º del CPACA publicar los proyectos de actos administrativos de contenido general y abstracto que piensan proferir.

Con todo, el deber de informar al público antes de expedir el acto no es absoluto, en tanto que no aplicará, como se desprende del artículo 2º del CPACA, en procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas.

Tampoco aplicará el numeral 8° del artículo 8° de la Ley 1437 en los casos en que exista ley especial frente a la materia, en atención a lo dispuesto por el artículo 2° de la misma ley.

Asimismo, es importante señalar que la autoridad, para no violentar el principio de transparencia y ser consecuente con los principios que guían la actividad administrativa, especialmente los de celeridad, economía, eficiencia y eficacia, y para no paralizar o afectar de forma inconveniente la actividad de la administración y lograr la satisfacción oportuna de los fines del Estado, debe establecer un plazo razonable, proporcional y adecuado, especialmente en situaciones que requieran una pronta actuación o decisión, para recibir las observaciones de los interesados. En este caso, se considera necesaria una motivación reforzada que acredite y justifique la legalidad del término.

4. ¿El deber de suministrar al público información completa y actualizada de que trata el numeral 8 del artículo 8 de la Ley 1437 de 2011 hace referencia exclusiva a las normas expedidas por las autoridades competentes en ejercicio de la potestad regulatoria?

Sí. El deber de publicidad contenido en el numeral 8° del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011 es exigible a todas las autoridades administrativas cuando ejercen su facultad regulatoria en sentido general, la cual, para el caso específico de la citada disposición, tiene ocurrencia cuando expiden actos administrativos de contenido general y abstracto.

5. ¿El deber de que trata el artículo en mención se aplica también en relación a las normas que tengan una vocación reglamentaria expedida en virtud de la potestad concedida en el artículo 189.11 constitucional?

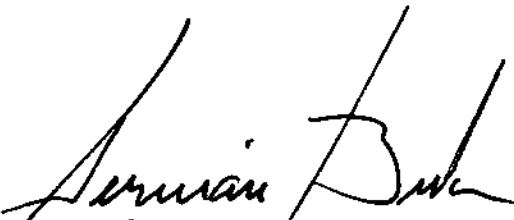
Teniendo en cuenta la interpretación del término "proyectos específicos de regulación", el deber de publicidad que se deriva del numeral 8° del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011, es exigible a los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República con fundamento en el artículo 189 numeral 11.

6. ¿El plazo ordenado por el numeral 8 del artículo 8 de la Ley 1437 de 2011 podrá ser establecido por el Presidente de la República como suprema autoridad administrativa?

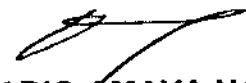
El plazo al que se refiere el numeral 8° del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011 no puede ser fijado por el Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, sino por la autoridad administrativa correspondiente en los términos indicados.

Sin embargo, sí es posible que el Presidente, en el ejercicio de su potestad reglamentaria, mediante Decreto establezca los criterios o parámetros que deben tomar en consideración las autoridades para la determinación de dicho plazo, y reglamente los demás aspectos necesarios para la adecuada y efectiva aplicación del mandato contenido en el señalado numeral.

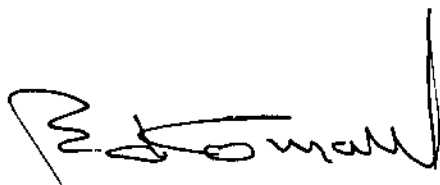
Remítase al Ministerio de Justicia y del Derecho y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



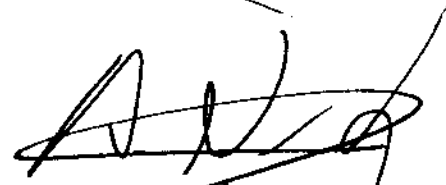
GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Presidente de la Sala



OSCAR DARIO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado



EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado



ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado



LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala

20 SET. 2016 LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO No. 0025492 -OAJO- 1500 DE
FECHA 19 DE SEPTIEMBRE DE 2016. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO