

PROCESOS DE ELABORACION NORMATIVA – Directrices / ESTUDIO DE VIABILIDAD JURIDICA – Debe incluir la revisión y el análisis de las decisiones de los correspondientes órganos judiciales de cierre

No está por demás recordar, en todo caso, la importancia de establecer directrices de técnica normativa dirigidas a mejorar la calidad de las normas que le corresponde expedir al Gobierno y a las demás entidades de la Administración Nacional, de manera que se garantice a sus destinatarios claridad, coherencia y seguridad jurídica. Como mencionó la Sala en el Concepto 1958 de 2009, los procesos de elaboración normativa deben (i) estar precedidos de un análisis previo de viabilidad jurídica, fáctica y de conveniencia; (ii) contar con la planeación suficiente para garantizar la oportunidad y eficacia de la norma expedida; (iii) asegurar la coordinación necesaria entre las diferentes entidades interrelacionadas; (iv) tener con un estudio previo del impacto social y económico, particularmente frente a los grupos o personas que son objeto de especial protección constitucional; (v) hacer una verificación de la normatividad vigente y de la que se deroga o modifica; (vi) prever la conservación de los documentos, archivos y antecedentes que han servido a la elaboración de las normas; y, sobre todo, (vii) intentar en lo posible una regulación integral de las materias, con el fin de evitar proliferación, dispersión o expedición de normas contradictorias. Además, como se advirtió en los Conceptos 2143 de 2014 y 2223 de 2015, es necesario recordar los límites de la potestad reglamentaria y de expedición de actos administrativos generales, particularmente en el sentido de asegurar el respeto de los principios constitucionales de legalidad, reserva de ley y jerarquía normativa. En ese sentido es importante la inclusión que propone la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República en el artículo 2.1.2.1.5. Sobre la prohibición de establecer faltas, sanciones, multas, tasas o contribuciones vía reglamentaria. (...) Igualmente, en la medida que las directrices de técnica normativa no afectan el ejercicio de la función como tal ni la autonomía de las entidades, ya que solo se dirigen a mejorar la elaboración de las normas y la conservación de sus antecedentes, se considera viable y conveniente extender el ámbito de aplicación del Decreto no sólo a otras entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional, sino también a las entidades territoriales. (...) Artículo 2.1.2.1.7 Contenido de la memoria justificativa en lo relativo a la viabilidad jurídica: Dado lo señalado en las Sentencias C-539 de 2011, C-634 de 2011, C-816 de 2011 y C-588 de 2012 sobre la obligación de las autoridades administrativas de tener en cuenta las sentencias de los órganos de cierre de las jurisdicciones constitucional, contenciosa y ordinaria, así como lo establecido en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 (deber de las autoridades administrativas de tener en cuenta las sentencias de unificación del Consejo de Estado), se sugiere adicionar el contenido del estudio de viabilidad jurídica así: “Artículo 2.1.2.1.7. Contenido de la memoria justificativa en lo relativo a la viabilidad jurídica. El estudio de viabilidad jurídica deberá incluir los siguientes aspectos: 1. Análisis expreso y detallado de las normas que otorgan la competencia para la expedición del correspondiente acto, 2. Vigencia de la ley o norma reglamentada o desarrollada, 3. Disposiciones derogadas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas, si alguno estos efectos se produce con la expedición del respectivo acto, 4. Revisión y análisis de las decisiones judiciales de los órganos de cierre de cada jurisdicción que pudieran tener impacto o ser relevantes para la expedición del acto, 5. Advertencia de cualquier otra circunstancia jurídica que pueda ser relevante para la expedición del acto”.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1345 DE 2010 / DECRETO 1081 DE 2015

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Bogotá D.C., tres (3) de agosto de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00135-00(P 0004)

Actor: PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA

Mediante el Oficio 15-00057986/JMSC 110200 del 24 de julio de 2015, la Presidencia de la República solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil su opinión sobre un proyecto para actualizar el Decreto 1345 de 2010 sobre directrices de técnica normativa, el cual se encuentra incorporado al Decreto 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de la Presidencia de la República.

