

ano 19 - n. 76 | abril/junho – 2019
Belo Horizonte | p. 1-280 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v19i76
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

FORUM

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

El deber de información como presupuesto procedimental para el ejercicio de la potestad reglamentaria en Colombia

Notice and comment rulemaking as procedural basis for the exercise of regulatory powers in Colombia

Anibal Zarate*

Universidad Externado de Colombia (Colômbia)
anibal.zarate@uexternado.edu.co

Camilo Perdomo Villamil**

Universidad Externado de Colombia (Colômbia)
camilo.perdomo@uexternado.edu.co

Como citar este artículo/*How to cite this article*: ZARATE, Anibal; PERDOMO VILLAMIL, Camilo. El deber de información como presupuesto procedimental para el ejercicio de la potestad reglamentaria en Colombia. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 41-82, abr./jun. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i76.1076.

* Docente investigador, editor de la Revista y director del Grupo de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Doctor en Derecho Público con la máxima calificación y una mención del Consejo Científico de la Universidad de París II, Panthéon-Assas. Titular de un DSU en Derecho constitucional y de un Magíster en Derecho Público Interno – DEA – de la Universidad de París II, Panthéon – Assas. Abogado de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Ha sido profesor visitante de la Universidad de Virginia, asesor de la Superintendencia de Industria y Comercio, de la Autoridad Nacional de Televisión, de la Red Nacional de Protección al Consumidor y de la firma estadounidense Dalberg LLC en temas de Estructura del Estado, Derecho Público Económico y de Derecho de la Competencia. Actualmente se desempeña como consultor y abogado litigante. *E-mail*: anibal.zarate@uexternado.edu.co.

** Docente investigador, Asistente Editorial de la Revista y miembro del Grupo de Investigación, Departamento de Derecho administrativo, Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Candidato a Doctor en ciencias jurídicas, Università di Bologna, Bolonia (Italia). Maestría en Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (Colombia). Abogado de la Universidad Externado de Colombia. *E-mail*: camilo.perdomo@uexternado.edu.co.

Recibido/Received: 14.02.2019 / February 14th, 2019

Aprovado/Approved: 23.06.2019 / June 23rd, 2019

Resumen: Lejos de ser una simple manifestación unilateral del poder, el ejercicio de la potestad reglamentaria se encuentra hoy día condicionado por la participación directa del público, hasta el punto que los deberes de informar el proyecto reglamentario y de tratar los comentarios que hagan los interesados, se erigen en requisitos substanciales para la toma de la decisión reglamentaria. En este contexto, el procedimiento administrativo aparece como el escenario en el que concurren tanto el deber de información, como la garantía participativa de los administrados. Ahora bien, solo bajo ciertos supuestos el procedimiento de información y recepción de comentarios permite satisfacer las exigencias derivadas de un conjunto de principios que se relacionan bajo el término de buena administración, siendo esta última fundamento, fin y límite de la procedimentalización de esta participación ciudadana. Mediante un ejercicio comparativo, la presente investigación pretende identificar cuáles son dichos supuestos, así como el alcance y contenido de este deber, cuya vulneración puede implicar la nulidad del acto reglamentario por expedición irregular.

Palabras-clave: Reglamento. Participación. Buena administración. Procedimiento administrativo. Control judicial.

Abstract: Far from being a simple unilateral manifestation of power, administrative rulemaking is also conditioned by direct public participation, to the extent that notice of the proposed rule and agency consideration of stakeholder's comments are substantial requirements for legitimate regulatory decisionmaking. In this context, the administrative procedure emerges as the scenario in which the duty of information and the guarantee of public participation concur. However, only under certain conditions notice and comment rulemaking realize a set of principles commonly related as good administration; term that equally explains and limits public participation proceedings. Through a comparative analysis, this research aims to identify those conditions, as well as the scope of the notice and comment rulemaking burden in Colombia, whose disregard may void the final administrative rule for irregular issuing.

Keywords: Agency rulemaking. Public participation. Good administration. Administrative procedure. Judicial review.

Sumario: Introducción – **1** La procedimentalización del deber de información de los proyectos de regulación como expresión del principio democrático – **2** El deber de informar los proyectos de regulación como presupuesto de la buena administración – Conclusiones – Referencias

Introducción

El procedimiento administrativo no es solamente un instrumento de aplicación de la ley democrática. En nuestro tiempo, él contribuye también a fortalecer – y completar – la legitimidad de la acción administrativa a través de la participación y colaboración de actores públicos y privados.¹ Frente a un contexto económico y

¹ El procedimiento es el lugar en donde se reconocen derechos para el ciudadano y deberes para la Administración, tendientes a asegurar una adecuada aplicación de la legalidad y de la tutela de los intereses de los ciudadanos. Pero el procedimiento es también un escenario para la participación, en el que se ventilan derechos difusos o colectivos, o más ampliamente cuestiones de políticas públicas. Estos procedimientos no expresan únicamente actos singulares, sino que también incluyen toda clase de

social incierto, el legislador optará progresivamente por disponer la forma en qué deberá adoptarse tal decisión o resolverse un problema futuro, más que por decidir cuál debe ser la exacta solución del caso.² El procedimiento aquí se emplea para compensar la pérdida de capacidad de la ley para dirigir la actividad administrativa,³ por lo que su objeto se localiza tanto en la creación, como en la aplicación del derecho.⁴

Es en el marco de estos procedimientos para la formación y expedición de reglas, que el artículo 8, numeral 8 de la Ley 1347 de 2011 (Código de Procedimiento

actos jurídicos (generales, reglamentos, planes, programas, evaluaciones e informes; v. Javier BARNES, Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo. *Revista digital de Derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, 21, 2019, p. 82-83. La procedimentalización o procesalización “no sólo encuentra una justificación como restricción o límite negativo a la discrecionalidad y autonomía funcional con que cuenta el aparato estatal, consecuencia del sometimiento del Estado al derecho, sino que también puede sumar mandatos positivos para involucrar activamente a los ciudadanos en la toma de decisiones”, Aníbal ZÁRATE, La eficacia de la acción administrativa frente al fenómeno de la procesalización, en *La constitucionalización del derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 571. La democracia se torna en nuestro tiempo un asunto procedimental, HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie*, Paris: Gallimard, 1997, p. 181.

² BARNES, Javier, op. cit., p. 87. De acuerdo con Morris FIORINA, la delegación que hace el legislador persigue transferir la responsabilidad política a la autoridad administrativa. Esta hipótesis parte de cuatro presupuestos: 1) que el efecto último de la regulación es la repartición de costos y beneficios entre los diferentes grupos sociales; 2) que los congresistas para poder renovar sus mandatos buscan maximizar el beneficio que su electorado puede conseguir con la regulación; 3) que la delegación a un órgano administrativo o judicial diluye los costos y los beneficios que los electores atribuyen a la regulación; 4) que la delegación no implica un cambio en la política adoptada, esto es, que el órgano especializado escoge precisamente la política de regulación prevista por el congreso. FIORINA, Morris P. *Group Concentration and the Delegation of Legislative Authority*, California Institute of Technology, Pasadena, California: Mimeo, 1982, p. 1 – 29; FIORINA, Morris P. *Legislative Choice of Regulatory Forms: Legal Process or Administrative Process?*, *Public Choice*, 39, 1982, p. 33-66.

³ El nuevo problema que enfrenta el legislador es lograr conciliar sus objetivos con los de las agencias administrativas. Este conflicto entre los intereses del principal (legislador) y su agente (autoridad administrativa) resulta de asimetrías en los datos que cada uno maneja, o bien de las deficiencias en el diseño y funcionamiento de las autoridades administrativas, sea por ambas circunstancias; MCCUBBINS, Mathew D., SCHWARTZ, Thomas. *Congressional Oversight Overlooked: Policy Patrols vs. Fire Alarms*, *Am. J.P.S.*, 28, 1984, p. 165-179. Aún cuando los agentes tienen los mismos objetivos del principal, el proceso de toma de decisión del agente regulador, puede en la práctica conducir a incluir aspectos que no están en línea con los intereses del legislador. Thomas HAMMOND and Gary MILLER, *A Social Choice Perspective on Expertise and Authority in Bureaucracy*, Chicago: Paper presented at the annual meeting of the Midwest Political Science Association, 1983, citado por MCCUBBINS, Mathew D. *The Legislative Design of Regulatory Structure*, *Am. J. P. S.*, 29, 4, 1985, p. 724. Aquí el legislador puede imponer procedimientos para regular la acción de la Administración y disminuir el posible conflicto. Mediante el procedimiento puede dirigir la acción administrativa hacia un resultado o, al menos, facilitar su control posterior directo (promulgando una ley que deshaga lo hecho por el regulador) o a través de cortes independientes; Kathleen BAWN, *Political Control Versus Expertise: Congressional Choices about Administrative Procedures*, *A PS Rev.*, 89, 1, 1995, p. 62-73.

⁴ Como lo señala el profesor Javier Barnes, “el procedimiento administrativo viene a ‘completar’ ese espacio que le confía la ley y a asumir una función de dirección política, técnica y científica de la que antes carecía, pues en estos casos no se pretende, mediante el procedimiento, ‘descubrir’ lo que la ley haya dispuesto para el caso concreto, esto es, no se trata de ‘aplicar el Derecho’ como si de un juez se tratara, puesto que la ley guarda silencio, sino de algo muy distinto: de ‘inventar’ la mejor solución material que la ley ha diferido a la Administración o, si se prefiere, de ‘crear Derecho’, justamente mediante un procedimiento administrativo ‘de gama alta’, BARNES, Javier op. cit., p. 87. Esto se explica además desde una concepción renovada de la separación de poderes, v. STRAUSS, Peter L. *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, *Colum. L. Rev.*, 84, 3, 1984, p. 573-667.

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA), establece el deber de información al público de los proyectos específicos de regulación con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas.⁵ La consagración por vía legal de la participación ciudadana en el proceso de formación de los actos de contenido regulatorio extiende a todos los organismos y entidades que tienen a su cargo el ejercicio de la función administrativa⁶ la obligación de llevar a cabo una actuación que algunas de estas autoridades venían realizando de manera facultativa,⁷ o bien en cumplimiento de lo dispuesto en normas especiales.⁸ Este procedimiento, inspirado en el *notice and comment rulemaking* estadounidense,⁹ históricamente comenzó apostando por una amplia participación con el fin de legitimar la actividad de las agencias desde las solas exigencias del principio democrático,¹⁰

⁵ Artículo 8, numeral 8, Ley 1437 de 2011: “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”.

⁶ La indeterminación del deber de información dificulta su aplicación en derecho nacional, por lo que algunos piden que se vuelva expresamente obligatorio para todas las autoridades públicas, incluidas las del orden territorial (GÓMEZ VELÁSQUEZ, Alejandro. El deber de consulta pública previa a la expedición de reglamentos en el régimen jurídico colombiano, *Derecho del Estado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 38, 2017, p. 119), pero olvidando tal vez que el mismo Código es claro en señalar que el deber de información y todas las normas de la primera parte se aplican a todas las autoridades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, e incluso a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas (artículo 2, Ley 1437 de 2011).

⁷ Es por ejemplo el caso de la Resolución 35006 de 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), cuyo borrador fuera comunicado de manera informal por la entidad.

⁸ Como el Decreto 2696 de 2004, por el cual se definen las reglas mínimas para garantizar la divulgación y la participación en las actuaciones de las Comisiones de Regulación; el Decreto 4003 de 2004, por el cual se establece el procedimiento administrativo para la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos, medidas sanitarias y fitosanitarias en el ámbito agroalimentario, o el artículo 7 de la Ley 1314 de 2009, el cual establece dentro de los criterios para expedir las normas de contabilidad que el Consejo Técnico de Contaduría Pública analice y recoja las observaciones realizadas durante la etapa de exposición pública de los proyectos de regulación, indicando a cada Ministerio las razones técnicas por las cuales recomienda acoger o no las mismas. El Decreto 2696 de 2004 fue expedido en desarrollo de lo previsto en los artículos 124 a 127 de la Ley de servicios públicos domiciliarios de 1994, pero luego la ley 1341 de 2009 indicó que “las telecomunicaciones, y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia no les será aplicable la Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios [...]”. De ahí que nos preguntemos si la Comisión de Comunicaciones (CRC) deba seguir aplicando dicho decreto, o la norma general consagrada en el artículo 8.8 del CPACA. La CRC aplica el decreto de 2004. El artículo 73 de la Ley 1341 de 2009 indica que se respetará la naturaleza de las empresas de telefonía básica conmutada y telefonía local móvil rural como empresas de servicios público, pero sobre todo porque las disposiciones del decreto contienen mayores plazos, y un procedimiento específico para las tarifarias. La presente investigación examina el procedimiento general contenido en el artículo 8, numeral 8 del CPACA. Si bien estas normas especiales no hacen parte de nuestro objeto de estudio, esto no excluye referencias puntuales a las mismas.

⁹ Procedimiento creado por la ley federal de procedimiento administrativo de 1946 (Administrative Procedure Act, APA), 5 U.S. Code §553.

¹⁰ La jurisprudencia estadounidense encuentra en la participación ciudadana ciertos beneficios, en la medida en que “concebir los cambios en los instrumentos de regulación con la participación de aquellos que serán

para luego mostrarse como un medio eficaz para que la Administración pueda obtener informaciones que están en manos de particulares.¹¹

El préstamo de esta institución del derecho federal de los Estados Unidos se inscribe así en el movimiento propio de constitucionalización de nuestro derecho administrativo y, en concreto, de la necesidad de encausar la acción administrativa a los fines esenciales del Estado, dentro de los cuales está facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación,¹² y a una serie de garantías y principios que buscan a asegurar que la función administrativa sirva el interés general.¹³ Sin

afectados por la misma contribuye a dispersar el sentimiento de que las agencias elaboran los reglamentos sin imparcialidad, algunas veces de manera injusta, con arrogancia, empleado su poder de influencia, y con motivos rebuscados"; *Chamber of Commerce of US v. OSHA*, 636 F. 2d 464, 470 (D.C. Cir.1980). La ley APA es considerada la respuesta del legislador a las críticas que suscitó la proliferación de agencias, varias independientes, con la implementación de la política del *New Deal*, en particular a las relacionadas con la legitimidad democrática y constitucionalidad de estas autoridades. Una comisión presidencial encargada de examinar el lugar de las agencias en el gobierno federal concluye que estas son "una cuarta rama del poder sin cabeza, compuesta de una colección heterogénea de agencias irresponsables y con poderes sin controles", President's Committee on Administrative Management: Report of the Committee with Studies of Administrative Management in the Federal Government ("Brownlow Committee Report"), 222 (1937) (Study Report of Mr. Cushman, The Problem of the Independent Regulatory Commissions); v. también, JAFFE, Louis L. Inveictive and Investigation in Administrative Law, *Harvard Law Review*, 52, 1939, p. 1201. Por esta época, se producen fallos declarando inconstitucionales delegaciones legislativas como en *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935). Para otros, las agencias independientes expresan aquello que en la doctrina estadounidense se descalifica bajo el término "Estado administrativo" o *Administrative State*; BREGER Marshall J., EDLES, Gray J., Established by Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies, *Administrative Law Review*, 52, 4, 2000, p. 1111. El procedimiento de *notice and comment rulemaking* del APA buscaría obligar a las agencias a actuar de manera más democrática; ZOLLER, Elizabeth Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie, en *Régulation économique et démocratie*, Paris: Dalloz, 2006, p. 169.

¹¹ Y que son necesarias para tomar la decisión más adecuada. La información es además un elemento de calidad regulatoria; CARVAJAL, Bernardo, ¿Cómo asegurar calidad regulatoria?, *Revista digital de Derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, 9, 2013, p. 57. El procedimiento busca reducir las asimetrías entre la información que producen los privados y aquella que detenta el regulador; WEINGAST, Barry R. The Political Control of Bureaucracies under Asymmetric Information, *Am. J. P. S.*, 36, 1992, p. 509. En los Estados Unidos la ley prevé un procedimiento negociado para la confección de los proyectos de regulación, que se estima conviene en aquellos supuestos en los que las agencias carecen de información para elaborar el proyecto de reglamento (ZOLLER, Elizabeth op. cit., 171). Este procedimiento consiste en un diálogo entre la agencia y los representantes de los intereses identificados para participar. Aquí la discusión es liderada por un facilitador (persona formada en la técnica de la negociación), la cual debe siempre llevar a un consenso, que la ley define como un acuerdo unánime de voluntades (*Negotiated Rulemaking Act* de 1990, 5 U.S. Code §563). Más allá de los reparos y dificultades prácticas de la figura [como lo muestra el caso *USA Group Loan Services, Inc. v. Riley*, 82 F.3d 708 (1996)], se excluye del presente estudio el procedimiento negociado, toda vez que la norma del CPACA trae al derecho colombiano el procedimiento general y obligatorio de "aviso y comentarios", y no el negociado que es facultativo para las agencias federales; y puesto que el procedimiento negociado cobija la etapa previa de elaboración del proyecto y no la de su publicación y recepción de comentarios del público general.

¹² Artículo 2, Constitución política de 1991. Por el contrario, la discusión respecto de la anglicización de nuestro derecho administrativo en torno al procedimiento de *notice and comment rulemaking* es más bien artificial. La incorporación de este procedimiento obedece a la necesidad de asegurar una mayor participación ciudadana en la toma de decisiones, entre otros fines, para legitimar la acción administrativa desde las exigencias que desde el principio democrático se derivan.

