

El documento Conpes 3816 del 2014 desarrolló políticas sobre el tema

El análisis de impacto normativo, una innovación para el Derecho Administrativo

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos ha hecho recomendaciones que buscan, en el caso colombiano, mejoras en la expedición de disposiciones jurídicas.

LUIS FERNEY MORENO
PhD en Derecho y magister
en Derecho Económico de la
Universidad de Lovaina (Bélgica).

Director del Departamento en
Derecho Minero Energético de la
Universidad Externado de Colombia

Con las políticas de mejoras regulatorias recomendadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (Ocde), en particular el análisis de impacto normativo, se innovará en el Derecho Administrativo colombiano. Esta afirmación la hago porque en la principal recomendación de mejora se encuentra el análisis de impacto normativo que se debe hacer cuando se expidan disposiciones jurídicas en Colombia.

La mejora regulatoria nace como una tendencia que reemplaza el concepto de desregulación. Es decir, en lugar de hablar de desregulación, se hablará de mejora regulatoria, porque con esto se busca la simplificación, la racionalización, la regulación necesaria, una buena calidad de la regulación, en últimas, una buena e inteligente política de regulación.

Un origen remoto de las mejoras, como lo dice Betancor¹, son las órdenes ejecutivas (*executive orders*) expedidas por los presidentes de EE UU, tales como la 12291 del 17 de febrero de 1981, del presidente Ronald Reagan, y la 12866 de 1993, del presidente George Bush. Dichas órdenes de mejora regulatoria solo se aplican en EE UU para la Rama Ejecutiva y no para el Congreso. Esta experiencia de mejoras regulatorias en ese país es recogida por la Ocde en el año de 1995 y enlista los requerimientos de mejora regulatoria o de una buena calidad de la regulación y las aplica tanto para la Rama Ejecutiva como para la Legislativa. Es de resaltar el caso del derecho español, como lo reseña Inigo del Guayo², en el que se incorporaron los principios de una buena regulación en la ley de procedimiento administrativo.

Entonces, ¿qué es la política de mejora regulatoria que se equipara a la política fiscal y a la política monetaria? La misma palabra lo dice: mejorar la regulación, y esto se proyecta desde la simplificación normativa, inventario normativo, consulta pública, los análisis de impacto normativo, buena redacción y claridad de la regulación, evaluación *ex post* de los impactos normativos. Se parte

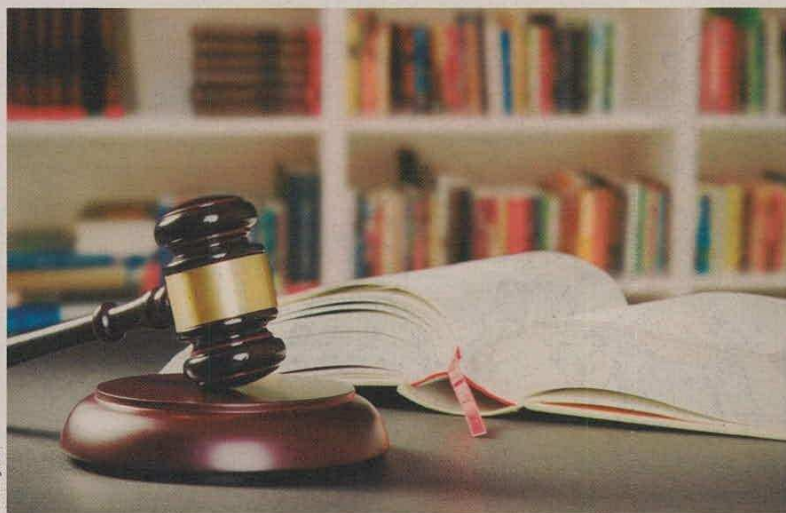


FOTO: iStock

de la base de que la mejora es en los procedimientos, contenidos y herramientas de la expedición de normas.

Precisamente, sobre el análisis de impacto normativo, la Ocde³ hace unas recomendaciones que fueron adoptadas en el Conpes 3816 de octubre del 2014, como son la "mejora normativa: análisis

Decreto 1844 del 2013, para la expedición de reglamentos técnicos.

Los componentes

Pese a lo anterior, el análisis de impacto normativo aún no se ha desarrollado en todos los niveles de la Rama Ejecutiva del orden nacional. Necesariamente, este se tiene que activar en todas las instancias de la administración pública.

¿En qué consiste, entonces, el análisis de impacto normativo? Tiene varios componentes, tal como se recoge tanto de la misma Ocde como de la práctica norteamericana y europea sobre el tema: identificación del problema normativo, identificación del objetivo normativo, diseño de alternativas de solución, evaluación cualitativa y cuantitativa de la alternativa seleccionada, es decir, impacto jurídico, impacto económico, impacto presupuestal, impacto de oportunidad, entre otros componentes.