En la medida en que esta Corporación revisó en su momento el proyecto que dio lugar a la expedición del Decreto 1345 de 2010¹ y que los cambios que se proponen ahora no afectan su estructura y contenido principal, el análisis de la Sala versará únicamente sobre aquellos aspectos novedosos o adicionales que trae el documento enviado por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

No está por demás recordar, en todo caso, la importancia de establecer directrices de técnica normativa dirigidas a mejorar la calidad de las normas que le corresponde expedir al Gobierno y a las demás entidades de la Administración Nacional, de manera que se garantice a sus destinatarios claridad, coherencia y seguridad jurídica. Como mencionó la Sala en el Concepto 1958 de 2009, los procesos de elaboración normativa deben (i) estar precedidos de un análisis previo de viabilidad jurídica, fáctica y de conveniencia; (ii) contar con la planeación suficiente para garantizar la oportunidad y eficacia de la norma expedida; (iii) asegurar la coordinación necesaria entre las diferentes entidades interrelacionadas; (iv) tener con un estudio previo del impacto social y económico, particularmente frente a los grupos o personas que son objeto de especial protección constitucional; (v) hacer una verificación de la normatividad vigente y de la que se deroga o modifica; (vi) prever la conservación de los documentos, archivos y antecedentes que han servido a la elaboración de las normas; y, sobre todo, (vii) intentar en lo posible una regulación integral de las materias, con el fin de evitar proliferación, dispersión o expedición de normas contradictorias.

Además, como se advirtió en los Conceptos 2143 de 2014 y 2223 de 2015, es necesario recordar los límites de la potestad reglamentaria y de expedición de

¹ Concepto 1958 de 2009. El Decreto 1345 de 2010 fue a su vez la actualización del Decreto 01 de 1989, por el cual “se determinan las exigencias formales para la elaboración de los proyectos de decreto y resoluciones, de los contratos y demás documentos que deban someterse a la firma del señor Presidente de la República”.

actos administrativos generales, particularmente en el sentido de asegurar el respeto de los principios constitucionales de legalidad, reserva de ley y jerarquía normativa. En ese sentido es importante la inclusión que propone la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República en el artículo 2.1.2.1.5. Sobre la *prohibición de establecer faltas, sanciones, multas, tasas o contribuciones* vía reglamentaria.

Por lo anterior, sería importante también que mediante una directiva presidencial, cuya función y sustento constitucional ha sido avalado por la jurisprudencia², se recuerde a las entidades la importancia de dar aplicación estricta a la nueva normatividad y de adoptar una estrategia efectiva de racionalización y mejoramiento de la calidad normativa, en orden a brindar seguridad jurídica, claridad y estabilidad a los ciudadanos. Además, la directiva permitiría un conocimiento más expedito y efectivo del nuevo decreto, lo cual es esencial para la eficacia y pronta implementación de las medidas adoptadas.

Igualmente, la directiva podría utilizarse para hacer énfasis en la necesidad de avanzar en actividades de capacitación, monitoreo y control orientadas a identificar los problemas y obstáculos que dificultan o impiden mejorar la calidad de las normas expedidas. Para todo lo anterior, esta Sala estará dispuesta a prestar la colaboración que se estime necesaria.

Ahora bien, en relación con el proyecto remitido, se hacen las siguientes observaciones generales, sin perjuicio de algunos ajustes de redacción que aparecen también en el proyecto que se adjunta a este concepto:

- **Artículo 2.1.2.1.3. Ámbito de aplicación:** La referencia que se hace en el párrafo segundo debe corresponder al numeral 2.1.2.1.21 (*Aplicación del presente título para la expedición de resoluciones que no requieren firma del Presidente de la República*) y no al numeral 2.1.2.1.20 (*Plan de producción normativa*).