¹³ El artículo 209 de la Constitución señala que el ejercicio de la función administrativa se sustenta en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Para el Consejo de Estado, "Los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en

embargo, la imprecisión de la norma contenida en el CPACA choca con los amplios desarrollos que esta institución ha tenido desde su aparición en la ley federal estadounidense de procedimiento administrativo de 1946 y luego en el derecho europeo, en donde la figura asomará bajo la forma de consultas al público. Esta indeterminación del deber de información dificulta su aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano,¹⁴ por lo que es necesario comenzar por identificar qué se debe entender por proyecto de regulación.

Por actos de *regulación*, en el contexto del numeral 8, artículo 8 del CPACA, no se debe entender, de manera restringida, las manifestaciones de voluntad administrativa propias de las autoridades de regulación económica, sino, en términos amplios, los reglamentos,¹⁵ entendidos como actos administrativos con contenido normativo, no necesariamente generales,¹⁶ pero de carácter abstracto,¹⁷ comúnmente subordinados a la ley y no siempre soportados en una ley previa.¹⁸

critérios o parâmetros de conducta fundamentais que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, [...]”, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2183 de 10 de diciembre de 2013, rad. nº 11001030600020130051600.

¹⁴ A la inexactitud del argumento comparado por vectores nacionales, pueden sumarse las dificultades de orden lingüístico que acompañan los desarrollos comparatistas. LE GRAND, Pierre, *Le droit comparé*. Paris: PUF, 1999, p. 23; Para Daniel MOCKLE, con excepción de los casos en que se afronta el estudio de una concreta institución sectorial muy bien delimitada, la importación de términos propios de otros sistemas está lejos de ser un fenómeno neutral, MOCKLE, Daniel. *La gouvernance publique et le droit, Les Cahiers de droit, Université Laval, 47, nº 1, 2006, p. 89-165.*

¹⁵ Parte de la doctrina colombiana entiende que el reglamento es “toda norma jurídica emitida por un ente administrativo no provisto de potestad legislativa y por tanto supeditada a la ley [...] esta categoría abarca tanto un decreto reglamentario expedido por el gobierno, como una resolución ministerial de carácter general, una ordenanza departamental, un decreto reglamentario de un acuerdo municipal dictado por un alcalde o un acuerdo dictado por la junta directiva de una entidad administrativa”, con lo cual se refuerza la propuesta de ampliación del contenido de “proyectos específicos de regulación”. Cfr. SANTAELLA, Héctor. Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de una transición constitucionalmente impuesta, en: *La constitucionalización del derecho administrativo*. XV Jornadas Internacionales de Derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2014, p. 91. Y la jurisprudencia contencioso-administrativa indica que “La administración adopta las decisiones mediante actos administrativos, que son actos jurídicos y que respecto de las situaciones jurídicas a las que se refieren son, por lo menos, de dos grandes y diferentes clases: el acto normativo (reglamento) y el acto administrativo de contenido particular y concreto” Sentencia del 30 de octubre de 2016, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, radicado: 11001-03-27-000-2011-00003-00(18636). De manera análoga, en la doctrina italiana se considera que los reglamentos son “*atti formalmente amministrativi, in quanto promananti da organi del potere esecutivo, ma sostanzialmente normativi; gli stessi, infatti, risultano idonei ad innovare, con prescrizioni generali ed astratte, l’ordinamento giuridico*”, GAROFOLI, Roberto, FERRARI, Giulia. *Manuale di diritto amministrativo*. XI ed. Molfetta: Nel Diritto Editore, 2017, p. 33.

¹⁶ Parte de la doctrina española entiende que, siendo actos normativos, el elemento definitorio del reglamento es el carácter abstracto del objeto, por lo que el carácter general o especial (relacionado con los destinatarios) es irrelevante. En efecto, “lo que determina el carácter reglamentario de una disposición administrativa es, pues la abstracción de su objeto (de su supuesto de hecho o de la acción que imponen, prohíben o permiten)”; Cfr. *Ibidem*, p. 258.

¹⁷ Característica ligada con el objeto regulado, en el sentido de que tienen por objeto uno o varios supuestos de hecho o acciones abstractos y repetibles; el cual se opone al carácter concreto, relacionado con supuestos singulares y repetibles, v. SANTAMARÍA, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General I*. 4 ed. Madrid: Iustel, 2016, p. 257.

¹⁸ En la medida que el ordenamiento jurídico colombiano permite la emanación de actos administrativos abstractos con fundamento directo en la Constitución (reglamento constitucional autónomo), incluso de

De este modo, se evidencia que son dos, al menos, las razones que exigen romper en el ordenamiento colombiano con la identificación entre *proyectos de regulación* y los actos de las Comisiones de Regulación,¹⁹ lo cual implicaría una ampliación del objeto y sujetos obligados a “informar sobre los proyectos de regulación”, a semejanza del régimen español,²⁰ donde el deber de informar no se circunscribe a los proyectos de reglamentos de los reguladores económicos. La primera razón, de índole sustancial, derivada del equívoco de equiparación entre la actividad administrativa de regulación y uno de los mecanismos a través del cual se ejerce: el acto regulatorio. La segunda, relacionada con el sistema de fuentes, que implica interpretar regulación como toda aquella decisión administrativa de carácter abstracto, en razón de su objeto. Como corolario de ello, los proyectos regulatorios objeto del deber de informar no serán solo las decisiones abstractas emanadas por las Comisiones de Regulación, las cuales son tan solo uno de los múltiples tipos de reglamento,²¹ sino todas aquellas manifestaciones de la potestad reglamentaria de la administración pública (actos administrativos abstractos, normativos y, la más de las veces, sometida a la ley). En este sentido, el Decreto 270 de 2017, por el cual se reglamenta la participación de los ciudadanos o grupos interesados en la elaboración de los proyectos específicos de regulación, indica que estos son “todo proyecto de acto administrativo de contenido general y abstracto que pretenda ser expedido por la autoridad competente”.²²

manera subsidiaria ante la inactividad del legislador, caracterizados por ámbitos en los que la ley no puede penetrar; Cfr. SANTAELLA, Héctor. Del principio de legalidad... op. cit., p. 95.

¹⁹ Tal como se encuentra en la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, que al analizar precisamente el numeral 8 del artículo 8 del CPACA consideró que, “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”. En cambio, si la expresión “proyectos específicos de regulación” se determina a la luz del sentido general del término regulación, el Consejo de Estado concluye 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”. Sentencia del 14 de septiembre de 2016, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado 11001-03-06-000-2016-00066-00(2291).

²⁰ El artículo 133.2 de la Ley de Procedimiento Común de las Administraciones Públicas establece “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 vieran afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto”.

²¹ Como aquellos emanados en virtud de la habilitación legal contenida en la Ley 142 de 1994 para la regulación del servicio público respectivo (parágrafo art. 69 y art. 75), para definir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos domiciliarios (art. 73.3).

²² Parágrafo 1, artículo 1, Decreto 270 de 2017 (que substituye el contenido del artículo 2.1.2.1.14 del decreto compilatorio 1081 de 2015).

Si el decreto reglamentario precisa el contenido del deber de información de los proyectos de regulación, se evidencian aún algunos vacíos en las obligaciones de notificar la norma proyectada y la información en que se fundamenta y de evaluar los comentarios del público.²³ Con relación a estos vacíos, es preciso anotar que la discrecionalidad de las agencias para gestionar la participación del público durante la elaboración de reglamentos solo podría darse para afianzar un mejor acceso y recepción de los comentarios o propuestas alternativas, y no mayores exigencias o costos para que participen los interesados.²⁴ Bajo este enfoque, la implementación de estos procedimientos “innovadores”²⁵ y la función legitimadora que el procedimiento busca satisfacer, en los casos en que es utilizado para asegurar la mayor participación posible de personas,²⁶ pudiera resultar contrario a la buena administración.²⁷ Es precisamente a través de la comparación que la presente investigación intentará demostrar cómo, bajo ciertas condiciones, el procedimiento administrativo, como escenario de concreción del deber de información, es también un presupuesto de buena administración. Este ejercicio comparativo, en el que se examinan fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales, permitirá no solo conocer mejor el alcance de esta institución en dichos sistemas, sino que nos aportará una mejor comprensión de la figura en nuestro ordenamiento jurídico. La comparación propuesta se centra en las experiencias estadounidense, sistema en el que se origina el procedimiento de notificación y recepción de comentarios del público a los proyectos de reglamentos, y de los derechos de algunos países de

²³ Uno de los propósitos del presente trabajo consiste precisamente en examinar los cambios recientes y su alcance para las autoridades nacionales y locales.

²⁴ Sería por ejemplo contrario a lo dispuesto en el Decreto-Ley antitrámites 019 de 2012.

²⁵ BARNES, Javier. op. cit., pp. 82, 103.

²⁶ Para Javier BARNES, las condiciones para que pueda hablarse de legitimación democrática a través del procedimiento son: 1) el establecimiento de un procedimiento ampliamente participativo; 2) una participación suficientemente representativa e inclusiva; 3) la participación debe resolverse en una especie de diálogo; 4) la participación debe tener la posibilidad de influir realmente sobre el resultado; BARNES, Javier. op. cit., punto 6.2, p. 95 y ss.

²⁷ Para efectos de este trabajo, se entiende por buena administración la adaptación equilibrada que hace la Administración de los medios con que cuenta (Según la definición propuesta por BOUSTA, Rhita. Pour une approche conceptuelle de la notion de bonne administration, *Revista digital de Derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, 21, 2019, p. 23). Bajo este enfoque, se trata de asegurar el mejor logro de sus misiones a través de la optimización de los medios a su disposición (en donde sobresalen imperativos de eficacia y eficiencia administrativa), así como de escoger la mejor entre las alternativas posibles. En efecto, la buena administración supone la conciliación de los diferentes intereses en conflicto, para lo cual sirven otras de sus caras, como la transparencia y la participación. Se trata de un concepto que incluiría diversos derechos que encaminados a garantizar el buen desempeño de la Administración pública. Para Daniel Wunder Hachem y Diana Valencia, “La finalidad principal de este nuevo ‘derecho síntesis’ es ampliar la protección del ciudadano en relación con los poderes públicos, en todos los Estados constitucionales y democráticos de derecho”, HACHEM, Daniel Wunder, VALENCIA-TELLO, Diana, Reflexiones sobre el derecho fundamental a la buena administración pública en el derecho administrativo brasileiro, *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, 21, 2019, p. 49.

Europa continental pertenecientes a nuestra misma familia jurídica y en donde la transposición del procedimiento también se ha dado, como es el caso italiano.²⁸

Los procedimientos de amplia participación persiguen una pluralidad de fines, dentro de los que se destaca la posibilidad de influenciar la decisión que finalmente se adopte, de manera que sea el público general quien pueda influir en el contenido de la norma regulatoria y no unos pocos quienes la decidan en conjunto con la Administración.²⁹ Siguiendo este enfoque, procedimientos como el consagrado en el artículo 8, numeral 8 del CPACA “pueden resultar expresivos de la ‘legitimación mediante el procedimiento’ cuando se da entrada a una abierta y extensa participación para, entre todos, colaborar en el hallazgo de la solución no prevista en la ley”.³⁰ Bajo este supuesto, una participación abierta, discursiva y deliberativa permitiría justificar la inclusión del procedimiento desde las exigencias derivadas del principio democrático (1). Si la buena administración tiene como telón de fondo este principio,³¹ la manera como interactúan el procedimiento para la expedición de reglamentos y los diferentes derechos y garantías que la integran, enseña una relación que va más allá de servir como contorno a la procedimentalización del derecho administrativo, convirtiéndose asimismo en un objetivo de la participación (2).

1 La *procedimentalización* del deber de información de los proyectos de regulación como expresión del principio democrático

1.1 Un procedimiento democrático que persigue legitimar la actividad administrativa

Es pacífico considerar que el modelo de Estado constitucional influye directamente en la deontología y en la ontología de la actividad administrativa, por eso mismo se exige que entre ambas partes exista una sinergia sistémica,³² que garantice coherencia y uniformidad del accionar administrativo en los distintos sectores y, sobre todo, que legitime las decisiones administrativas. En esta lógica,

²⁸ En particular, el derecho al *buon andamento*, previsto en el artículo 97 de la Constitución italiana, y que se ha considerado como aplicable, sea a la faceta organizativa de la administración, sea a la faceta de la actividad administrativa, concretando el derecho a la buena administración, v. GIUFFRIDA, Armando. // “*diritto*” ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità. Turín: Giappichelli, 2012, p. 5-54 y 75-128.

²⁹ Para Martine Lombard, “es claro que la democracia no se reduce al derecho de voto y al proceso electoral, y que ella se encuentra ligada a la eficacia del pluralismo: pluralismo de partidos, pero también de ideas, propuestas, fuentes de información”, LOMBARD, Martine. Introduction générale, Régulation économique et démocratie, París: Dalloz, 2006, p. 5.

³⁰ BARNES, Javier. op. cit., p. 111.

³¹ *Ibíd.*, p. 82.

³² Materializado por la influencia que el modelo constitucional debe generar en la parte general del derecho administrativo, en la teoría, y en la parte especial del mismo, en las normas positivas.

la reconfiguración del contenido clásico del principio democrático, que dejó de ser exclusivamente representativo para incluir una faceta “deliberativa y participativa”, ha influido directamente en la actividad administrativa, implicando transformaciones que se concretan, entre otras, en el específico deber de información a los administrados de los proyectos de regulación (1.1.1). El cual se puede concretar por medio de la participación ciudadana en el procedimiento administrativo específico (1.1.2).

1.1.1 El deber de información sobre los proyectos de regulación como expresión de la democracia deliberativa y participativa

La transformación de las tareas estatales ha venido minando el orden burocrático tradicional, fundado en una organización jerarquizada con centros decisionales únicos, y ha hecho proliferar estructuras que intervienen de manera directa y decidida en la toma de decisiones que se relacionan con la gestión de intereses públicos,³³ con el fin de reforzar la legitimación de las decisiones adoptadas,³⁴ la cual ya no solo se puede derivar de la elección previa, a través del voto, pues ahora la lógica de la representación tradicional se ha visto desbordada por nuevas formas de expresión de los intereses sociales, que propenden por hacer visible la opinión de la población, reconociendo la influencia de los ciudadanos en la elaboración de las políticas públicas. En este contexto, el modelo de democracia representativa ha sido objeto de una bien difundida actualización, que ha buscado remediar los problemas, precisamente, de pérdida de representatividad del modelo de democracia representativa,³⁵ por ello, la Constitución Política colombiana de 1991 introdujo principios y reglas relacionadas con el modelo de democracia participativa y deliberativa, con el fin de empoderar a los ciudadanos para que sean partícipes directos en la toma de decisiones de las instituciones elegidas mediante los tradicionales procesos electorales, propios de la democracia representativa. Es en esta lógica que se han abierto espacios concretos para que la ciudadanía participe en la formación de las decisiones públicas, incluidas aquellas administrativas,³⁶

³³ “I cittadini vogliono partecipare alle decisioni, sono scontenti dalle classi dirigenti, le contestano, vogliono stabilire canali diretti con il potere”; Cfr. CASSESE, Sabino. *La democrazia e suoi limiti*. Milán: Mondadori, 2017, p. 8.

³⁴ “En el ámbito del derecho administrativo, el principio democrático se ha de traducir en una suerte de mandato de legitimación eficaz o efectiva”, Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo, en: BARNES, Javier (editor). *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2012, p. 64.

³⁵ Una de las razones más enérgicas de malestar democrático es el declive del principio de representación, vid, GREPPI, Andrea. *La democracia y su contradictorio. Representación, separación de poderes y opinión pública*. Madrid: Trotta, 2012, p. 71.

³⁶ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistémica*. Traductores varios. Madrid-Barcelona: Marcial Pons. 2003, p. 118.

los cuales son considerados como instrumentos que favorecen la acción de los sujetos públicos, incluidas las administraciones públicas,³⁷ en la medida en que posibilitan una mejor satisfacción del interés público o general, y permiten que la determinación de este último no sea el resultado de la sumatoria y armonización de los distintos intereses privados, no siempre, contrapuestos,³⁸ lo que a su vez es expresión de la buena administración.

El deber de información al público, contenido en el artículo 8 del CPACA, es una manifestación de este cambio de lógica. En efecto, la materialización (cumplimiento) de ese deber implica que el público adquiera los insumos mínimos y necesarios para ejercer, en debida forma, los mecanismos de democracia deliberativa y participativa. Sin la garantía de acceso a esa información los ciudadanos se encontrarían frente a la imposibilidad material de ejercer algún tipo de incidencia directa en la decisión de sus representantes y de la administración pública pues, formalmente, serían titulares de mecanismos para ello, pero carecerían del mínimo conocimiento para ejercerlo; por ello, el acceso a la información es requisito *sine qua non* para la materialización de un modelo de democracia capaz de responder a las falencias de clásico representativo.³⁹

De esta manera, es claro que la efectividad de la participación del público en la formación de las decisiones regulatorias (entendidas de manera amplia, según se explicó en la introducción),⁴⁰ conforme al numeral 8 de la referida norma, depende

³⁷ En esta lógica se incluyen la Ley 134 de 1994 y la Ley 1757 de 2015, que establecen el régimen general de los mecanismos de participación ciudadana.

³⁸ En el ordenamiento jurídico colombiano, con base en la Constitución Política, se usa indistintamente las categorías de "interés general" e "interés público", estableciendo su prevalencia frente al interés particular. Sin embargo, dicha prevalencia debe ser leída sobre la base de que, en estricto sentido, ambos intereses no se oponen. No se trata de instituciones antagónicas, pues el primero no se deriva de una decisión abstracta e irreflexiva y, por el contrario, resulta de la sumatoria y armonización de los distintos intereses privados. Lo cual no excluye que en los eventos de colisión entre un específico interés privado y los intereses públicos, sean estos últimos los que deban prevalecer. En relación el proceso de formación abstracta del interés público; ver: CORSO, Guido. *L'attività amministrativa*. Turín: Giappichelli, 1999, p. 9-12.