Lo anterior afecta al Derecho Administrativo en Colombia, porque este tiene una tradición de producción de normas que, en su mayor parte, no tiene en cuenta dichos componentes del análisis de impacto normativo. Es, si se quiere, una metodología de producción normativa novedosa que innovará el Derecho Administrativo en Colombia, por lo menos en lo que se refiere a la potestad de la administración de producción de normas.

Tradicionalmente, el procedimiento de producción de una norma en Colombia tiene dos fases: la decisión de producir una norma y el proyecto de esta. Hay que reconocer que las comisiones de regulación iniciaron otra fase, que son las consultas públicas, y mucho después también lo hicieron otros órganos de la administración pública. Si se observa, nunca se ha usado una herramienta que mida o analice el impacto de la norma cuando se decide ejercer la potestad o actividad normativa, sobre todo con técnicas metodológicas para examinar dichos impactos.

Insistimos en lo anterior, porque aun cuando la actividad normativa de la administración pública sea un acto de voluntad unilateral, no se podrá desconocer la fase del análisis de impacto normativo cuando se decida producir una norma, ya que es un elemento esencial para la existencia y la validez del acto administrativo (reglamento) que no hace parte de su legalidad, pero sí del mérito del acto⁴. En efecto, los elementos esenciales para la existencia y la validez del acto administrativo, como lo dice textualmente Santofimio⁵, se pueden agrupar en tres grupos: "... el primero recoge los elementos externos del acto entre los que podemos señalar el sujeto activo que comprende la competencia y la voluntad, los sujetos pasivos y las denominadas formalidades formales del acto; el segundo, aborda sus elementos internos, tales como el objeto, los motivos y finalidad del mismo, y el tercero estudia básicamente el mérito u oportunidad para la producción del acto..."

Elemento esencial

Hasta ahora, la doctrina colombiana no ha ubicado el análisis del impacto normativo dentro del elemento esencial del mérito u oportunidad. Nosotros consideramos que este sí hace parte del mismo, aquel es, si se quiere, el mejor método racional para medir el mérito y la oportunidad de las decisiones de órganos de la administración pública colombiana, a tal punto que se contaría con un método lógico y objetivo para usar la causal del numeral 2º del artículo 93 de Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo (CPACA) para la revocatoria del acto administrativo, cuando este no se encuentra conforme con el interés público o social. En otras palabras, para decretar la revocatoria por esta causal, se tendría que acudir a los análisis de impacto normativo que ha hecho la administración para deducir si la decisión adoptada de varias alternativas era realmente la mejor para el interés público o social.

Mientras esté vigente tal esquema en Colombia, entonces, se puede revocar un acto administrativo por no estar conforme con el interés público o social o atente contra este, partiendo del mérito u oportunidad que debe tomar como método el análisis de impacto normativo propuesto por la Ocde para la administración pública colombiana. Como no hay revisión judicial al mérito u oportunidad del acto administrativo, se podría crear en Colombia un órgano independiente que haga parte de la Rama Ejecutiva para que se encargue de la revisión del mérito u oportunidad de los actos administrativos⁶, y de esa manera, se respete el principio constitucional de la división de los poderes públicos.

El análisis de impacto normativo tiene, por supuesto, justificación cuando se expidan actos administrativos de carácter general (reglamentos) por parte de la administración pública nacional, en los que se incluyen las unidades administrativas especiales, como las comisiones de regulación. Lo que verdaderamente se consolida es un procedimiento para la expedición de los actos administrativos de carácter general, compuesto por diferentes fases: la decisión de regular; la agenda normativa; el análisis de impacto normativo; la redacción y proyecto de norma; la consulta de abogacía de la competencia, de ser necesario; la consulta pública e inventario normativo.

Sin desconocer la importancia de las normas que se han expedido para incorporar las mejoras regulatorias, lo más recomendable es contar con una ley en ese sentido, como la que acaba de expedir México, o incorporar en el CPACA sus principios, en particular el análisis de impacto normativo, como lo hizo España. Además, ojalá que se extendiera su alcance a los entes territoriales cuando ejercen sus potestades normativas. No cabe duda de que estamos ante los verdaderos elementos que harán innovar el Derecho Administrativo colombiano.

1. Andrés Betancor. *Mejorar la regulación*. Marcial Pons. Madrid. 2009.

2. Inigo del Guayo Castiella. *Regulación*. Marcial Pons. Madrid. 2017.

3. Estudio de la Ocde sobre la política regulatoria en Colombia. Más allá de la simplificación administrativa.

4. Jaime Orlando Santofimio. *Compendio de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017. págs. 548 a 550. Este autor señala que el mérito (oportunidad o conveniencia), que no hace parte de la legalidad del acto, es un elemento para la expedición del acto administrativo. Igualmente, dice que existen unos órganos técnicos, como las contralorías, que se encargan del control de mérito e incluso está en cabeza, adicionalmente, de la misma administración pública.

5. *Ibidem*, págs. 535 a 536.

6. En el derecho comparado hay varios países que organizan la revisión del mérito del acto administrativo a través de tribunales administrativos que hacen parte de la Rama Ejecutiva, tales como Australia, Perú, Inglaterra y Chile.