Igualmente, en la medida que las directrices de técnica normativa no afectan el ejercicio de la función como tal ni la autonomía de las entidades, ya que solo se dirigen a mejorar la elaboración de las normas y la conservación de sus antecedentes, se considera viable y conveniente extender el ámbito de aplicación del Decreto no sólo a otras entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional, sino también a las entidades territoriales, así (se resalta):

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

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

Parágrafo. La coordinación y verificación del cumplimiento de las directrices de técnica normativa estará cargo de la Secretaría Jurídica o, en su defecto, de la oficina jurídica de cada organismo o entidad.”

² Ver por ejemplo sentencia C-1029 de 2002 sobre la posibilidad de incurrir en falta disciplinaria por desconocer las directivas presidenciales.

- **Artículo 2.1.2.1.4. Supremacía constitucional, reserva legal y jerarquía normativa:** Se sugiere incluir una frase en el segundo párrafo sobre el deber de verificar las normas de competencia que habilitan la expedición del decreto o resolución, así:

*“Las dependencias encargadas de elaborar los respectivos proyectos **deberán verificar la competencia para expedir el decreto o resolución** y tener en cuenta que a través de dichos actos no podrán regular materias reservadas a la ley, ni infringir normas de rango superior a la que se va a expedir.” (Se resalta)*

- **Artículo 2.1.2.1.6. Memoria Justificativa:** Con el fin de dar paso a la aplicación de las reglas y principios que en materia de información reservada se establecen en las Leyes Estatutarias 1621 de 2013 (Ley de Inteligencia), 1712 de 2014 (Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública) y 1755 de 2015 (Ley de derecho de petición), se sugiere el siguiente cambio en el último párrafo de este artículo (se resalta):

*“Cuando el proyecto no requiera alguno de los aspectos antes señalados, deberá explicarse tal circunstancia en la respectiva memoria. Si por disposición de la Constitución o la ley existieren documentos sometidos a reserva, esta deberá mantenerse **en los términos de las leyes estatutarias u ordinarias que regulen la materia**”.*

- **Artículo 2.1.2.1.7 Contenido de la memoria justificativa en lo relativo a la viabilidad jurídica:** Dado lo señalado en las Sentencias C-539 de 2011, C-634 de 2011, C-816 de 2011 y C-588 de 2012 sobre la obligación de las autoridades administrativas de tener en cuenta las sentencias de los órganos de cierre de las jurisdicciones constitucional, contenciosa y ordinaria, así como lo establecido en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 (deber de las autoridades administrativas de tener en cuenta las sentencias de unificación del Consejo de Estado), se sugiere adicionar el contenido del estudio de viabilidad jurídica así (se resalta):

*“Artículo 2.1.2.1.7. Contenido de la memoria justificativa en lo relativo a la viabilidad jurídica. **El estudio de viabilidad jurídica deberá incluir los siguientes aspectos:***

- 1. **Análisis expreso y detallado de las normas que otorgan la competencia para la expedición del correspondiente acto.***
- 2. **Vigencia de la ley o norma reglamentada o desarrollada.***
- 3. **Disposiciones derogadas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas, si alguno estos efectos se produce con la expedición del respectivo acto.***
- 4. **Revisión y análisis de las decisiones judiciales de los órganos de cierre de cada jurisdicción que pudieran tener impacto o ser relevantes para la expedición del acto.***
- 5. **Advertencia de cualquier otra circunstancia jurídica que pueda ser relevante para la expedición del acto”.***

- **Artículo 2.1.2.1.9. Abogacía de la Competencia:** con el fin de tener en cuenta de manera integral lo dispuesto en el Artículo 7° de la Ley 1340 de 2009 sobre la Abogacía de la Competencia³, en particular (i) la posibilidad de que haya un

³ “**Artículo 7°. Abogacía de la Competencia.** Además de las disposiciones consagradas en el artículo 2° del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir.

pronunciamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el proyecto de regulación que se va a expedir y (ii) la necesidad de justificar los casos en que tal concepto no será tenido en cuenta, se sugiere ajustar la redacción de este artículo así (se resalta):