³⁹ El acceso a la información es, al mismo tiempo, un derecho y un deber. Es decir, tanto actores públicos como privados tienen la obligación de hacer pública la información pertinente que detenten, salvo aquella protegida por la reserva. Así las cosas, el problema radica en la distribución de dicha información en un escenario de mercado libre, por ello, en términos económicos, "lo que el sistema necesita es cambiar el uso que se le da a esta información, y eliminar los incentivos para ofuscar la información que se proporciona"; v. STIGLITZ, Joseph. Regulación y fallas, *Revista de economía institucional*, vol. 12, n. 23, 2010, p. 18.

⁴⁰ Al respecto, se debe resaltar que el ejercicio de la potestad normativa de las autoridades de regulación, esta última entendida como actividad administrativa, se encuentra condicionado por procedimientos específicos y reforzados de participación ciudadana, los cuales evidencian con más fuerza la tensión entre las garantías participativas y el riesgo de captura de los reguladores. Al respecto ver: ZÁRATE, Aníbal, PERDOMO, Camilo. Relaciones peligrosas: corrupción y captura del regulador por grupos de intereses, en *Corrupción en Colombia. Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos*, t 4. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 157-224. En relación con el procedimiento reforzado de participación en materia de regulación económica, v. TORCHIA, Luisa. I procedimenti di regolazione davanti alle autorità indipendenti, en: TORCHIA, Luisa (coord.), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*. 2da ed., Bolonia: Il Mulino, 2010, p. 137 a 168.

del acceso a la información. Es decir, la presentación de opiniones, sugerencias o soluciones alternativas solo será posible si el público detenta la información necesaria para formar un juicio sobre el proyecto puesto en consideración. En otras palabras, es “obvio que la capacidad para elaborar opiniones está condicionada por la calidad de la información disponible”⁴¹ y, por tanto, la materialización del deber/derecho de informar sobre los proyectos de regulación es fundamental para la garantía de opiniones de calidad, útiles y pertinentes. Sin ese soporte, la participación sería formal y vacía, carente de sustancia. Sin embargo, el deber de información relacionado con los proyectos regulatorios no se podría entender satisfecho con la garantía o materialización del acceso a la misma, pues ello no implica, automáticamente, que el público este en capacidad de usufructuarla con fines participativos. Por tanto, el deber será plenamente satisfecho solo en la medida de que el público este en grado de “manejarla con arreglo a las necesidades, pues de lo contrario la mera acumulación de datos resultaría perfectamente inútil”⁴² y, además, las asimetrías en la información pueden ser terreno fértil para el desarrollo de prácticas corruptas, siempre atentatorias de la correcta gestión de los intereses públicos.

En sintonía con lo anterior es que el acceso a la información se considera, en distintos ordenamientos jurídicos,⁴³ como un requisito de transparencia en la gestión pública,⁴⁴ que se contrapone a la lógica del secreto administrativo, prevalente en la tradicional configuración del derecho administrativo⁴⁵ y que, por tanto, busca favorecer la participación de los ciudadanos en la toma de las decisiones administrativas.⁴⁶ Sin embargo, son varios los puntos diferenciadores entre los distintos ordenamientos, evidenciándose grandes matices en relación con

⁴¹ Andrea GREPPI. La democracia y su contradictorio... op. cit., p. 146. En otras palabras, la autoridad de regulación debe establecer mecanismos tendientes a disminuir la brecha informática que existe de manera natural en los mercados, de forma tal que todos los actores tomen decisiones de manera ilustrada y puedan participar en la toma de decisiones públicas en igualdad de condiciones.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ En Colombia, el derecho al acceso a la información pública y a la transparencia es desarrollado por la Ley 1712 de 2014. En Italia, el *diritto di accesso*, es reconocido normativamente en el artículo 22 y siguientes de la Ley 241 de 1990; en España, el derecho de acceso a la información pública, archivos y registros, se deriva del artículo 105.b) de la Constitución Española desarrollado, en términos generales, en la y en la Ley 19 de 2013 (Ley de Transparencia, acceso a la información Pública y Buen Gobierno) y en el artículo 13.d) de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁴⁴ BÀRCENA, Josu de Miguel. La transparencia como pretexto: el principio de publicidad de las normas comunitarias y la sentencia del TJCE de 10 de marzo de 2009 (Heinrich, C-345/06), en: *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 13, 2009, p. 77-93.

⁴⁵ CASSESE, Sabino. In diritto amministrativo e suoi principi, en: CASSESE, Sabino (director), *Corso di diritto amministrativo. I. Istituzioni di diritto amministrativo*, 5ta ed, Milan: Giuffrè, 2015, p. 23.

⁴⁶ Transparencia de la acción administrativa que en el ordenamiento colombiano se enmarca dentro de la “democratización de la administración pública”, positivizada en el artículo 32 de la Ley 489 de 1999. A su turno, en relación con la garantía de transparencia, “*lo scopo perseguito dalla normativa è quello di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, in modo da rafforzare i principi costituzionali di democrazia, di eguaglianza, di imparzialità, di buon andamento, di integrità e lealtà nel servizio alla Nazione*”; Cfr. ROSSI, Gianpaolo. *Principi di diritto amministrativo*. 3 ed., Turin: Giappichelli, 2017, p. 96.

el alcance del deber – derecho de acceso a la información, en la legitimación, en la forma de ejercicio, en los sectores en que se puede ejercer. E incluso, al interior de cada ordenamiento existen matices adicionales. Por tanto, la materialización de la democracia deliberativa y participativa en la toma de decisiones reglamentarias, y con ello el reforzamiento de la legitimación de la actividad administrativa, tiene como presupuesto que el público tenga acceso eficaz a la información pertinente, de manera que puedan aportar (participar con) opiniones informadas; de lo contrario su participación en la toma de decisiones sería vacía e intrascendente.

1.1.2 El procedimiento administrativo como escenario de concreción del deber de informar sobre los proyectos de regulación

Si la finalidad es que el público participe directa y activamente con sus comentarios y opiniones en la toma de decisiones reglamentarias, con lo cual se reforzaría la legitimidad de estas, y el deber de información de los proyectos específicos de reglamentos y de todos sus fundamentos es presupuesto para dicha participación, el procedimiento administrativo se muestra como un medio idóneo para la satisfacción de aquella finalidad. Es decir, a través de un procedimiento administrativo, si bien no con la envergadura del “común y principal”, previsto en los artículos 34 y siguientes del CPACA, el público puede realizar los comentarios y opiniones en relación con el proyecto específico de regulación.

Si bien en el ordenamiento colombiano no existe un procedimiento, propiamente dicho, destinado a la emanación de reglamentos administrativos,⁴⁷ las garantías de acceso a la información y de participación en la toma de las decisiones, evidencian, de manera clara, el cambio de lógica en la gestión de los intereses públicos. Es por ello que, en el contexto del Estado posmoderno, la vinculatoriedad de las normas jurídicas, incluidas las decisiones administrativas, no deriva completamente de la autoridad intrínseca que detentan, sino del consenso que las rodea,⁴⁸ el cual se logra, precisamente, a través de un procedimiento. Ello explicaría que el mismo numeral 8 del artículo 8 del CPACA indique que el deber de información relacionada con proyectos de regulación no se satisfaga, simplemente, poniendo “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

⁴⁷ Y solo se cuenta con un Decreto de técnica reglamentaria, cuyo ámbito directo de aplicación es el nivel central. Siendo discutible su aplicación en los otros ámbitos territoriales (departamental y municipal) por el riesgo de vulneración de la autonomía territorial.

⁴⁸ CHEVALLIER, Jacques. *El Estado Posmoderno*. Trad. Oswaldo Pérez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 242.

que disponga, y por medio telefónico o por correo”, sino que se requiera, además, de una suerte de procedimiento administrativo tendiente a garantizar la oportunidad del público de manifestar “opiniones, sugerencias o propuestas alternativas”. Sin embargo, la procedimentalización del deber de informar sobre los proyectos de regulación requiere ser contextualizado en el marco renovado de la dogmática del procedimiento administrativo, es decir, superando la concepción formalista, que limita el procedimiento a una serie previa de pasos formales para la adopción de la decisión administrativa.⁴⁹ Solo de esa manera será posible considerar que la previsión normativa de esta figura, su positivización como deber, concurre a la materialización del modelo de democracia deliberativa y participativa. En este sentido, el procedimiento administrativo, más que una serie de fases formales de carácter decisorio,⁵⁰ y sin dejar de ser uno de los elementos cardinales del derecho administrativo,⁵¹ ha pasado a considerarse como un instrumento para mejorar la comunicación entre el ciudadano y la administración y la sistematización del flujo de información.⁵² Esta nueva concepción evidencia que el procedimiento administrativo es el escenario apto para que el público adquiera la información necesaria para participar en la formación de las decisiones reglamentarias.⁵³ Se insiste, no tendría utilidad alguna que el público acceda a toda la información que soporta un proyecto de reglamento si, luego, no cuenta con el medio o instrumento para, primero, comunicar sus observaciones y opiniones (participar en la decisión) y, segundo, para recibir retroalimentación de estas (legitimar la decisión).

Con todo, la potencialización de la participación ciudadana en la adopción de reglamentos administrativos no implica, ni podría implicar, la sustracción de la

⁴⁹ Aún vigentes en varios sectores de la doctrina comparada. “El procedimiento es el cause formal de producción de las disposiciones y resoluciones administrativas. La actividad administrativa, en efecto, precisa de una serie de actuaciones previas en las que la decisión final debe basarse”. COSCULLUELA, Luis. *Manual de derecho administrativo*. 27 ed., Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 377. “*Le decisioni delle pubbliche amministrazioni non sono prese in modo istantaneo, ma si formano attraverso procedimenti [...] quanto precede induce a individuare nel procedimento, seconodo una nota impostazione, la forma della funzione amministrativa*”. MATTARELLA, Bernardo. Il procedimiento, en: CASSESE, Sabino (dir.). *Corso di diritto amministrativo. I. Istituzioni di diritto amministrativo*. Milan: Giuffrè, 2015, p. 286 y 288. En Colombia, v. SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Compendio de derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 341-345.

⁵⁰ “El procedimiento administrativo ha constituido el cauce natural para la formación de la voluntad de la administración pública. Ha sido concebido como un proceso de toma de decisiones” BARNES, Javier. Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas, en: BARNES, Javier (ed.). *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Sevilla: editorial Derecho Global, 2012, p. 268.

⁵¹ Lo cual se evidencia en la centralidad de su tratamiento normativo y doctrinario, v. en España, COSCULLUELA, Luis. *Manual de derecho administrativo...* op. cit., p. 377-400; En Italia, MATTARELLA, Bernardo. Il procedimiento... op. cit., p. 283 a 351; SORACE, Domenico. *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*. 6ta ed., Bolonia: Il Mulino. 2012, p. 383-428. En Colombia, v. SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Compendio de derecho administrativo...* op. cit., p. 345-348.

⁵² BARNES, Javier. Sobre el procedimiento administrativo... op. cit. p. 331 y 332.

⁵³ Escenario en donde la denominada sociedad de la información, junto con las nuevas tecnologías, constituyen un instrumento para la modernización de la Administración, la racionalización del trabajo y la mejor comunicación con el ciudadano; ibídem, p. 301.

capacidad decisoria de la administración pública. Por ello, el mismo numeral 8 del artículo 8 del CPACA establece que “la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general”, autonomía y determinación del interés general que estarán condicionados, precisamente, por la participación ciudadana. De esta manera, si bien la decisión final continuará en la órbita competencial de la autoridad administrativa,⁵⁴ se garantiza que la participación del público no sea solo un requisito formal y, por el contrario, tenga incidencia material en la escogencia del mejor camino para la gestión del interés público (decisión). Un procedimiento administrativo destinado a la recepción y análisis de las opiniones ciudadanas, a semejanza del deber de información, materializa el Estado cooperado, el Estado posmoderno, pues garantiza que las decisiones de interés público, contenidas en reglamentos administrativos, sean tomadas luego de armonizar los distintos intereses privados en juego, lo cual, a su turno, brinda más legitimidad a la actuación administrativa. De este modo, a través de un procedimiento administrativo, si bien con una envergadura ligera, se garantiza que la participación del público en la adopción de reglamentos sea efectiva, pues para estos casos el deber de informar no se agota con la puesta a disposición de la información y, por el contrario, solo se entenderá satisfecho luego de que el público haya presentado sus observaciones, estas hayan sido incluidas en el registro público y la decisión haya sido adoptada autónoma, pero condicionadamente, por la autoridad administrativa. Por tanto, el procedimiento administrativo para la participación ciudadana en la adopción de reglamentos, desde su perspectiva de instrumento para la comunicación entre los ciudadanos y la administración, se erige en mecanismo para la racionalización de las decisiones reglamentarias y para su legitimación.

1.2 Un procedimiento específico para la información de los proyectos de regulación

El deber de información al público de los proyectos de regulación consagrado en el artículo 8, numeral 8, de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), establece para la Administración la necesidad de adelantar un procedimiento para la formación y expedición de los actos administrativos de carácter general, del cual dejará registro

⁵⁴ Pues el procedimiento participativo, e incluso en el negociado, en la toma de la decisión administrativa no constituye un imperativo categórico para las administraciones públicas, siendo, por tanto, inadmisibles y de mala fe que la autoridad administrativa prometa acatar, en la decisión final, el resultado de la negociación, pues ello se traduciría en captura del proceso de *rulemaking*. Al respecto ver la opinión del Juez Posner. “*During the negotiations, an official of the Department of Education promised the servicers that the Department would abide by any consensus reached by them unless there were compelling reasons to depart. The propriety of such a promise may be questioned. It sounds like an abdication of regulatory authority to the regulated, the full burgeoning of the interest-group state, and the final confirmation of the “capture” theory of administrative regulation*”. USA Group Loan Services, precitada.

público.⁵⁵ Esta actuación se fundamenta en dos obligaciones principales: el mandato de informar al público el proyecto y la información en que se fundamenta (1.2.1), así como la exigencia de recoger y dar trámite a los comentarios que formulen los particulares (1.2.2).

1.2.1 La obligación de notificar al público el proyecto de regulación

La información de los proyectos específicos de regulación del CPACA inicia con la publicación, a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga cada entidad,⁵⁶ tanto del contenido del proyecto de acto administrativo de carácter general,⁵⁷ como de la información en que éste se fundamenta. Aquí encontrábamos precisamente una dificultad de orden práctico, toda vez que el Código no señala qué información debe acompañarse como soporte a la publicación del proyecto de regulación. Hubo entonces que esperar hasta la expedición del Decreto reglamentario

⁵⁵ Artículo 8, numeral 8, Ley 1437 de 2011. A su vez, el inciso del artículo 2 del Decreto 270 de 2017 indica que las autoridades administrativas conservarán los documentos asociados al proceso de divulgación y participación ciudadana, incluidos los cronogramas, actas, comentarios, grabaciones e informes que evidencien la publicidad del proyecto y la participación de los ciudadanos y grupos de interés. Esta labor deberá realizarse de acuerdo con las políticas de gestión documental y de archivo de cada entidad u organismo. Por su parte, el decreto 1609 de 2015, por el cual se modifican las directrices generales de técnica normativa para la elaboración de proyectos de decretos y resoluciones de las entidades del orden nacional y de los alcaldes y gobernadores a nivel territorial, señala que la memoria justificativa del acto deberá contener el cumplimiento de los requisitos de consulta y publicidad previstos en los artículos 2.1.2.1.13 y 2.1.2.1.14 del Decreto compilatorio 1081 de 2015. Por ende, estas entidades deberán verificar el cumplimiento de los deberes de publicidad y consulta de los proyectos.

⁵⁶ A su vez, el Decreto 270 de 2017 señala que las autoridades administrativas deben promover la participación ciudadana, por lo cual se les exige que definan y adapten los medios físicos y electrónicos a través de los cuales los ciudadanos y grupos de interés podrán hacer observaciones a los proyectos específicos de regulación. Para el caso estadounidense, el *Federal Register* opera como una especie de boletín en el que deben las agencias publicar sus proyectos de regulación (5 U.S.C. s 553 b), que también está disponible en línea. En dicho país es esa la plataforma a través de la cual se informa a los particulares el proyecto y los documentos soporte, a menos que la notificación deba hacerse por otro medio o personalmente: *"notice of proposed rulemaking ... be published in the Federal Register, unless persons subject thereto are named and either personally served or otherwise have actual notice thereof in accordance with law."*; v. *PPG Indus., Inc. v. Costle*, 659 F.2d 1239, 1249 – 51 (D.C. Cir. 1981). Esto no excluye el uso de medios alternativos y facultativos como el portal *regulations.gov* del programa de *rulemaking* electrónico (*e-rulemaking program*).

⁵⁷ En el caso estadounidense, la ley de procedimiento administrativo de 1946 indica que las agencias deben publicar las provisiones o el cuerpo de la regulación que se propone o al menos una descripción de los temas involucrados (5 U.S. Code §553 (b), 3). Esta alternativa no existe en el derecho nacional, en donde se debe publicar el contenido del proyecto. De hecho, el decreto 1609 de 2015 establece cuál debe ser la estructura del mismo cuando lleva la firma del presidente, señalando cómo debe ir su encabezado, la indicación del número y la fecha de expedición, el epígrafe del decreto o resolución, la competencia, la parte considerativa, la parte dispositiva, las derogatorias, la vigencia y su firma. Además, el artículo 2.1.2.1.21 indica que esas disposiciones se aplican también para los actos administrativos de carácter general que expidan las demás entidades del orden nacional y que no requieran la firma del presidente; por lo que deberán sujetarse a lo allí previsto acerca de "la estructura del acto, [la] exigencia de citar las normas de rango superior que otorgan la competencia para su expedición y de señalar expresamente aquellas disposiciones que quedan derogadas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas".

270 de 2017, norma que indica que la publicación de cada proyecto específico de regulación se hará junto con un soporte técnico que por lo menos contenga: a) los antecedentes y las razones de oportunidad y conveniencia que justifican la expedición de la norma; b) el ámbito de aplicación y los sujetos a quienes va dirigida; c) un estudio preliminar sobre la viabilidad jurídica del proyecto de regulación; d) un estudio preliminar sobre su posible impacto económico; e) un estudio preliminar sobre el impacto medioambiental o sobre el patrimonio cultural de la Nación, en caso de que proceda.⁵⁸ Con miras a evitar trámites innecesarios, se establece además que los proyectos específicos de regulación que implanten o regulen un trámite deberán publicarse junto con la manifestación de impacto regulatorio a la que se refiere el artículo 39 del Decreto-Ley Anti-trámites 019 de 2012.⁵⁹ Ahora bien, el deber de información no se agota con la publicación del proyecto y sus soportes, sino que también se exige que las autoridades administrativas señalen al público general los medios electrónicos a través de los cuales los ciudadanos y grupos de intereses podrán inscribirse para recibir información automática respecto de los proyectos de regulación que pretendan expedir, así como los diferentes canales de comunicación, el objetivo de la propuesta de regulación, el plazo máximo para presentar comentarios u observaciones y los medios y mecanismos para recibirlos.⁶⁰

⁵⁸ Decreto 270 de 2017, parágrafo 2, artículo 1, que sustituye el artículo 2.1.2.1.14 del decreto compilatorio 1081 de 2015, Decreto único reglamentario de la Presidencia de la República.

⁵⁹ Aquí, principios como la eficacia y la eficiencia administrativa aparecen como un factor que permite explicar el recurso a nuevos procedimientos o trámites y puede ser un elemento clave en el diseño de los mismos. Decreto 270 de 2017, parágrafo 3, artículo 1, incorporado en el artículo 2.1.2.1.14. del Decreto único reglamentario de Presidencia. De acuerdo con el artículo 39 del Decreto-Ley anti-trámites, las entidades y organismos públicos y los particulares que ejercen funciones administrativas deberán someter a consideración del Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) cualquier trámite que pretendan establecer. Para esto, deberán acompañar una manifestación del impacto regulatorio en la que se justifique su adopción, el análisis de la eficacia y eficiencia de la medida, así como de los costos que su implementación tendría para los destinatarios de la misma. En este orden de ideas, se exige que en la manifestación del impacto regulatorio se acrediten la existencia de los recursos presupuestales y administrativos necesarios para su aplicación. En cuanto a la labor de verificación del DAFP, se indica que este organismo podrá apoyarse en los Comités sectoriales e intersectoriales que hayan sido creados en el correspondiente sector o sectores administrativos y prever mecanismos de participación ciudadana para que cualquier interesado manifieste sus observaciones. En Italia, el análisis de impacto regulatorio (*analisi di impatto della regolazione*) fue introducido en 1999, a partir de la primera ley de simplificación (Ley 50 de 1999), pero solo entró en acción a partir de 2008, con el decreto del presidente del Consejo de Ministros (d.p.c.m. 170/2008). Su objetivo es evaluar cuál efecto concreto tendrá una norma sobre los destinatarios, antes de adoptarlas, con el fin de evitar la emisión de normas que produzcan más complicaciones para sus destinatarios que beneficios para la sociedad, v. RADAELLI, Claudio. *L'analisi di impatto della regolazione in prospettiva comparata*. Presidenza del Consiglio dei Ministri. Catanzaro: Rubbettino, 2001, p. 13.

⁶⁰ Decreto reglamentario 270 de 2017, artículo 2, adicionado al artículo 2.1.2.1.25 del Decreto único reglamentario de Presidencia. A su turno, en Italia, de conformidad con la Ley 241 de 1990, la participación se garantiza, primero, solo en los procedimientos administrativos tendientes a la expedición de actos administrativos particulares (*provvedimenti*) y, segundo, solo para aquellos sujetos que demuestren interés legítimo en la actuación. Por tanto, en aquellos "procedimientos" para la expedición de actos de carácter general, incluidos los reglamentos, no se aplican las garantías de participación de la Ley 241 de 1990 (según el art. 13) y no existe una normatividad que garantice el derecho de participación ciudadana. Lo anterior, salvo que se trate de procedimientos de reglamentación ante autoridades independientes (*procedimenti di regolazione davanti autorità indipendenti*).

Con relación a los antecedentes y a las razones de oportunidad y conveniencia que justifican la expedición de la regulación proyectada, ni la norma del CPACA, ni los decretos reglamentarios precisan cuáles son los documentos necesarios para expresar estas razones. En contraste con el caso estadounidense, la jurisprudencia federal exige acompañar desde los años setenta la publicidad de todos los estudios y datos científicos en los que se apoya el proyecto.⁶¹ En la especie, se trató de un caso relacionado con la industria del pescado blanco ahumado en conserva, en el que la agencia encargada de regular los alimentos, cosméticos, medicamentos y otros productos derivados o complementarios (*Food and Drug Administration*, FDA) promulgó medidas fitosanitarias relacionadas con el tiempo, temperatura y salinidad adecuados para el procesamiento de ese pescado, pero sin informar a los interesados los datos científicos en los que se basó para justificar su conveniencia.⁶² La Corte de apelaciones para el segundo circuito declaró la regulación nula, acogiendo el argumento de la empresa accionante según el cual la omisión de la FDA de dar a conocer al público los estudios y datos científicos que utilizó para adoptar dicha regulación hicieron imposible cualquier comentario efectivo sobre la metodología e interpretación de esas informaciones.⁶³ La publicación de la información en que se fundamenta el proyecto de regulación constituye de esta manera una formalidad substancial.⁶⁴

Tratándose de la viabilidad jurídica del proyecto de regulación, el decreto de técnica normativa 1609 de 2015 señala que el estudio jurídico de los proyectos de actos administrativos de carácter general que expidan las autoridades administrativas del orden nacional⁶⁵ debe abarcar un análisis expreso y detallado de las normas que otorgan competencia para la expedición del correspondiente acto. Comparativamente, la Corte Suprema de los Estados Unidos es clara en afirmar que las agencias deben permitir a los particulares pronunciarse sobre las normas en las que la autoridad administrativa pretende fundar su competencia,⁶⁶ de manera que

⁶¹ *U.S. v. Nova Scotia Food Products Corp.*, 568 F.2d 240 (2d Cir. 1977).

⁶² 568 F.2d at 249.

⁶³ 568 F.2d at 251. Asimismo, existe un deber de "integridad científica" conforme al cual: "each agency shall ensure the objectivity of any scientific and technological information and processes used to support the agency's regulatory actions"; Executive Order 13563 de 2011, Improving Regulation and Regulatory Review.

⁶⁴ Con las implicaciones que más adelante aquí se estudian, v. infra, aparte 2.1. de la segunda parte.

⁶⁵ Si bien esta obligación está expresamente prevista en el título dedicado a los proyectos de regulación que deban llevar la firma del presidente, el artículo 2.1.2.1.21 del Decreto compilatorio para el sector de la presidencia (modificado por el decreto 1609 de 2015), establece que para los proyectos de resoluciones que expidan las demás autoridades administrativas del orden nacional se deben observar "los aspectos que debe contemplar el estudio de viabilidad jurídica previsto en el Artículo 2.1.2.1.7. de este Decreto".

⁶⁶ *Global Van Lines, Inc. v. I.C.C.*, 714 F.2d 1290 (1983). En la especie, el alto tribunal anula una regulación de la ICC que buscaba extender a los agentes de carga (*freight forwarders*) las reglas sobre levantamiento de restricciones, esto es, buscaba desregular dicha actividad económica. Tanto el proyecto de regulación, como en su versión final, la agencia solo añadía "y a los agentes de carga", basándose en una competencia general prevista en la ley que desregularizó gradualmente la industria del transporte. Para la Corte, "Because de Commission did not mention that section in this notice of proposed rulemaking, because no interested party was ever afforded an opportunity to comment on the Commission's authority

las cuestiones relacionadas con la misma sean consideradas antes y no después de que se expide la regulación final.⁶⁷ De ahí que para el caso colombiano se exija que la autoridad administrativa incluya en su análisis jurídico la vigencia de la ley o norma reglamentada o desarrollada, así como los efectos que el acto administrativo proyectado pudiera tener sobre otras disposiciones.⁶⁸ Este análisis de viabilidad jurídica implica por lo demás la revisión de los pronunciamientos judiciales de los órganos de cierre de cada jurisdicción que pudieran tener impacto o ser relevantes para la expedición del acto.

Por su parte, el estudio del impacto económico deberá señalar el costo o ahorro de la implementación del respectivo acto administrativo de contenido general y, de ser el caso, la disponibilidad presupuestal.⁶⁹ A través de una orden del ejecutivo (*Executive Order*) la administración del presidente Reagan estableció desde los años ochenta un procedimiento de revisión del impacto regulatorio de los proyectos de las agencias estadounidenses.⁷⁰ Esta orden será luego remplazada por la orden 12866 de 1993,⁷¹ la cual establece que las agencias, al decidir si regulan y cómo lo hacen, deberán valorar todos los costos y los beneficios en las diferentes alternativas con que cuentan, incluida aquella de no regular.⁷² Tal como sucedía con la anterior orden del ejecutivo, se incluye una obligación para las autoridades del

under it, and because the Commission's final decision does not cite it, we refuse to consider it and intimate nothing about how we would rule if the question of the Commission's conditioning power were ever squarely presented to us [...]". Se puede consultar, GARLAND, Merrick B. Deregulation and Judicial Review, *Harv. L. Rev.*, 98, 1985, p. 505.

⁶⁷ *Global Van Lines, Inc. v. I.C.C.*, 714 F.2d 1290 (1983).

⁶⁸ Para esto, la autoridad administrativa deberá revisar si con la expedición del respectivo acto de contenido general se derogan, subrogan, modifican, adicionan o sustituyen otras disposiciones. Además, el Decreto 1609 de 2015 indica que se debe contar con el visto bueno de la oficina jurídica de la autoridad o de la dependencia que haga sus veces. Asimismo, se exige para las entidades y organismos del orden nacional informar a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) de las regulaciones que pretendan expedir y que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. En ejercicio de la abogacía de la competencia, la SIC emitirá un concepto *determinante* para la autoridad que busque adoptar la respectiva regulación; ver sobre el alcance del concepto de la SIC, ZÁRATE, Aníbal. La relativa especialidad de la potestad sancionadora en materia de servicios públicos domiciliarios, en *El poder sancionador de la Administración pública: discusión, expansión y construcción*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 835.

⁶⁹ Decreto 1609 de 2015; compilado en el decreto del sector presidencia 1081 de 2015, artículo 2.1.2.1.6.

⁷⁰ Exec. Order No. 12,291, 46 Fed. Reg. 13,193 (Feb. 17, 1981).

⁷¹ Exec. Order No. 12,866, 58 Fed. Reg. 51,735 (Sept. 30, 1993).

⁷² Corresponde a la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios (OIRA), estructura ubicada al interior de la Oficina de Gerencia y Presupuesto del ejecutivo federal (*Office of Management and Budget*, OMB) revisar el análisis de costos y beneficios que adelantan las agencias para las llamadas *major rules* o regulaciones cuyos efectos anuales superen los cien millones de dólares o afecten un sector de la economía o su competitividad, esto es, sean "*economically significant*". Esta agencia ha suministrado a las autoridades administrativas federales una guía extensiva de cómo realizar el análisis de costos-beneficios (*Office of Mgmt. & Budget*, Exec. Office of President, Circular No. A-4, 2003, *Regulatory Analysis*); v. PILDES, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. Reinventing the Regulatory State, *U. Chi. L. Rev.*, 62, 1995, pp. 1 y ss. Ciertos autores reclaman una mayor atención a estos mecanismos de control frente a lo que consideran un riesgo elevado de injerencias del ejecutivo federal en regulaciones como las ambientales y puesto que el alcance del mismo "*encompasses all 'significant' regulatory actions*"; v. por ejemplo, NOU, Jennifer. "Agency Self-insulation Under Presidential Review", *Harv. L. Rev.*, 126, 2013, pp. 1755 y ss.

nivel federal de realizar el análisis económico y escoger la respuesta regulatoria que maximice los beneficios netos.⁷³ En general, este análisis comprende tres elementos clave: 1) una declaración de la necesidad de la regulación que se proyecta; 2) la discusión de las diferentes alternativas (*alternative regulatory approaches*); 3) una evaluación cuantitativa y cualitativa de los costos y los beneficios de la acción que se va a adoptar y de las principales alternativas.⁷⁴ En el análisis se debe procurar expresar tanto los costos como los beneficios en unidades monetarias para facilitar su valoración y solo cuando esto no sea posible la agencia hará una descripción cualitativa de los mismos.⁷⁵ Estas precisiones que encontramos en el derecho estadounidense pueden servir para llenar ciertos vacíos que aún persisten en el derecho nacional;⁷⁶ a pesar de que los decretos que reglamentan el deber de información del Código y de técnica normativa para los actos administrativos de contenido general traen importantes indicaciones sobre lo que se debe acompañar al proyecto de regulación que se pone a disposición del público.⁷⁷

Hay que aclarar que las obligaciones para las agencias federales en materia de confección de reglas no siempre se encuentran en la Ley de procedimiento

⁷³ WALKER, Christopher J. Modernizing the Administrative Procedure Act, *Admin. L. Rev.*, 69, 2017, p. 638. Algunos califican de “mediocre” el análisis económico que realizan las agencias, proponiendo como alternativa someterlo al control judicial. Pero, ¿están los jueces preparados para emprender dicho control? Frente a la generalidad del juez en cuestiones económicas, Reeve Bull y Jerry Ellig recomiendan enmendar la ley de procedimiento administrativo, para que esta especifique los principales elementos del análisis de impacto regulatorio y dé claridad sobre los estándares para revisar el cumplimiento de los mismos, de modo que las agencias se vean obligadas a usar toda la información a su disposición; BULL, Reeve y ELLIG, Jerry, *Judicial Review of Regulatory Impact Analysis: Why not the Best?*, *Admin. L. Rev.*, 69, 2017, p. 725.

⁷⁴ Office of Mgmt. & Budget, Exec. Office of President, Circular No. A-4, 2003, Regulatory Analysis.

⁷⁵ *Ibíd.* Durante la administración del presidente Obama estas prácticas fueron reiteradas en la orden del ejecutivo 13563 – Exec. Order No. 13,563, 76 Fed. Reg. 3821 (Jan. 18, 2011) –, y en donde se indicó que “each agency must... propose or adopt a regulation only upon reasoned determination that its benefits justify its costs (recognizing that some benefits and costs are difficult to quantify”; v. Christopher J. WALKER, op. cit., p. 638.

⁷⁶ Cuestiones relacionadas con el contenido del análisis de impacto regulatorio, los datos y estudios soporte y las evaluaciones ambientales o sobre el patrimonio y cuándo éstos serían obligatorios. Si la falta de precisión podría explicarse por la necesidad de garantizar una discrecionalidad o autonomía funcional a las entidades que deben informar, lo cierto es que, para el caso estadounidense, el estado actual de cosas es reflejo de una evolución progresiva del procedimiento y de las normas que lo consagran, y que se origina desde la década de los cuarenta del siglo pasado. Confiamos en que el ejercicio comparativo propuesto dé pistas para nuevos desarrollos de la institución en Colombia.

⁷⁷ Los vacíos a nivel territorial se acentúan, toda vez que el decreto 270 de 2017 cobija solo a organismos y entidades nacionales. A su vez, el decreto de técnica normativa 1609 de 2015 dice que se aplica a las autoridades administrativas del orden nacional y a las resoluciones y decretos de carácter general de alcaldes y gobernadores. La pregunta que aparece es la de saber si estos deben observar el decreto para todos los actos administrativos de contenido general que lleven su firma, incluso cuando actúen como cabeza del municipio o departamento de su jurisdicción, o únicamente para aquellos que expidan en desarrollo de sus funciones como agentes del ejecutivo. Si la obligación se extendiera a todos los actos de contenido general de alcaldes y gobernadores, y puesto que las reglas de técnica normativa están contenidas en un decreto presidencial, consideramos que el ejecutivo nacional estaría interfiriendo en la forma en que estas autoridades locales ejercen competencias que les son propias, en su condición de organismos principales del respectivo ente. Tal interpretación es por lo tanto contraria a la autonomía administrativa que constitucionalmente les es reconocida.

administrativo de 1946. Los casos aquí expuestos enseñan como varios deberes han sido identificados por las cortes federales.⁷⁸ Otras obligaciones emanan de órdenes del ejecutivo o de leyes posteriores.⁷⁹ En efecto, una ley de política medioambiental (Environmental Policy Act) impone a las agencias federales adelantar una evaluación del impacto que sobre el medio ambiente tendrán las reglas que proyectan expedir (EIA).⁸⁰ Estas evaluaciones pueden presentarse a través de diferentes formatos como declaraciones de impacto medioambiental,⁸¹ revisiones, evaluaciones u otro documento apropiado sobre las temáticas en cuestión.⁸² La determinación del instrumento que se adopte es clave, puesto que la información que se presenta condiciona la participación del público. En el derecho colombiano, la EIA se encuentra regulada de forma general en la legislación ambiental, en donde se sugieren algunas características pero no se precisa la metodología a emplear.⁸³ Esta indeterminación ha llevado al uso de diferentes variantes en la EIA, disminuyendo la calidad de los

⁷⁸ Como la obligación de explicar todos los datos sobre los que reposa el proyecto de regulación en el caso *Nova Scotia* o en casos tales como *Weyerhaeuser Co. v. Costle*, 590 F.2d 1011, 1024 & n.11, 1030 – 31 (D.C. Cir. 1978) o *Portland Cement Assn. v. Ruckelshaus*, 486 F.2d 375, 394 (D.C. Cir. 1973), en donde se establece que “*information on which agency bases rule cannot be known only to agency*”. Todas estas obligaciones adicionales buscan que la agencia considere todas las opciones para un mejor empleo de los recursos de que dispone, esto es, satisfaga las exigencias derivadas de la buena administración.