“Artículo 2.1.2.1.9. Abogacía de la competencia. De conformidad con lo previsto en el artículo 7° de la Ley 1340 de 2009, **el Ministerio o Departamento Administrativo responsable deberá informar previamente a la Superintendencia de Industria y Comercio de todos aquellos proyectos normativos que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados, como por ejemplo, aquellos que tengan por objeto o puedan tener como efecto limitar el número o variedad de competidores en uno o varios mercados relevantes, la capacidad de las empresas para competir o la libre elección o información disponible para los consumidores en un mercado relevante determinado. En caso de que la Superintendencia de Industria y Comercio haya proferido concepto y se considere necesario apartarse del mismo, se dejará constancia de esa circunstancia en la memoria justificativa: igualmente en la parte considerativa del proyecto de decreto o resolución se incluirán de manera expresa los motivos jurídicos o económicos que justifiquen esa decisión.”**

- **Artículo 2.1.2.1.11. Impacto regulatorio en los proyectos que establezcan trámites autorizados por la ley:** Este artículo se refiere al deber de cumplir con lo ordenado en el Decreto 19 de 2012, anti-trámites, que ordena consultar con el Departamento Administrativo de la Función Pública los proyectos normativos que establezcan trámites. En este artículo se debe eliminar el segundo inciso⁴, pues es una reproducción de lo que ya establece el Decreto 019 de 2012, lo cual, precisamente, es contrario a la técnica normativa. Se sugiere en cambio una frase adicional para que en la memoria justificativa se deje constancia del cumplimiento del respectivo requisito. El artículo quedaría así (se resalta):

“Artículo 2.1.2.1.11. Impacto regulatorio en los proyectos que establezcan trámites autorizados por la ley. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 962 de 2005, modificado por el artículo 39 del Decreto-Ley 019 de 2012, cuando un proyecto normativo establezca un nuevo trámite, la entidad que ha tomado la iniciativa de su estructuración deberá someterlo a consideración previa del Departamento Administrativo de la Función Pública de acuerdo con los requisitos exigidos para ese efecto. **En la memoria justificativa del proyecto y en la parte motiva del respectivo decreto o resolución se dejara constancia del cumplimiento de ese trámite.”**

- **Artículo 2.1.2.1.12. Racionalización, regulación integral y seguridad jurídica.** Se sugiere completar la frase “en el ejercicio de la función de regulación” por “en la preparación de los proyectos de decretos o resoluciones o de cualquier otro acto administrativo de carácter general”, en la medida que la primera expresión (función de regulación) podría tener un sentido restringido y, por tanto, limitaría el alcance del deber que establece el artículo de evitar dispersión y proliferación normativa.

El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta.”

⁴ “Para ello, acreditará su justificación, eficacia, eficiencia y los costos de implementación para los obligados a cumplirlo; asimismo, deberá demostrar la existencia de recursos presupuestales y administrativos necesarios para su aplicación. En caso de encontrarlo razonable y adecuado con la política de simplificación, racionalización y estandarización de trámites, el Departamento Administrativo de la Función Pública autorizará su adopción e implementación.”

- **Artículo 2.1.2.1.19. Parámetros documentales.** Como quiera que este artículo se refiere a temas de estilo y forma y contiene ejemplos⁵, se sugiere llevarlo al Anexo 1 del “Artículo 2.1.2.3.2. Parámetros documentales”. En consecuencia el artículo podría quedar así:

“Artículo 2.1.2.1.19. Parámetros documentales. Los proyectos de decreto y resolución deberán seguir la numeración, tipología, formatos y demás parámetros documentales que se establecen en el Anexo No.1 - Parámetros documentales-, de este título.”