⁷⁹ Algunas de estas disposiciones están dirigidas a agencias específicas como es el caso de la ley de control de sustancias tóxicas (*Toxic Substances Control Act*, 15 U.S.C. ss 2601-2629), la cual obliga a la EPA a expedir reglas sobre pruebas a estas sustancias basadas en consideraciones de costos y en riesgos para la salud. Otras normas contienen exigencias adicionales para el conjunto de las agencias federales como son las leyes de reducción del papeleo (*Paperwork Reduction Act*), que impone la eliminación de trámites para fomentar la participación ciudadana y de pequeñas empresas; y de flexibilidad regulatoria (*Regulatory Flexibility Act*).

⁸⁰ National Environmental Policy Act of 1969 s 102, 42 U.S.C. s 4332(C); sobre los orígenes de la norma, v. COLBURN, Jamison E. Administering the National Environmental Policy Act, *Envtl. L. Rep. News & Analysis*, 45, 2015, p. 10287 y ss.

⁸¹ Las cuales a su vez pueden ser genéricas, por programa o específicas. La ley ambiental dispone de hecho que toda agencia debe: a) emplear un enfoque interdisciplinario y sistemático que integre las ciencias naturales y sociales y las artes de diseño ambiental en la planeación y toma de decisiones que puedan afectar el ambiente; b) identificar y desarrollar métodos y procedimientos, en consulta con el Consejo de Calidad Ambiental, ente que verificará que a los elementos ambientales no cuantificables se les dé una consideración apropiada, junto con aquellos de tipo económico y técnico; c) incluir en las acciones federales de mayor impacto una declaración detallada sobre los efectos adversos de la medida que no pudieran evitarse con su adopción, de las alternativas existentes, y de los daños irreversibles e irreparables que se ocasionarían con la acción propuesta. Sec. 102 [42 USC §4332].

⁸² Estas opciones se encuentran desarrolladas en diferentes órdenes del ejecutivo, como la orden 12114 de 1979.

⁸³ ALDANA MILLÁN, Andrés. *Análisis crítico de la evaluación de impacto ambiental en el sector eléctrico colombiano y propuesta de mejora*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Tesis de Maestría, 2012, p. IX, disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/8987/1/300262.2012.pdf> [consultado el 10 de diciembre de 2018]. El Decreto 1076 de 2015 no contiene especificaciones, más allá de señalar que los estudios ambientales se elaborarán con base en los términos de referencia que expida el Ministerio de Ambiente y que deberán ser presentados para los trámites de autorizaciones. En ejercicio de estas facultades el Ministerio expidió diferentes resoluciones con los términos de referencia para los EIA de proyectos eléctricos o de construcción de líneas férreas, entre otros.

estudios⁸⁴ y pudiendo afectar la capacidad de los participantes para desarrollar información que les permita formular comentarios al proyecto de regulación.

1.2.2 La obligación de recibir y tratar los comentarios del público

La recepción de los comentarios del público se realiza durante el término señalado por la autoridad que informa el proyecto de regulación. Puesto que el artículo 8, numeral 8 del CPACA no establece un plazo mínimo de publicación, en la práctica algunos organismos y entidades indicaban plazos demasiado cortos, susceptibles de restringir la participación ciudadana.⁸⁵ Para evitar reproches de arbitrariedad o de que, en función del tema, se facilite o no la formulación de comentarios del público, el decreto 270 de 2017 estableció un plazo mínimo de quince días calendario para los actos de contenido general que requieran de la firma del presidente, a menos de que el Ministerio o Departamento administrativo correspondiente justifique la necesidad de que la información del proyecto de regulación se haga en un plazo menor.⁸⁶

⁸⁴ *Ibíd.* Hay también lineamientos generales en las normas colombianas sobre el patrimonio cultural. En Estados Unidos, encontramos normas federales como la Ley de preservación de la historia nacional (NPHA) que requieren que las agencias consideren los efectos que sus actuaciones podrían tener sobre bienes históricos y recursos culturales (6 U.S.C. §470f). Este patrimonio está relacionado principalmente con bienes y recursos ligados a la cultura, religión y sitios sagrados de las tribus amerindias reconocidas por el gobierno federal. Otros bienes, como los distritos históricos, son de competencia de autoridades locales o estatales, a quienes las reglas de dichas jurisdicciones les exigen que acompañen estudios de impacto regulatorio a sus proyectos, y dentro de los que se incluye la reglamentación del uso del suelo. Para una presentación del caso federal, v. ZELLMER, Sandra B. Cultural and Historic Resources, Sacred Sites and Land Management in the West, *Public Law Regulation and Management*, Rocky Mountain Mineral Law Special Institute, chapter 3, 2003, quien afirma que: “*These laws provide procedural mechanisms through which interested parties can participate in decisionmaking processes, as well as substantive protection for certain cultural and historic resources*”, p. 1.

⁸⁵ Por ejemplo, el proyecto de resolución de la SIC por el cual se establecieron los ingresos operacionales y los activos fijos tenidos en cuenta para informar una operación de integración durante el 2012. El proyecto fue publicado el 21 de diciembre de 2011, señalando que “Sus comentarios pueden ser formulados por este medio, a más tardar el 23 de diciembre de 2011, ingresando a este enlace” (información disponible en: <http://www.sic.gov.co/node/9073>); o el proyecto de resolución por el cual se adiciona al capítulo VII, titulado denominaciones de origen, del título X sobre propiedad industrial de la Circular Única, “La cual estará colgada a comentarios desde el día de hoy 10 de septiembre hasta el día jueves 13 de septiembre de 2012” (disponible en: <http://www.sic.gov.co/node/9063>). En ambos casos no es posible visualizar comentarios del público. Al comparar con los documentos publicados en el 2018, encontramos plazos más razonables, siendo el menor de una semana. Si bien están publicados el proyecto y un documento llamado “cuestionario de planeación normativa para la elaboración de proyectos de regulación” como soporte, no es posible observar el registro de la evaluación de los comentarios. En el proyecto por el cual se deroga la resolución 19629 de 15 de julio de 2003, sorprende además ver como el impacto económico solo menciona que no se requiere disponibilidad presupuestal para su ejecución, pero sin que haya un examen de la relación costo-beneficio que imponen las normas reglamentarias. Tampoco hay registro de los comentarios recibidos, tal como lo exige el decreto 270 de 2017 (v. <http://www.sic.gov.co/node/40471>). Estos sitios se consultaron el 15 de diciembre de 2018.

⁸⁶ Artículo 1, Decreto 270 de 2017 (artículo 2.1.2.1.14 del decreto compilatorio 1081 de 2015). El plazo indicado en la ley APA de 1946 para la publicación de la regla final en el *Federal Register* es de 30 días. La orden del ejecutivo 13563 de 2011 indica que las agencias publicarán por un término de por lo

Con relación a los actos de carácter general que expidan otras autoridades del orden nacional, se establece un deber de justificar los plazos para recibir los comentarios del público en función del número de artículos, la complejidad de la materia regulada y la naturaleza de los grupos de interesados.⁸⁷ Asimismo, se impone la tarea de elaborar una agenda regulatoria anual, en la que cada organismo y entidad nacional incluirá los proyectos de regulación que pretenda expedir durante el período siguiente,⁸⁸ y que podrá de todas maneras revisar y modificar durante el ciclo regulatorio correspondiente. La intención es la de orientar hacia una mayor planeación en materia regulatoria, conforme a las exigencias derivadas de los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política. La agenda regulatoria debe estar en todo caso publicada y a disposición de los administrados

menos 60 días los proyectos de reglas: “*To promote that open exchange, each agency, consistent with Executive Order 12866 and other applicable legal requirements, shall endeavor to provide the public with an opportunity to participate in the regulatory process. To the extent feasible and permitted by law, each agency shall afford the public a meaningful opportunity to comment through the Internet on any proposed regulation, with a comment period that should generally be at least 60 days*”. En Italia, como se indicó, no existe normatividad que garantice la participación ciudadana en los procedimientos de expedición de actos administrativos generales, incluidos los reglamentos, salvo que se trate de aquellos expedidos por las autoridades independientes. En estos últimos, se considera que aplican las garantías de participación contenidas en la Ley 241 de 1990, bajo el entendido de que de las funciones son especiales y no están sometidas al tradicional circuito de la democracia representativa. En estos el término para ejercer el derecho de participación es determinado, en términos razonables y proporcionales, por la autoridad independiente de cada sector, el cual, en promedio, no es inferior a 30 días. TORCHIA, Luisa. I procedimenti di regolazione davanti alle autorità indipendenti... op. cit., p. 143-150.

⁸⁷ Artículo 5, Decreto 270 de 2017, “Los proyectos específicos de regulación que no sean suscritos por el Presidente de la República serán publicados en los plazos que señalen las respectivas autoridades en sus reglamentos, plazos que se determinarán de manera razonable y proporcionada, atendiendo, entre otros criterios, al interés general, al número de artículos, a la naturaleza de los grupos interesados y a la complejidad de la materia regulada [...]”. De acuerdo con el párrafo de este artículo, las autoridades nacionales competentes para expedir actos de contenido general debieron reglamentar estos términos dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigencia del decreto.

⁸⁸ De conformidad con el artículo 7 del Decreto 270 de 2017, las entidades nacionales deberán publicar a más tardar el 31 de octubre de cada año, y en el formato suministrado por la secretaría jurídica de la Presidencia (DAP), el proyecto de agenda regulatoria con el listado de las regulaciones específicas que prevean expedir durante el año siguiente. La entidad debe valorar los comentarios de ciudadanos y grupos de interés sin exceder el 31 de diciembre, para luego remitir dentro de los cinco primeros días de cada año la respectiva agenda al DAP. Similar obligación existe en el derecho estadounidense. Diferentes mecanismos están previstos en la orden del ejecutivo 12866 de 1993 sobre planificación en materia regulatoria, dentro de los cuales se destacan: a. una reunión al inicio de cada ciclo entre los responsables de las agencias y el vicepresidente para coordinar prioridades y esfuerzos regulatorios; b. una agenda regulatoria unificada, a partir de las agendas individuales que presenten las agencias federales; c. un plan regulatorio en el que se señalen los objetivos, un resumen de las principales acciones previstas, de los fundamentos legales, de la necesidad e implicaciones, y el cronograma de actuación, entre otros; d. la creación de un grupo de trabajo regulatorio con representantes de las agencias para unificar técnicas y métodos y comparar estudios de impacto y riesgo, el cual deberá reunirse al menos trimestralmente; e. conferencias o sesiones de trabajo entre la cabeza de OIRA y representantes de autoridades locales, estatales y tribales con el fin de identificar las regulaciones federales que pudieran tener un impacto sobre los gobiernos de esos niveles. Además, la orden del ejecutivo 13563 de 2011 da un plazo de ciento veinte días a las agencias federales para que elaboren un plan preliminar, de conformidad con sus competencias, recursos y prioridades, el cual deberán revisar periódicamente con el fin de determinar si conviene modificar, expandir o revocar cualquier regulación que expidan. Se trata de garantizar la eficacia del programa regulatorio del gobierno federal.

durante el año siguiente en la sección de transparencia y acceso a la información pública del sitio Web de la respectiva autoridad administrativa.⁸⁹

Si bien los comentarios no obligan a la autoridad, la cual tomará la decisión que su juicio considere mejor sirva el interés general,⁹⁰ la norma del Código de procedimiento administrativo la obliga a dejar un registro de lo actuado.⁹¹ En este orden de ideas, el decreto reglamentario 270 de 2017 hace obligatoria: 1) la elaboración de una matriz con el resumen de las observaciones y comentarios presentados por los ciudadanos; y 2) un informe global con la evaluación y tratamiento, por categorías, de las observaciones y comentarios recibidos.⁹² En aras de asegurar una eficiencia del procedimiento, no es necesario que la autoridad administrativa responda cada una de las observaciones formuladas, sino únicamente a aquellas que son relevantes para el proyecto o que son susceptibles de aportar elementos nuevos sobre la regulación propuesta o sus documentos soporte. Frente

⁸⁹ La revisión de los sitios de transparencia y acceso a la información pública de algunas entidades nacionales, muestra que la aplicación de este deber no es uniforme. Ni en los proyectos de resoluciones y circulares para 2018, ni en la sección de transparencia, participación y servicio al ciudadano de la SIC se encuentra por ejemplo la agenda regulatoria (<http://www.sic.gov.co/transparencia-participacion-y-servicio-al-ciudadano>). Por el contrario, en la página Web del Ministerio de Minas el proyecto de agenda estuvo hasta el 2 de diciembre de 2018 disponible para comentarios del público (<https://www.minminas.gov.co/agenda-regulatoria>). La agenda del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTic) se puede consultar en el siguiente enlace: <https://www.mintic.gov.co/portal/604/w3-article-80407.html>. La eficacia del deber de información y recepción de comentarios del público a nivel territorial es aún menos uniforme, ya que se observa cómo no en todos los municipios existe una misma capacidad de asignación de recursos para la consolidación y uso de las TIC, lo cual implica retrasos en la modernización entre municipios y zonas del país. Si en ciudades como Medellín hay registro del cumplimiento de este deber (aunque con plazos muy cortos), en otras como Quibdó, a pesar de que se encuentra un vínculo para “proyectos normativos”, al ingresar no están publicados ni los proyectos, ni la información en la que se fundamentan. En el sitio Web de la alcaldía de Cartagena no fue posible encontrar un vínculo, ni los proyectos con sus soportes (páginas consultadas el 15 de diciembre de 2018). La situación tiende a agravarse en el caso de los municipios de sexta categoría.

⁹⁰ Artículo 8, numeral 8 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

⁹¹ Al revisar los informes a las observaciones y comentarios del público de varias entidades nacionales, encontramos que la participación es por lo general escasa y que, en algunos supuestos, participan solo unos cuantos intereses o grupos. Es cierto que cuando estamos frente a cuestiones muy técnicas, la participación se encuentra con una barrera. Sin embargo, muchos actores calificados para presentar comentarios dejan de participar por desconocer este deber de información o por no tener los recursos para hacer un monitoreo de lo que cuega la autoridad administrativa en su página Web.

⁹² Mientras que no es posible encontrar la matriz en Excel con el resumen de las observaciones presentadas por los ciudadanos, ni el informe global con la evaluación y tratamiento de los comentarios en la página de la SIC, si es posible encontrar dichos documentos en la página de otras entidades como el MinTic; v. por ejemplo los documentos del proyecto de manual de política de gobierno digital, en cuyo informe se indica que se recibieron 92 comentarios de los cuales 18 corresponden apenas a ciudadanos, 27 a entidades públicas y 47 provenientes de la industria. Más allá de la tarea que está pendiente de fomentar una participación de todos los intereses en juego, y no solo de las empresas reguladas, quienes casi siempre poseen los recursos para presentar comentarios, el cuadro Excel del ministerio contiene información en la que se destaca la descripción de las observaciones, una evaluación técnica, financiera y jurídica de estas, y el señalamiento de cuáles comentarios dieron lugar a ajustes, o a aclaraciones, cuales fueron aportes y opiniones y cuales no se aceptaron. Para el caso del proyecto de manual de política de gobierno digital el 46% de los comentarios dieron lugar a aclaraciones, mientras que el 9% no fueron aceptados por la entidad (información disponible en: <https://www.mintic.gov.co/portal/604/w3-article-79087.html>, consultada el 16 de diciembre de 2018).

a los comentarios que son significativos, la autoridad debe valorarlos en conjunto, por categorías o bloques, pero sin que en su evaluación se omitan aspectos puntuales sobre cuestiones financieras, jurídicas y técnicas. El interrogante que surge es el de saber qué pasa cuando, a raíz de los comentarios presentados por el público, la autoridad introduce modificaciones al proyecto de regulación. ¿Debe la autoridad informar otra vez la versión modificada del proyecto? En ausencia de desarrollos suficientes en el derecho nacional, se acude a la comparación con el caso estadounidense, sistema en el que la jurisprudencia federal ha establecido que solo se debe volver a informar el contenido del proyecto cuando se incluyen nuevas temáticas o materias que no fueron previamente informadas a los interesados.⁹³ Tampoco es obligatorio para las agencias llevar a cabo audiencias, contra careo de expertos o procedimientos formales con el fin de recibir los comentarios del público.⁹⁴ Actuaciones adicionales o el exceso de procedimentalización⁹⁵ aparecen por lo demás contrarias a una serie de principios y garantías constitucionalmente reconocidos e integrados bajo el concepto de *buena administración*.⁹⁶

2 El deber de informar los proyectos de regulación como presupuesto de la buena administración

2.1 La necesidad de encuadrar el deber de información en los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa

El deber de información, en el contexto de los proyectos reglamentarios, no puede ser concebido como un fin en sí mismo, es decir, no se agota con el

⁹³ Por lo que cuando solo se realizan cambios a los temas o materias cubiertos en la regulación inicialmente prevista no es necesario volver a informar, toda vez que el público general tuvo oportunidad de pronunciarse ya sobre esas cuestiones; “*The logical outgrowth doctrine recognizes that a certain degree of change between an NPRM and a final rule is inherent to the APA’s scheme of rulemaking through notice and comment*”; *Int’l Harvester Co. v. Ruckelshaus*, 478 F.2d 615, 632 n. 51 (D.C. Cir. 1973).

⁹⁴ La Corte suprema pone fin a una práctica decisoria de algunas cortes inferiores que obligaban a las agencias a adelantar procedimientos formales. Para el alto tribunal, la ley de procedimiento administrativo solo impuso las obligaciones de informar y de recibir y tratar los comentarios del público. Es facultativo de la agencia adelantar un procedimiento formal para recibir información del público; *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council*, 435 U.S. 519 (1978). Según la Corte de ese país, “si las agencias son libres de añadir garantías procedimentales suplementarias en el ejercicio de su potestad discrecional [...], por el contrario, las cortes que controlan sus actuaciones no son libres de imponerles garantías procedimentales que ellas no han decidido conferir a los administrados”.

⁹⁵ La procesalización responde a una estructura compuesta, puesto que a través de ella se busca la protección de un plexo de garantías cuyo cuidado se impone a la administración, mientras que principios constitucionalmente previstos como la eficacia tienen por objeto el cumplimiento de la función administrativa en beneficio del interés general. Esta dualidad de fines hace que el procedimiento administrativo deba presentarse, al menos en principio, más ágil y flexible que el procedimiento judicial, v. ZÁRATE, Aníbal. La eficacia de la acción administrativa frente al fenómeno de la procesalización, op. cit., p. 571.

⁹⁶ OSPINA, Andrés. Presentación. La buena administración: ¿sueño, expresión a la moda o concepto jurídico operativo?, *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n. 21, 2019, p. 11.

acceso a la información, ni con la presentación de observaciones. Por el contrario, el mismo está en función de la mayor satisfacción de los principios que rigen la función administrativa, en especial, aquellos vinculados con la buena administración. Por ello, es necesario analizar cómo esta última constituye, al mismo tiempo, un vínculo positivo y negativo de dicho deber. En relación con el primero, se erige en su fundamento y finalidad, tendiendo a reforzar la legitimación de las decisiones, desde la perspectiva de los *outputs* (2.1.1.). En relación con el segundo, se erige como límite formal (exceso de procedimiento) y sustancial (intimidación y reservas) con el fin de impedir la desnaturalización del instrumento (2.1.2.).

2.1.1 Las exigencias derivadas de la buena administración como fundamento y finalidad del procedimiento de aviso y recepción de comentarios del público

Toda la actividad administrativa se considera *funcionalizada*,⁹⁷ es decir, vinculada con la satisfacción concreta de los fines estatales consagrados en la Constitución Política.⁹⁸ Ese vínculo se encuentra presente también en la potestad reglamentaria, donde el deber de información y la participación ciudadana están en función de la satisfacción del interés general gestionado y, con ello, de la buena administración. Por tanto, esta última es, al mismo tiempo, fundamento y finalidad del deber de informar los proyectos reglamentarios.

Como se indicó en la introducción, por buena administración, sin pretender unanimidad, se puede entender aquel derecho de los ciudadanos, representado en el deber impuesto a la administración pública, a la satisfacción, en la mejor medida, del conjunto de todos aquellos intereses públicos.⁹⁹ Si bien en el ordenamiento colombiano este derecho/deber no está positivizado, sí puede ser derivado de los principios que rigen la función administrativa, consagrados en el artículo 209 de la Constitución. En efecto, recientemente la doctrina nacional ha entendido que, en el ordenamiento colombiano, la buena administración se soporta en la citada norma constitucional y tiene específicos desarrollos legales que permiten entenderla como “un postulado normativo que ordena, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, que la administración garantice los derechos de los administrados cuando entran en interacción con ella, ejecute de buena fe y bajo el estándar de la debida diligencia los deberes funcionales que el ordenamiento

⁹⁷ CASSESE, Sabino (dir.) *Corso di diritto amministrativo...* op. cit., p. 4 y 33-35.

⁹⁸ La función administrativa, entendida como el conjunto de actividades administrativas “...que dan desarrollo directo a las finalidades del Estado, consagradas de manera positiva en la Constitución Política...”, v. MONTAÑA, Alberto. *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 61-121.

⁹⁹ GIUFFRIDA, Armando. *Il “diritto” ad una buona amministrazione...* op. cit., p. 6.

jurídico convencional, constitucional y legal le ha confiado y adopte las decisiones que corresponden de manera razonable y ponderada”;¹⁰⁰ a semejanza del contenido dado en Italia al principio de *buon andamento*.¹⁰¹

De este modo, si en el ordenamiento colombiano la buena administración se deriva de la concreción de los denominados principios de la función administrativa, contenidos en el artículo 209 Constitucional, puede concluirse que el deber de información sobre los proyectos reglamentarios constituye un fundamento o un presupuesto para la efectiva garantía de la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad de las actividades administrativas ejercidas, precisamente, a través de reglamentos. Si bien el ejercicio de la potestad reglamentaria podría satisfacer estos principios prescindiendo del deber de información al público y de la garantía de participación de este, el derecho a la buena administración, que exige el mayor grado de satisfacción de los principios de la función administrativa, será mejor satisfecho si para la adopción del reglamento se informó del proyecto a la ciudadanía, esta participó efectivamente a través de observaciones y estas fueron tenidas en cuenta para la decisión. En otras palabras, la plena satisfacción del deber de información de los proyectos reglamentarios implica reforzar los fundamentos que soportan el ejercicio de la potestad reglamentaria y, consecuentemente, una mejor y mayor satisfacción de los principios de la función administrativa. En suma, se satisface el derecho a la buena administración, lo cual se traduce en el incremento de la legitimidad de los reglamentos desde el *input*.

A su turno, la plena satisfacción del deber de información, incluida la fase de observaciones y de decisión reglamentaria autónoma pero nutrida y condicionada por estas, constituye un medio para la garantía del derecho de la buena administración, es decir, hay un vínculo teleológico entre el deber de información y la mejor y mayor satisfacción de los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa. En efecto, la participación informada de la ciudadanía en la adopción de reglamentos persigue decisiones más igualitarias, más eficientes, más eficaces, mejor publicitadas, en suma, decisiones que optimicen la satisfacción del derecho a la buena administración. En el ordenamiento jurídico colombiano, el deber de información de los proyectos regulatorios, por un lado, contribuye para que el ejercicio de la potestad reglamentaria sea más acorde con los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa (presupuesto) y, por otro, persigue la mayor y mejor

¹⁰⁰ Cfr. SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Compendio de derecho administrativo... op. cit, p. 147. Para profundizar sobre el contenido de la buena administración ver el número 21 de la Revista Digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm>.

¹⁰¹ “Il canone costituzionale del buon andamento, come declinato dell’art. 97 Cost., impone alle pubbliche amministrazioni il dovere di agire nel modo più adeguato e conveniente possibile, e quindi congruo, in vista della realizzazione del fine pubblico che le stesse sono chiamate a perseguire”; Cfr. GIUFFRIDA, Armando. Il “diritto” ad una buona amministrazione...op. cit., p. 5.

satisfacción de los mismos (finalidad). Así, queda evidenciado como, desde una perspectiva positiva, el derecho a la buena administración es, al mismo tiempo, fundamento y finalidad del deber de información de los proyectos reglamentarios.

2.1.2 Las exigencias derivadas de la buena administración como límite formal y sustancial al deber de informar

Como contrapartida, esas mismas garantías que se derivan del derecho a la buena administración constituyen un límite, formal y sustancial, al deber de informar los proyectos reglamentarios. En efecto, si el estudiado deber está ligado con la satisfacción de finalidades específicas, a saber, la garantía de la decisión participativa y la buena administración, ello no implica que sea absoluto. Por el contrario, está sometido a limitaciones derivadas, también, de los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa, en especial, los vinculados a la buena administración.

Se indicó que el medio apto para satisfacer el deber de información y la decisión reglamentaria participativa es una suerte de procedimiento administrativo, que se erige en garantía del público para que efectivamente sean informados y puedan presentar observaciones. Sin embargo, lo que en origen es una garantía puede transformarse en fuente de vulneración del derecho a la buena administración y de los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa. Así, el “exceso de procedimiento” implicaría, entre otros, el vaciamiento de la pretensión participativa de la ciudadanía, la pérdida de utilidad de la información obtenida y la vulneración de los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa. Por ejemplo, el exceso de procedimiento, atentatorio del derecho a la buena administración, implicaría una decisión reglamentaria ineficiente o ineficaz. De este modo, la competencia contenida en el artículo 8.8 del CPACA, que faculta a las administraciones públicas para “señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones”, y que se materializa en un procedimiento administrativo, está sometida a un límite formal que prohíbe el “exceso de procedimiento”,¹⁰² lo cual implica que deba ser ejercida, primero, según su naturaleza de competencia discrecional y, segundo, evitando la lesión de los niveles mínimos de satisfacción de los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa cuando se concreta en reglamentos. Es por esto que la determinación del procedimiento de participación en la toma de la decisión reglamentaria, según el artículo 44 del CPACA, deberá “ser adecuada a los fines

¹⁰² “En la práctica el mandato a la administración pública de actuar en términos económicos, eficientes y con prontitud envuelve una gestión de la menor cantidad de recursos disponibles para la adecuada obtención del mayor número de resultados, haciéndose necesario evitar tramites dispendiosos que puedan entorpecer retardar e impedir el logro de las finalidades encomendadas constitucionalmente”; Cfr. ZARATE, Aníbal. La eficacia de la acción administrativa frente al fenómeno de procesalización, op. cit., p. 570 – 571.

de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”,¹⁰³ lo cual se traduce en que las distintas administraciones públicas deban prever plazos razonables y proporcionales, tendientes a maximizar y efectivizar la garantía participativa de la ciudadanía, sin entorpecerla o desincentivarla. De lo contrario, el exceso de procedimiento encubriría un ejercicio de la función administrativa contrario a los principios que la rigen y, consecuentemente, que vulnera el derecho a la buena administración. Por consiguiente, el exceso de procedimiento del deber de informar implica un efecto contraproducente, con respecto a las finalidades que se persiguen, pues violenta el principio de buena administración, generando estancamiento de la actividad administrativa y perjudicando, en igual medida, los resultados esperados, la oportunidad de la decisión y los derechos de los ciudadanos.¹⁰⁴

A su turno, el deber de información de los proyectos reglamentarios tiene un límite sustancial, que se deriva de su faceta de “derecho” en cabeza del público, pues no es absoluto y debe ser ponderado con otros derechos en juego, esencialmente con el derecho a la intimidad y con las reservas de carácter público. En efecto, el límite se deriva de la colisión del derecho – deber a la información plena, primero, con la privacidad personal y, segundo, con la información sometida a reserva, eventos en los que deberá ponderarse durante el procedimiento participativo de información de los proyectos regulatorios. En línea de máxima, cualquiera sea la administración pública y el contenido del proyecto regulatorio, la regla que rige es la información plena del proyecto regulatorio y de todos sus soportes. Sin embargo, en consonancia con lo dispuesto en la Ley 1712 de 2014, la publicidad de la información y su acceso se encuentran limitados (excepciones al acceso a la información) por factores relacionados, primero, con la reserva personal de los datos (riesgo de daño a ciertos derechos – art. 18-) y, segundo, con la reserva estatal de datos (principios de la función administrativa, en especial la buena administración – art.19-).¹⁰⁵ De

¹⁰³ “Frente al componente discrecional de los actos demandados, en este caso, a este tribunal le compete decidir si el contenido y el fin de la decisión está fundado en las normas que habilitan al Gobierno Nacional para adoptar la decisión de enajenar el activo que le pertenece, esto es, se trata de definir si la decisión administrativa y el fin perseguido es acorde con el interés público en el marco del orden jurídico ya establecido. Y esa forma de control parte por aceptar que aún el ejercicio de la potestad discrecional debe sujeción al ordenamiento jurídico, que es el que finalmente suele definir los elementos básicos que permiten ejercerla. Además, es pertinente el estudio de los hechos determinantes (esto es, el examen de la realidad del supuesto fáctico que permite la decisión) y la razonabilidad del contenido de la decisión. De modo que si el componente discrecional del acto por juzgar pretende cumplir la finalidad de la norma que lo autoriza, si los hechos determinantes están bien acreditados y el contenido del acto es razonable, la decisión discrecional que haya tomado la administración sale adelante”. Sentencia del 10 de septiembre de 2015, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Radicado: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025)

¹⁰⁴ CORSO, Guido. *L'attività amministrativa*. Torino: Giappichelli. 1999, p. 41.

¹⁰⁵ Categorías similares de limitación del acceso a la información pública se encuentran en el ordenamiento italiano, con base en el Decreto Legislativo 33 de 2013, cuyo contenido implica que la doctrina afirme que las normas prevén “*il divieto di diffusione e di pubblicazione dei dati sensibili e giudiziari, ovvero dei dati personali non pertinente [...] restano fuori dal perimetro applicativo del principio di trasparenza, inoltre, anche tutti i documenti e le informazioni coperti da segreto di Stato, da segreto d'ufficio e da segreto*”

este modo, del procedimiento de información de los proyectos de reglamentación deberá excluirse de manera motivada (no hará parte) toda aquella información que, primero, atente o pueda atentar contra derechos a la intimidad, a la vida, a la salud, a la seguridad o contra secretos comerciales, industriales o profesionales y, segundo, que atente o implique un riesgo para la efectividad del derecho a la buena administración, es decir, de los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa y de la decisión reglamentaria en trámite de adoptarse. Queda claro como los principios de la función administrativa, en particular los relacionados con la buena administración, se erigen, también, en límites al deber de información en su faceta formal (procedimentalización) y sustancial (choque con otros derechos y con reservas), toda vez que el exceso de procedimiento o la vulneración de la intimidad o de las reservas, en la toma de decisiones reglamentarias, implicará la afeción de los niveles mínimos de satisfacción de los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa.

2.2 El control judicial a la aplicación del deber de información como guarda para la buena administración

El artículo 8, numeral 8, de la Ley 1437 de 2011 es claro en establecer la obligación de divulgar los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten. El incumplimiento de este deber vicia de nulidad el acto de contenido general por expedición de forma irregular (2.2.1.), a menos de que su aplicación se encuentre justificada (2.2.2).

2.2.1 La expedición irregular como causal de nulidad del acto de contenido regulatorio

La participación ciudadana contribuye a una mejor configuración de las normas que profieren las autoridades administrativas, por lo que el control judicial al cumplimiento de las exigencias derivadas del deber de información de los proyectos específicos de regulación es un instrumento que permite corregir situaciones que afectan negativamente el proceso de creación de una norma, tales como el cabildeo de intereses particulares o la inequidad en el acceso a la información.¹⁰⁶ Ahora

statistico"; Cfr. ROSSI, Gianpaolo. *Principi di diritto amministrativo...* op. cit., p. 97. En relación con la tensión entre acceso a la información y privacidad, v. VIPINA, Piera Maria. *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*. Assago: Wolters Kluwer Italia, 2017, p. 465-466.

¹⁰⁶ Como pueden ser la falta de intervención de actores no estatales y la no consideración de las preocupaciones de estos en el proceso de determinación de la norma jurídica, lo cual a su vez contribuye a una mayor transparencia y a una menor percepción de corrupción al interior de las administraciones. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 14 de septiembre de 2016, rad. n°: 11001-03-06-000-2016-00066-00(2291); v. también, ZÁRATE, Aníbal, PERDOMO, Camilo. Relaciones peligrosas: corrupción y captura del regulador por grupos de intereses, op. cit, pp. 155-224.

bien, la intervención del juez de lo contencioso administrativo es aún incipiente;¹⁰⁷ confinada a la resolución de algunas demandas de nulidad simple con las que se ha buscado atacar la validez de reglamentos y resoluciones de autoridades del orden nacional, *inter alia*, por la no publicitación del proyecto y la información en la que se fundamenta.¹⁰⁸ Es el caso del auto del Consejo de Estado que resuelve la solicitud de medida cautelar de urgencia presentada por la Asociación Colombiana de Usuarios de Vehículos Particulares,¹⁰⁹ en el proceso contencioso que pretende la nulidad de la resolución del Ministerio de Transporte por la que se establece la base gravable de los vehículos automotores para la vigencia fiscal 2016.¹¹⁰ Aquí el alto tribunal decretó la medida cautelar de suspender de forma provisional y preventiva la norma ministerial, entre otros argumentos, porque no encontró ni registro, ni mención en los considerandos del acto atacado de que el ministerio de transporte haya cumplido con las exigencias de divulgación y recepción y evaluación de los comentarios del público durante su proceso de formación.¹¹¹

¹⁰⁷ Pese a esto, la doctrina ha sugerido que, en razón del carácter reiterado de los argumentos esgrimidos por las partes demandantes y los efectos jurídicos pretendidos con ellos, es posible prever que el asunto sea recurrente y relevante en litigios posteriores; GÓMEZ VELÁSQUEZ, Alejandro. op. cit, p. 118.

¹⁰⁸ Además de los casos que aquí se estudian con relación a la no aplicación de lo establecido por el numeral 8 del artículo 8 de la Ley 1437 de 2011, encontramos otros en los que el juez administrativo se pronunció sobre la validez de algunos reglamentos técnicos y regulaciones cobijadas por normas especiales y anteriores a la expedición del CPACA. Es el caso de la acción pública de nulidad interpuesta contra una resolución de la entonces Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones (CRT), por la falta de publicación del proyecto de resolución en los términos que exige el Decreto 2696 de 2004. Para el Consejo de Estado, “Que de las citadas pruebas se puede observar que no solo se cumplió con el termino de 30 días sino que además se prueba de manera amplia la intervención y participación ciudadana en el proceso que culminó con la expedición de la resolución acusada”, por lo que denegó las pretensiones de la demanda (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 15 de abril de 2010, rad. nº: 11001-03-24-000-2005-00358-00). En otro caso, el Consejo de Estado estudia la validez de la resolución 1057 de 23 de marzo de 2010, mediante la cual se establece el reglamento técnico sobre requisitos sanitarios para la miel de abejas de consumo humano. Para el tribunal, si bien la resolución estuvo publicada en la página Web del antiguo Ministerio de Protección Social, esta autoridad no identificó a los destinatarios de la medida, como lo dispone el Decreto 4003 de 2004, por lo que resuelve decretar la nulidad del acto en cuestión: “Para alcanzar el propósito de la participación en esta materia, esto es, que la Administración cuente con elementos de juicio y argumentos pertinentes que permitan adoptar una determinación objetiva, racional y ponderada, no es suficiente una convocatoria general a cualquier persona, como la hecha en este asunto, sino que resulta necesario el llamado efectivo de quienes hacen parte del grupo o sector afectado con el Reglamento Técnico”; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 4 de febrero de 2016, rad. nº: 11001-0324-000-2010-00329-00. Hay que anotar que estas normas especiales siguen vigentes en sus respectivos sectores.

¹⁰⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, auto de 15 de febrero de 2016, rad. nº 110010327000201600008 00. A la fecha, el proceso se encuentra pendiente de fallo definitivo.

¹¹⁰ Resolución 5358 de 2015. Entre las disposiciones que habrían sido vulneradas por el ministerio, se citó el artículo 8, numeral 8 de la Ley 1437 de 2011 y el Decreto 1345 de 2010 (decreto de técnica normativa vigente en aquella época). El actor considera que la expedición de la resolución del ministerio fue irregular, en la medida en que no cumplió con el deber de informar el proyecto de la misma.

¹¹¹ En términos del Consejo de Estado, “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

Por el contrario, al decidir el Consejo de Estado el recurso de reposición interpuesto contra la providencia de 22 de noviembre de 2017,¹¹² por medio de la cual se denegó la solicitud de medida cautelar elevada por el demandante contra el Decreto 2297 de 27 de noviembre de 2015 que reglamentó la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en los niveles básico y de lujo, el Consejo de Estado encuentra que en la parte considerativa del acto demandado se indica que el texto fue informado por medio de mesas de trabajo realizadas con diferentes actores del sector transporte y que fue publicado con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas.¹¹³ Se advierte que la realización de mesas de trabajo con representantes de actores de un sector de la actividad económica no es suficiente para satisfacer las exigencias derivadas del deber de información contenido en el artículo 8, numeral 8 del CPACA, toda vez que la filosofía del procedimiento de información y recepción de comentarios del público es la de permitir la mayor participación posible de cualquier interesado y no

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 irregular"; Consejo de Estado, auto de 15 de febrero de 2016, precitado. Se observa como el cumplimiento de los deberes de información y recepción de comentarios del público constituye así una formalidad substancial susceptible de viciar de nulidad el acto administrativo.

¹¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, fallo de 11 de septiembre de 2018, rad. n.º 11001-03-24-000-2016-00382-00.

¹¹³ Además del argumento en la demanda de expedición irregular por falta de publicitación, el actor cuestiona la ausencia de motivación del acto acusado, porque considera desconoce el Ministerio de Transporte el concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio. Si bien en la especie, al revisar la parte considerativa del decreto en cuestión se encuentran las explicaciones del Ministerio a las preocupaciones manifestadas por la Superintendencia, llama la atención la afirmación del alto tribunal de que "los conceptos emitidos por la administración no son vinculantes, pues, sus efectos son facultativos, auxiliares o indicativos, de ahí que sean considerados como una fuente de interpretación del ordenamiento jurídico". Nos apartamos de esta afirmación del Consejo de Estado, toda vez que si bien el concepto de la Superintendencia no es vinculante, el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 impone a la autoridad de regulación indicar en el considerando del acto que expide, las razones por las cuales se aparta del mismo. El juez administrativo ya había incluso manifestado que "el efecto jurídico que podría traer para la autoridad de regulación el no remitir un proyecto regulatorio a la Superintendencia de Industria y Comercio, o el apartarse del concepto previo expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio sin manifestar de manera expresa los motivos por los cuales se aparta, en principio, sería la nulidad del acto administrativo y violación de las normas en que debe fundarse, causales que deberán ser estudiadas y declaradas, en todo caso, por el juez de lo contencioso administrativo. Si la entidad regulatoria quiere apartarse del concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio, debe motivarlo en la parte considerativa del acto regulatorio" (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 4 de julio de 2013, rad. n.º 11001-03-06-000-2013-00005-00). En un caso relacionado, en donde se cuestiona la validez de la Resolución n.º 2163 de 27 de mayo de 2016 del Ministerio de Transporte, la misma Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado decide reponer una providencia de 30 de octubre de 2017 y decretar la suspensión provisional de los efectos de esta resolución, toda vez que "el Ministerio decide que se puede continuar adelante con la expedición de la Resolución 2163 acusada, porque con el hecho de haber informado a la Superintendencia de Industria y Comercio, se entendía satisfecho el requisito previsto en el artículo 7º de la Ley 1340 y porque era posible inferir que la posición de la Superintendencia no iba a ser distinta a la asumida frente a la expedición del Decreto 2297 de 2015. [...] el efecto jurídico de expedir actos administrativos con fines de regulación que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados, sin el concepto previo de la Superintendencia de Industria y Comercio es el de la nulidad del acto por expedición de forma irregular y con violación de las normas en que deben fundarse".

solo de aquellos grupos de intereses que la agencia invite a participar, circunstancia esta última que podría incluso incrementar el riesgo de captura de la entidad por el sector regulado. En el caso que aquí se estudia, los “pantallazos” del sitio Web del Ministerio de Transporte que suministró la parte actora le permiten al Consejo de Estado evidenciar que, aunque la autoridad no señaló el plazo de publicación del proyecto, este estuvo publicado “por lo menos 4 días antes de su expedición, aunque se presume que fueron más días conforme se explicó en precedencia, pues la fecha allí mencionada hace relación al proyecto final”. Si la autoridad administrativa es quien determina el plazo para recibir comentarios, con la entrada en vigencia del Decreto 270 de 2017¹¹⁴ se hace obligatorio señalar el mismo y justificarlo además en función del número de artículos, la complejidad de la materia regulada y la naturaleza de los grupos de interesados.

Nos preguntamos por ende si el control del juez administrativo se extiende a las razones de conveniencia, así como a los documentos soporte y a la justificación de los plazos acordados por la autoridad para comentar el proyecto de regulación, o si por el contrario debe limitarse a constatar que haya registro del cumplimiento de los deberes de información y de recepción y evaluación de las observaciones del público. Hoy los pronunciamientos judiciales del Consejo de Estado no parecen indagar si la regulación prevista es la mejor alternativa, si no que se limitan a constatar que en el proceso de formación de la norma la autoridad haya cumplido con la publicación del proyecto. Desde la entrada en vigencia del decreto 270 de 2017, le corresponde al juez administrativo verificar también que los organismos y entidades hayan examinado y articulado una explicación satisfactoria de su acción, pero sin llegar al absurdo de regular en su lugar.¹¹⁵ Siguiendo con la tarea de determinar el alcance del control judicial, examinamos ahora los casos en que este no procede.

¹¹⁴ Obligación que no estaba claramente estipulada en el anterior Decreto de técnica normativa 1345 de 23 de abril de 2010.

¹¹⁵ Comparativamente, el estándar para el control del proceso de formación de normas en la ley estadounidense de procedimiento administrativo (*arbitrary and capricious standard*), confiere una amplia deferencia y presume como válida la actividad de las agencias. Por lo tanto, “*In determining whether an agency action is arbitrary, capricious, or otherwise an abuse of discretion under the Administrative Procedure Act (APA), a reviewing court must ensure that the agency has examined the relevant data and articulated a satisfactory explanation for its action; however, so long as the agency provides an explanation of its decision that includes a rational connection between the facts found and the choice made, its decision should be sustained*”; *American Whitewater v. Tidwell*, 770 F.3d 1108 (4th Cir. 2014); v. también, *Sierra Club v. U.S. E.P.A.*, 774 F.3d 383 (7th Cir. 2014); “*Agency action is lawful only if it rests on a consideration of the relevant factors*”; *Michigan v. E.P.A.*, 135 S. Ct. 2699 (2015); *Freeman v. United States Department of Interior*, 83 F. Supp. 3d 173 (D.D.C. 2015). De esta manera, la decisión es arbitraria cuando no considera u omite los hechos y circunstancias del caso, o porque es contraria a la conclusión a la que cualquier persona razonable hubiese llegado; v. *Good v. Indiana Teachers Retirement Fund*, 31 N.E.3d 978 (Ind. Ct. App. 2015), transfer denied, 30 N.E.3d 1229 (Ind. 2015). Se trata de verificar que la agencia haya considerado todos los elementos para un mejor empleo de los recursos de que dispone, esto es, satisfaga las exigencias derivadas de la buena administración, pero sin que el juez deba entrar, en principio, a sustituir la decisión de la autoridad administrativa.

2.2.2 Las excepciones al deber de información de los proyectos de regulación

El deber de información se extiende en principio a todo acto administrativo de contenido general y abstracto que pretenda ser expedido por la autoridad competente.¹¹⁶ Como excepción a esta regla, encontramos que el artículo 2 de la Ley 1437 de 2011¹¹⁷ señala que las normas de la primera parte del Código no se aplicarán: 1) cuando se trata de procedimientos militares o de policía que requieran por su naturaleza decisiones de aplicación inmediata, necesarias para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas o cosas;¹¹⁸ 2) en los casos de reserva o clasificación de la información,¹¹⁹ como los que están previstos en la ley de transparencia y acceso a la información pública¹²⁰ o en la que regula el derecho fundamental de petición;¹²¹ 3) en los demás casos que estén expresamente señalados en leyes especiales.¹²²

¹¹⁶ Artículo 8, numeral 8, Ley 1437 de 2011 (CPACA). Parágrafo 1, artículo 1, Decreto 270 de 2017.

¹¹⁷ Reproducido en el artículo 6 del Decreto 270 de 2017 (artículo 2.1.2.1.24 del Decreto compilatorio 1081 de 2015).

¹¹⁸ En concordancia con lo establecido en el Código de procedimiento administrativo, el artículo 4 de la Ley 1801 de 2016, Código Nacional de Policía y Convivencia señala que las disposiciones de la parte primera del CPACA no se aplicarán al acto de policía ni a los procedimientos de policía que, por su carácter preventivo, requieren decisiones de aplicación inmediata, eficaz, oportuna y diligente, para conservar el fin superior de la convivencia. En comparación con el caso estadounidense, encontramos que se encuentran excluidos del deber de *notice and comment rulemaking* [§553(d)], las normas regulatorias que involucran a las fuerzas militares o a las relaciones internacionales del gobierno de los Estados Unidos [5 U.S.C.A. §553(a)(1)].

¹¹⁹ Sobre el alcance de la reserva al acceso a la información pública y los documentos sometidos a la misma, v. Corte constitucional, sentencia C-221 de 2016.

¹²⁰ Ley 1712 de 2014.

¹²¹ Ley 1755 de 2015.

¹²² Como ocurre en el derecho nacional, la ley APA de procedimiento administrativo de los Estados Unidos también requiere que en el proceso de formación de sus actos regulatorios las autoridades federales informen y traten los comentarios del público. Esta información abarca también la publicación de la regla final por un período que no sea menor a treinta días, con el fin de que los particulares puedan revisarla, prepararse para su entrada en vigencia o contestarla. Una de las excepciones a esta regla es la llamada "*good cause exception*", que permite a las agencias omitir la exigencia de informar los proyectos de regulación cuando esto sería "impracticable, innecesario o contrario al interés público" [5 U.S.C.A. §553(d)(3)]. Para algunos académicos hay en la actualidad un uso excesivo de esta figura, incluso en el caso de las reglas "mayores" o con implicaciones económicas significativas, por lo que proponen su eliminación: "*Excusing rules from APA procedures deprives them of the democratizing effects of public participation. The remedies created to address improper invocations of good cause each have problems of their own. Specifically, they promote bias in favor of the agency's position, even where that position is subject to postpromulgation notice and comment. An amendment requiring notice and comment better aligns the APA with executive and legislative treatment of major rules, which reflect an understanding that major rules deserve major attention. Mandated procedures increase oversight for rules with the broadest societal impact and ensure that the public participates in the administrative state when it matters most*"; YATES, James. "Good Cause" is Cause for Concern, *Geo. Wash. L. Rev.*, 86, Administrative Law Essay, 2018, p. 1438. Encontramos que también están exentas del deber de información aquellas reglas relacionadas con la administración y gestión del recurso humano o los bienes, créditos, utilidades o contratos de las agencias [5 U.S.C.A. §553(a)(2)] y las reglas que son interpretativas, así como las organizacionales que establecen métodos o conductas o determinan la manera en que se realizan las actividades al interior de la autoridad administrativa [5 U.S.C.A. §553(d)(2)].

Con relación a los actos de regulación que están sometidos al control del juez administrativo, el Consejo de Estado consideró que tanto el artículo 8, numeral 8 del CPACA, como el anterior Decreto 1345 de 2010 únicamente cobijan “aquellos proyectos que orientan u organizan las relaciones entre la autoridad administrativa y los ciudadanos y no a aquellos actos de carácter general que expide en desarrollo de sus labores misionales”, de manera que se niegan las pretensiones de nulidad del Decreto 2033 de 2015.¹²³ Para el juez administrativo, “resultaría contrario a todo orden que la administración, para el desarrollo de sus funciones constitucionales y legales, en lo que toca al ejercicio de sus labores misionales, deba consultar cada una de sus actuaciones con la ciudadanía pues ello redundaría en un desquiciamiento de las potestades que el ordenamiento confiere para que estas sean desarrolladas conforme los principios que gobiernan la función pública”.¹²⁴ Aquí el problema debería estar planteado en términos de “participación” y no de “consulta” por el Consejo de Estado, en la medida en que la decisión final nunca sale del ámbito competencial de la autoridad y puesto que la intención del artículo 8, numeral 8 es la de racionalizar la decisión reglamentaria y dotarla de una mayor legitimidad. Si la teoría clásica del derecho administrativo privilegia la decisión de “autoridad”, diferenciándola frente al ejercicio de competencias discrecionales, lo cierto es que la actividad administrativa se encuentra en función de la satisfacción de unos fines, por lo que consideramos que todos los ámbitos de la misma deben ser objeto de control, sea administrativo, sea judicial.¹²⁵

Como la definición aquí propuesta de proyecto de regulación no se centra en el tipo de actividad sino en el mecanismo, solo los actos que no están llamados a producir efectos jurídicos frente a terceros escaparían del control jurisdiccional. Hay que anotar que se trata de casos en los que para el cumplimiento de sus funciones las entidades y organismos administrativos expiden actos que, por tener un valor meramente orientativo, informativo o instructivo, pueden carecer

¹²³ Por medio del cual el Gobierno Nacional dictó normas para la conservación del orden público durante el período de elecciones de autoridades y corporaciones públicas adelantadas en octubre de ese año; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 21 de julio de 2016, rad. 11001-03-28-000-2015-00030-00.

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ Parte de la doctrina considera que es posible establecer una distinción entre los actos expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria del gobierno nacional y aquellos expedido en virtud de la función de policía administrativa que ostenta el presidente de la República, diferencia que sería determinante para comprender el alcance del deber de información (GÓMEZ VELÁSQUEZ, Alejandro. *op. cit.*, p. 119). Sin embargo, este planteamiento nos parece equivocado, en la medida en que se confunde la función de policía administrativa con la actividad que realiza la policía nacional o las fuerzas militares mediante procedimientos que requieren de decisiones inmediatas para mantener el orden público. En todo caso, consideramos equivocado comparar la potestad reglamentaria con la función de policía administrativa, puesto que esta última se puede ejercer a través del mecanismo reglamentario. De ahí que nuestra propuesta no se centre en el tipo de actividad sino en el mecanismo, denominado reglamento, el cual se caracteriza por ser un acto administrativo de contenido normativo y abstracto, no siempre general o soportado en una ley previa.

de efectos jurídicos directos sobre las situaciones jurídicas de los particulares. Frente a estos actos, la interpretación tradicional es que no resulta procedente el control judicial a cargo del juez de lo contencioso administrativo. Sin embargo, con la expedición del CPACA y ante un uso cada vez más recurrente de instrumentos blandos o informales, la misma jurisprudencia del Consejo de Estado ha entendido que todo acto de contenido general y abstracto, cualquiera que sea su contenido o denominación, puede ser susceptible de control judicial.¹²⁶ Es el caso de la circular de alerta sanitaria N.º. 1 de 2010 del INVIMA, cuya nulidad fuera solicitada por falsa motivación al desconocer la presencia de registros sanitarios en los alimentos elaborados con hoja de coca, proveniente de territorios indígenas. Al no encontrar probada la excepción propuesta por la entidad demandada y, por ende, proceder a su control, el Consejo de Estado encuentra que la circular está falsamente motivada en la medida en que en ella se afirma que “El cultivo y uso de plantas como la hoja de coca por parte de las comunidades indígenas, de acuerdo con los usos y prácticas derivados de su tradición y cultura, están restringidos a sus resguardos y no se ha autorizado la producción ni el consumo de estos productos para el resto del territorio nacional”, cuestión que contradice diferentes normas referenciadas y transcritas en el fallo que declara la nulidad del acto.¹²⁷ Si el CPACA no ofrece dudas para efectos de provocar el control judicial de las normas de derecho blando (*soft law*), algunos ponen de presente la necesidad de actualizar el tipo de control que se debe ejercer sobre los mismos.¹²⁸

Contrario a las circulares que buscan orientar, informar o interpretar ciertas cuestiones de cara a los administrados, es menos evidente la extensión del control de la participación para los actos que expidan las autoridades administrativas

¹²⁶ “Siendo esto así, es claro que el sometimiento de cualquier manifestación de la Administración Pública al control del contencioso no puede depender únicamente de que se afecten situaciones jurídicas particulares. En tanto que garante de la constitucionalidad y legalidad de las decisiones y actuaciones de las autoridades administrativas su control deberá extenderse también a aquellas manifestaciones de la función administrativa que pese a proyectar sus efectos únicamente sobre la órbita interna de la Administración o limitarse a informar o a instar a los particulares a una determinada conducta deben también someterse plenamente a la Constitución y la ley. Aun cuando ello constituye una parte esencial de su cometido, el papel del contencioso administrativo no se limita exclusivamente a la tutela de los derechos individuales de los particulares. Al envolver un aspecto determinante para la realización de los principios y valores establecidos por la Constitución, así como para el cabal desarrollo y garantía de los derechos colectivos, sociales e individuales reconocidos por la Carta, la guarda de la integridad del orden jurídico es también una misión irrenunciable a cargo de la jurisdicción (artículos 2 y 89 de la Constitución y 103 del CPACA)”; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 27 de noviembre de 2014, rad. n.º 2012-00533-01.

¹²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 18 de junio de 2015, rad. n.º 2011-00271-00.

¹²⁸ Proponiendo incluso la adopción de un medio de control específico que se incorpore en el CPACA; MARTÍNEZ JURADO, Darío. El *soft-law* en el derecho administrativo y su control judicial en Colombia, Revista digital de Derecho administrativo, Universidad Externado de Colombia, 20, 2018, p. 339. La misma discusión adquiere fuerza en el derecho estadounidense, MELNICK, Hale. Guidance Documents and Rules: Increasing Executive Accountability in the Regulatory World, *B.C. Envtl. Aff. L. Rev.*, 44, 2017, p. 357.

para regular métodos, conductas o procesos internos, administrar sus recursos o determinar la manera en que se realizan ciertos trámites al interior de las unidades de trabajo que integran sus órganos. En todo caso, eso no excluiría un eventual control del juez de lo contencioso administrativo según dichos actos contraríen parámetros de mera legalidad o de buena administración, como son la eficacia y la eficiencia administrativas.

Conclusiones

La toma de las decisiones administrativas se ha venido democratizando, al reforzar la tradicional legitimación representativa con mecanismos de participación directa. En este contexto, y en distintas latitudes, se han instituido deberes de información a través de los cuales se busca que la ciudadanía conozca de manera plena los soportes con que, entre otros, las administraciones públicas adoptan sus distintas decisiones. Particular importancia encuentra el deber de información contenido en el artículo 8, numeral 8 del CPACA referido, literalmente, a “los proyectos de regulación”, expresión esta última que no debe ser interpretada en sentido restringido, al identificar la regulación la actividad de autoridades independientes o de las comisiones de regulación de servicios públicos, sino extendido a todos aquellos eventos de toma de decisiones administrativas de tipo o alcance reglamentario. Lo anterior implica que el ejercicio de la potestad reglamentaria, de las distintas administraciones y en los distintos niveles, este condicionada al cumplimiento de este deber de información, el cual es satisfecho a través de un procedimiento administrativo específico de notificación de los proyectos de regulación y de recepción de opiniones, sugerencias y propuestas alternativas. De este modo, el procedimiento, como una de las instituciones clásicas del derecho administrativo, evidencia su faceta sustancial, al servir de mecanismo para dotar efectivamente al público del mínimo acervo de información para que, consecuentemente, puedan participar en la adopción de la decisión reglamentaria. Siendo el acceso previo a la información requisito *sine qua non* para la participación efectiva y fructífera, el procedimiento es de este modo el mecanismo que además de permitir el acceso a la información, satisface la garantía de participación a través de comentarios. Corolario de lo anterior, el deber de información de los proyectos de reglamentación constituye un presupuesto de la buena administración, siendo esta al mismo tiempo, fundamento, finalidad y límite de su garantía. El deber de informar el proyecto, recibir y tratar los comentarios del público se soporta en la mayor y mejor satisfacción de los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa y, a su turno, estos últimos se erigen en un límite, formal y sustancial, para evitar el exceso de procedimiento o la vulneración de derechos como la intimidad o de información sometida a reserva. En efecto, para que el deber de información posibilite la mejor

adaptación de los medios con que cuenta la administración, el procedimiento deberá ser lo más inclusivo posible, cuestión que excluye la mera realización de mesas de trabajo o procedimientos negociados con solo unos actores identificados, así como la imposición de barreras o requisitos adicionales para que el público general pueda presentar observaciones y comentarios capaces de influir sobre la regulación final.

A través del recurso al argumento comparado, fue posible observar que aún persisten lagunas en cuanto al alcance y al contenido del deber de información de los proyectos de regulación contenido en el CPACA. A pesar de las indicaciones en los decretos que reglamentan la participación del público y de técnica regulatoria, en materias como plazos para recibir comentarios y de la información soporte que debe publicarse junto con el proyecto, se observan vacíos en estas y otras materias, como por ejemplo en lo relacionado con el contenido del impacto de análisis regulatorio, ambiental o sobre el patrimonio que debe acompañar el aviso del proyecto. Ante estos vacíos sería legítimo considerar que se buscó dotar a las administraciones públicas de una discrecionalidad, por lo que corresponderá al juez de lo contencioso revisar que la autoridad haya cumplido plenamente con el deber de información y de tratamiento de los comentarios del público, esto es, que la decisión final sea la “consecuencia lógica” del proyecto y de las observaciones recibidas. En otras palabras, que el reglamento final no sea ni caprichoso, ni arbitrario. Si el control judicial se erige en el guarda pleno, tanto del deber de información de los proyectos de reglamentación como del ejercicio regular de la potestad reglamentaria – pues su vulneración, salvo contadas excepciones, activa una de las causales de nulidad del acto reglamentario, al haberse violentado el derecho a participar y, por tanto, al haberse expedido de manera irregular –, este aún es incipiente en el derecho nacional. Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado aquí estudiada nos permite vislumbrar un mayor recurso al control judicial del cumplimiento de este deber, por lo que con seguridad aparecerán nuevos casos que aporten a la discusión del alcance de la figura. Las reflexiones aquí consignadas y el ejercicio comparativo propuesto apuntan sin duda en esta dirección, esperando contribuir a la todavía incipiente discusión en el derecho colombiano entorno al deber de información de los proyectos de regulación contenido en el CPACA.

Referencias

1. Obras generales y especiales

CASSESE, Sabino. *La democrazia e suoi limiti*. Milán: Mondadori, 2017.

CHEVALLIER, Jacques. *El Estado Posmoderno*. Trad. Oswaldo Pérez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

CORSO, Guido. *L'attività amministrativa*. Turín: Giappichelli, 1999.

- COSCULLUELA, Luis. *Manual de derecho administrativo*. 27. ed. Pamplona: Aranzadi, 2016.
- FLORINA, Morris P. *Group Concentration and the Delegation of Legislative Authority*. Pasadena, California: California Institute of Technology, 1982. Mimeo.
- GAROFOLI, Roberto; FERRARI, Giulia. *Manuale di diritto amministrativo*. XI ed. Molfetta: Nel Diritto Editore, 2017.
- GIUFFRIDA, Armando. *Il "diritto" ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*. Turín: Giappichelli, 2012.
- GREPPI, Andrea. *La democracia y su contradictorio*. Representación, separación de poderes y opinión pública. Madrid: Trotta, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie*. Paris: Gallimard, 1997.
- MONTAÑA, Alberto. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- RADAELLI, Claudio. *L'analisi di impatto della regolazione in prospettiva comparata*. Presidenza del Consiglio dei Ministri. Catanzaro: Rubbettino, 2001.
- ROSSI, Gianpaolo. *Principi di diritto amministrativo*. 3. ed. Turin: Giappichelli, 2017.
- SANTAMARÍA, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General I*. 4. ed. Madrid: Iustel, 2016.
- SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Objeto y fundamentos de la construcción sistémica. Traductores varios. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2003.
- VIPINA, Piera Maria. *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*. Assago: Wolters Kluwer Italia, 2017.

2. Tesis y monografías

ALDANA MILLÁN, Andrés. *Análisis crítico de la evaluación de impacto ambiental en el sector eléctrico colombiano y propuesta de mejora*. Tesis (Maestría en Ingeniería Eléctrica) – Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2012. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/8987/1/300262.2012.pdf>.

3. Artículos y contribuciones

- BÁRCENA, Josu de Miguel. La transparencia como pretexto: el principio de publicidad de las normas comunitarias y la sentencia del TJCE de 10 de marzo de 2009 (Heinrich, C-345/06). *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 13, p. 77-93, 2009.
- BARNES, Javier. Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo. *Revista Digital de Derecho Administrativo – Universidad Externado de Colombia*, n. 21, p. 77-123, 2019.
- BARNES, Javier. Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas. In: BARNES, Javier (Ed.). *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2012.
- BAWN, Kathleen. Political Control Versus Expertise: Congressional Choices about Administrative Procedures. *American Political Science Review*, v. 89, n. 1, p. 62-73, 1995.
- BOUSTA, Rhita. Pour une approche conceptuelle de la notion de bonne administration. *Revista Digital de Derecho Administrativo – Universidad Externado de Colombia*, n. 21, p. 23-45, 2019.

BREGER Marshall J.; EDLES, Gray J.; Established by Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies. *Administrative Law Review*, v. 52, n. 4, p. 1111-1294, 2000.

BULL, Reeve; ELLIG, Jerry. Judicial Review of Regulatory Impact Analysis: Why not the Best? *Administrative Law Review*, n. 69, n. 4, p. 725-782, 2017.

CARVAJAL, Bernardo. ¿Cómo asegurar calidad regulatoria? *Revista Digital de Derecho Administrativo – Universidad Externado de Colombia*, n. 9, p. 41-62, 2013.

CASSESE, Sabino. Il diritto amministrativo e suoi principi. In: CASSESE, Sabino (Dir.). *Corso di diritto amministrativo*. I. Istituzioni di diritto amministrativo. 5. ed. Milan: Giuffrè, 2015.

COLBURN, Jamison E. Administering the National Environmental Policy Act. *Environmental Law Reporter News & Analysis*, v. 45, p. 10287, 2015.

FIORINA, Morris P. Legislative Choice of Regulatory Forms: Legal Process or Administrative Process? *Public Choice*, v. 39, p. 33-66, 1982.

GARLAND, Merrick B. Deregulation and Judicial Review. *Harvard Law Review*, v. 98, p. 505-591, 1985.

GÓMEZ VELÁSQUEZ, Alejandro. El deber de consulta pública previa a la expedición de reglamentos en el régimen jurídico colombiano. *Derecho del Estado – Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, n. 38, p. 97-125, 2017.

HACHEM, Daniel Wunder; VALENCIA-TELLO, Diana. Reflexiones sobre el derecho fundamental a la buena administración pública en el derecho administrativo brasileiro. *Revista Digital de Derecho Administrativo – Universidad Externado de Colombia*, n. 21, p. 47-75, 2019.

JAFFE, Louis L. Inveective and Investigation in Administrative Law. *Harvard Law Review*, v. 52, n. 8, p. 1201-1245, 1939.

MARTÍNEZ JURADO, Darío. El soft-law en el derecho administrativo y su control judicial en Colombia. *Revista Digital de Derecho Administrativo – Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, n. 20, p. 289-343, 2018.

MATTARELLA, Bernardo. Il procedimento. In: CASSESE, Sabino (Dir.). *Corso di diritto amministrativo*. I. Istituzioni di diritto amministrativo. 5. ed. Milan: Giuffrè, 2015.

MCCUBBINS, Mathew D. The Legislative Design of Regulatory Structure. *American Journal of Political Science*, v. 29, n. 4, 1985.

MCCUBBINS, Mathew D.; SCHWARTZ, Thomas. Congressional Oversight Overlooked: Policy Patrols vs. Fire Alarms. *American Journal of Political Science*, v. 28, p. 165-179, 1984.

MOCKLE, Daniel. La gouvernance publique et le droit. *Les Cahiers de Droit – Université Laval*, v. 47, n. 1, p. 89-165, 2006.

NOU, Jennifer. Agency Self-insulation under Presidential Review. *Harvard Law Review*, v. 126, n. 7, p. 1755-1837, 2013.

OSPINA, Andrés. Presentación. La buena administración: ¿sueño, expresión a la moda o concepto jurídico operativo? *Revista Digital de Derecho Administrativo – Universidad Externado de Colombia*, n. 21, p. 9-11, 2019.

PILDES, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. Reinventing the Regulatory State. *University of Chicago Law Review*, v. 62, issue 1, p. 1-129, 1995.

SANTAELLA, Héctor. Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de una transición constitucionalmente impuesta. In: OSPINA, Andrés; MONTAÑA, Alberto (Ed.). *La constitucionalización del derecho administrativo*. XV Jornadas Internacionales de Derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. In: BARNES, Javier (Ed.). *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2012.

STIGLITZ, Joseph. Regulación y fallas. *Revista de Economía Institucional – Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, v. 12, n. 23, p. 13-28, 2010.

STRAUSS, Peter L. The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch. *Columbia Law Review*, v. 84, n. 3, p. 573-667, 1984.

TORCHIA, Luisa. I procedimenti di regolazione davanti alle autorità indipendenti. In: TORCHIA, Luisa (Coord.). *Lezioni di diritto amministrativo progredito*. 2. ed. Bolonia: Il Mulino, 2010.

WALKER, Christopher J. Modernizing the Administrative Procedure Act. *Administrative Law Review*, v. 69, p. 629-653, 2017.

WEINGAST, Barry R. The Political Control of Bureaucracies under Asymmetric Information. *American Journal of Political Science*, v. 36, n. 2, p. 509-524, 1992.

YATES, James. “Good Cause” is Cause for Concern. *George Washington Law Review*, v. 86, n. 5, Administrative Law Essay, p. 1438-1464, 2018.

ZÁRATE, Aníbal. La eficacia de la acción administrativa frente al fenómeno de la procesalización. In: OSPINA, Andrés; MONTAÑA Alberto (Ed.). *La constitucionalización del derecho administrativo – XV Jornadas Internacionales de Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

ZÁRATE, Aníbal. La relativa especialidad de la potestad sancionadora en materia de servicios públicos domiciliarios. In: RINCÓN Jorge Iván (Ed.). *El poder sancionador de la Administración pública: discusión, expansión y construcción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

ZÁRATE, Aníbal; PERDOMO VILLAMIL, Camilo. Relaciones peligrosas: corrupción y captura del regulador por grupos de intereses. In: HENAO, Juan Carlos; ZÁRATE, Aníbal (Ed.). *Corrupción en Colombia*. Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018. t. 4.

ZELLMER, Sandra B. *Cultural and Historic Resources*. Sacred Sites and Land Management in the West. Public Law Regulation and Management. Rocky Mountain Mineral Law Special Institute, chapter 3, 2003.

ZOLLER, Elizabeth. Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie. In : LOMBARD, Martine (Dir.). *Régulation économique et démocratie*. Paris: Dalloz, 2006.

4. Jurisprudencia nacional

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 14 de septiembre de 2016, rad. nº 11001-03-06-000-2016-00066-00(2291).

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 4 de julio de 2013, rad. nº 11001-03-06-000-2013-00005-00.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, fallo de 11 de septiembre de 2018, rad. nº 11001-03-24-000-2016-00382-00.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 4 de febrero de 2016, rad. nº 11001-0324-000-2010-00329-00.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 18 de junio de 2015, rad. nº 2011-00271-00.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 27 de noviembre de 2014, rad. nº 2012-00533-01.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 15 de abril de 2010, rad. nº 11001-03-24-000-2005-00358-00.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, auto de 15 de febrero de 2016, rad. nº 110010327000201600008 00.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 21 de julio de 2016, rad. nº 11001-03-28-000-2015-00030-00.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 10 de septiembre de 2015, Radicado: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025).

Corte constitucional, sentencia C-221 de 4 de mayo 2016, expediente D-10958.

5. Jurisprudencia extranjera

American Whitewater v. Tidwell, 770 F.3d 1108 (4th Cir. 2014).

Freeman v. United States Department of Interior, 83 F. Supp. 3d 173 (D.D.C. 2015).

Global Van Lines, Inc. v. I.C.C., 714 F.2d 1290 (1983).

Good v. Indiana Teachers Retirement Fund, 31 N.E.3d 978 (Ind. Ct. App. 2015), transfer denied, 30 N.E.3d 1229 (Ind. 2015).

Int'l Harvester Co. v. Ruckelshaus, 478 F.2d 615, 632 n.51 (D.C. Cir. 1973).

Michigan v. E.P.A., 135 S. Ct. 2699 (2015).

Portland Cement Assn. v. Ruckelshaus, 486 F.2d 375, 394 (D.C. Cir. 1973).

PPG Indus., Inc. v. Costle, 659 F.2d 1239, 1249 – 51 (D.C. Cir. 1981).

Sierra Club v. U.S. E.P.A., 774 F.3d 383 (7th Cir. 2014).

U.S. v. Nova Scotia Food Products Corp., 568 F.2d 240 (2d Cir. 1977).

USA group loan services, inc vs. Richard W. Riley. United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 82 F.3d 708, 1996.

Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, 435 U.S. 519 (1978).

Weyerhaeuser Co. v. Costle, 590 F.2d 1011, 1024 & n.11, 1030 – 31 (D.C. Cir. 1978).

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ZARATE, Anibal; PERDOMO VILLAMIL, Camilo. El deber de información como presupuesto procedimental para el ejercicio de la potestad reglamentaria en Colombia. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 41–82, abr./jun. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i76.1076.