- **Artículo 2.1.2.1.21. Aplicación del presente título para la expedición de resoluciones que no requieren firma del Presidente de la República:** Según el artículo 2.1.2.1.3. del proyecto, el decreto se aplicaría principalmente a los Ministerios y Departamentos Administrativos, mientras que las demás entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional solo se regirían por algunos aspectos generales del mismo, que son, precisamente, los que se enumeran en este artículo 2.1.2.1.21. Dado lo anterior, se sugiere completar el título del artículo pues la expresión utilizada “Aplicación del presente título para la expedición de resoluciones que no requieren firma del Presidente de la República” es equívoca y parecería dirigirse solamente a regular actos generales de ministerios y departamentos administrativos que no firma el Presidente de la República. Por tanto se sugiere el siguiente ajuste:

“Artículo 2.1.2.1.21. Aplicación del presente título para la expedición de resoluciones que no requieren firma del Presidente de la República y por las demás entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional. La expedición de resoluciones y actos administrativos generales que no requieran firma del Presidente de la República o que se expidan por las demás entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional deberán sujetarse a lo previsto en este título en relación con: (...)”.

- Dada la importancia de avanzar en actividades de capacitación, monitoreo y control de las normas expedidas, según se indicó, se sugiere incluir un artículo nuevo 2.1.2.1.21., así:

“Artículo 2.1.2.1.22. Monitoreo, seguimiento y control. Las entidades a las cuales se aplica el presente título realizarán por lo menos una vez al año una evaluación de la aplicación de las directrices de técnica normativa y adoptarán las acciones y correctivos necesarios para garantizar su cumplimiento”.

⁵ **Artículo 2.1.2.1.19. Parámetros documentales.** Los artículos se enumerarán en cardinales arábigos y deberán llevar título. Tras la palabra en negrilla el cardinales arábigo, seguido de punto y un espacio, sin subrayado, ni cursiva; a continuación, en cursiva y negrilla, el título del artículo en minúscula, salvo la letra inicial, y un punto final. (Ej.: “Artículo 2. *Ámbito de aplicación.*”).

En los artículos que contengan listas, conviene diferenciar cada elemento de la lista con números (numerales). Tales subdivisiones, en el caso de ser necesario, iniciarán con cardinales arábigos (“1., 2., 3...”) y, excepcionalmente, cuando sea necesaria una nueva subdivisión, se identificarán tantos decimales como sea necesario (“1.1., 1.2., 1.3. (...) 1.1.2., etc.”).

Los artículos de los decretos únicos reglamentarios se enumerarán en cardinales arábigos y deberán llevar título. Deben elaborarse en letra Arial 12 e imprimirse en papel tamaño oficio. En el sistema de numeración de los decretos únicos reglamentarios, el primer número designa al libro, y los subsiguientes, en su orden, a la parte, el título, el capítulo la sección o el artículo, según el caso.”

- También se sugiere incluir un artículo especial que haga referencia al deber de oír previamente a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en los proyectos que puedan afectar la organización y funcionamiento del Consejo de Estado (artículo 113 de la Ley 1437 de 2011). El artículo podría quedar así:

“Artículo _____. *Proyectos que puedan afectar la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado.* De conformidad con el artículo 113-1 de la Ley 1437 de 2011, en la elaboración de proyectos de decreto o resolución que puedan afectar la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado deberá escucharse previamente a la Sala de Consulta y Servicio Civil de esa corporación. Del cumplimiento de este trámite se dejará constancia en la memoria justificativa, así como en el epígrafe del correspondiente acto.”

- **Capítulo 2.** Reglas específicas para la elaboración de normas modificatorias de los decretos únicos reglamentarios: En relación con este Capítulo la Sala recomienda trasladar los ejemplos al manual que se incluye en el “Anexo 1” al que se hace referencia en el “Artículo 2.1.2.3.2. - Parámetros documentales”.

De esta manera la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado rinde el concepto solicitado sobre los cambios propuestos al Decreto 1345 de 2010.

Remítase la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ÁLVARO NÁMÉN VARGAS
Presidente de la Sala

GERMÁN BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala