

BANCO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA JUNTA DIRECTIVA



***PUBLICACIÓN DE PROYECTOS
ESPECÍFICOS DE REGULACIÓN PARA
COMENTARIOS***

JD-S- 0417-11-J

Preparado por: *Secretaría Junta Directiva*

Bogotá, D.C., 28 de Abril de 2017

PUBLICACIÓN DE PROYECTOS ESPECÍFICOS DE REGULACIÓN PARA COMENTARIOS

A. Introducción

El presente documento tiene como objetivo proponer el marco de aplicación al Banco de la República incluyendo su Junta Directiva, del deber de información al público establecido en el numeral 8 del artículo 8 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), según el cual, las autoridades deben publicar para comentarios (opiniones, sugerencias o propuestas alternativas) los proyectos específicos de regulación y la información en la que se fundamentan. De acuerdo con lo establecido en el artículo 2 del CPACA, ésta obligación se extiende a los órganos autónomos, dentro de los que se incluye el Banco de la República y su Junta Directiva.

Para efectos de lo anterior, se hace un análisis legal y comparado sobre la consulta pública a nivel internacional y nacional, incluyendo los mecanismos de publicación para comentarios que han sido adoptados por diferentes órganos. Como resultado de lo anterior, se propone:

- Establecer los criterios para la publicación para comentarios de los proyectos de regulación que expida la Junta Directiva del Banco de la República y el Banco de la República, así como las condiciones y plazos bajo los cuales dicha publicación se debe llevar a cabo, y
- Adoptar el “Análisis de Impacto Regulatorio” (AIR) como parte del proceso de regulación de la Junta Directiva del Banco de la República y del Banco de la República, en concordancia con las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE.

B. Antecedentes:

En el marco nacional, hasta la expedición del CPACA (contenido en la Ley 1437 de 2011), no se había establecido la obligación expresa de publicación de los proyectos específicos de regulación por parte de las autoridades para recibir comentarios del público en general. La publicación de la regulación para comentarios se encontraba restringida a asuntos específicos, y al deseo de las autoridades de hacer la publicación correspondiente. En ningún caso se estableció un régimen legal sobre el procedimiento que se debía seguir para efectos de la publicación, ni el alcance que se le debía dar a la misma.

Para tener mayor claridad sobre la necesidad de establecer los criterios para la publicación para comentarios de los proyectos de regulación que expida la Junta Directiva del Banco de la República y el Banco de la República, se hace a continuación una revisión sucinta del marco normativo que rigió el deber de publicidad de la función administrativa (artículo 209 de la Constitución Política de Colombia) hasta el 2012 cuando entra a regir el CPACA.

1. Decreto 01 de 1984 - Código Contencioso Administrativo:

El Código Contencioso Administrativo (CCA) expedido en 1984, no previó la obligación para las autoridades de publicar *proyectos específicos de regulación y la información en que se*

fundamentan, por lo que era discrecional la publicación de sus proyectos de regulación para comentarios.

La obligación de informar se circunscribía a la atención de los derechos de petición y al deber de las autoridades de dar acceso al público de los documentos que reposan en las oficinas públicas¹.

Bajo el marco del CCA, diferentes entidades generaron mecanismos de consulta al público sobre los proyectos de regulación (análisis que se hace en el Anexo 1). Dentro de los mecanismos adoptados se resaltan:

- i. Desde 2003, la Superintendencia Financiera de Colombia implementó el sistema de gestión de calidad para la generación de planes de acción y regulación con el fin de resolver necesidades detectadas en sectores específicos, o en el mercado en general, y estableció criterios para determinar los proyectos de regulación sujetos a publicación y los plazos correspondientes.
- ii. El Decreto 2696 de 2004 (incorporado en el Decreto Único Reglamentario 1078 de 2015) – Sector de Tecnologías de la Información y Comunicaciones - TIC) señaló los temas regulatorios de carácter general no tarifarios que las Comisiones de Regulación debían publicar para comentarios, y los términos en que debía llevarse a cabo dicha publicación. Se estableció como regla general que la publicación no podría tener un plazo inferior a diez (10) días y debía llevarse a cabo con una antelación no inferior a treinta (30) días de la fecha de expedición planeada. Se exceptuó la publicación de, entre otros asuntos: lo relativo a las formulas tarifarias, la corrección de efectos negativos de situaciones que amenacen la continua y eficiente prestación de los servicios; o aclaraciones de conceptos o frases; o correcciones de errores, siempre y cuando no incidan en el sentido de la decisión.
- iii. En virtud del Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y Estados Unidos de América – TLC – aprobado mediante la Ley 1143 de 2007, se establecieron obligaciones que deben ser adoptadas por las partes para dar cumplimiento a las condiciones de transparencia y administración de ciertas medidas. Según el TLC:

“1. Las Partes reconocen que las regulaciones y políticas transparentes que rijan las actividades de instituciones financieras y de proveedores de servicios financieros transfronterizos son importantes para facilitar el acceso y operar en el mercado de otra Parte. Cada Parte se compromete a promover la transparencia regulatoria en servicios financieros.

(...) cada Parte, en la medida de lo practicable: publicará por anticipado cualquier regulación de aplicación general relativa a materias de éste Capítulo que se propongan adoptar y el propósito de la regulación; y brindará a las personas interesadas y a las Partes una oportunidad razonable para hacer comentarios a las regulaciones propuestas.

Al adoptar regulaciones definitivas, la Parte deberá, en la medida de lo practicable, considerar por escrito comentarios sustantivos recibidos de los interesados con respecto de las regulaciones expuestas.

En la medida de lo practicable, cada Parte deberá dejar transcurrir un plazo razonable entre la publicación de las regulaciones definitivas y su entrada en vigencia. (...)

La publicación se debe hacer por un plazo razonable y los comentarios que se reciban deben ser considerados por las autoridades y da la opción a las autoridades, de consolidar las respuestas a los comentarios que se reciban y publicarlos en un documento aparte con la regulación final.

Lo anterior fue recogido en la Circular Externa No. 12 del 10 de abril de 2012 emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la que indicó que, respecto de los servicios financieros², las autoridades deben:

“(...) [en la medida de lo practicable:] a) Publicar por anticipado cualquier regulación de aplicación general relativa a las materias cubiertas en este capítulo que se proponga adoptar y el propósito de la regulación; y b) Brindar a todas las personas interesadas y a las partes una oportunidad razonable para hacer comentarios a las regulaciones propuestas en esta materia.”

- iv. En el 2010, la Presidencia de la República estableció a través del Decreto 1345 (incorporado en el Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015 – Sector Presidencia) las directrices de técnica normativa para los asuntos que debían someterse a consideración del Presidente de la República, dejando la publicación opcional, salvo ley expresa en contrario.

2. Régimen comparado.

A nivel internacional (Anexo 2) se identificaron varias jurisdicciones que, siguiendo las recomendaciones de la OCDE, han adoptado mecanismos de consulta pública. Para ello han determinado los tiempos de ejecución atendiendo diferentes criterios, las características de los destinatarios, el contenido del proyecto y las implicaciones del mismo.

En el análisis de la regulación internacional se encontró que, como regla general, las autoridades tienen facultades para establecer excepciones a la publicación. Es por ejemplo el caso de Estados Unidos que ha otorgado a las agencias del Estado la opción de no publicar para comentarios cuando éstas estimen que existe una “*justa causa*” para ello. En Alemania cada entidad regulatoria tiene la facultad para determinar su propio esquema de publicación, y en España las autoridades pueden omitir la publicación cuando se considere que existen razones de interés público.

3. Ley 1437 de 2011³ - CPACA

La Ley 1437 de 2011⁴ que entró a regir el 2 de julio de 2012, previó en el numeral 8 del artículo 8, relativo al deber de información al público, el principio según el cual las autoridades

descritas en el artículo 2 de la misma ley, deben publicar para comentarios los proyectos de regulación. La norma señala:

“Artículo 8. Deber de Información al Público. 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.”

Por su parte, el artículo 2 antes mencionado, extiende la obligatoriedad del deber de información a *“todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando deban cumplir funciones administrativas”*, definición que incluye al Banco de la República.

A diferencia de la legislación comparada internacional (Anexo 2), el numeral 8 del artículo 8 del CPACA presentó algunos obstáculos que han retardado su desarrollo normativo, tales como:

- el régimen de excepciones;
- el alcance del término *“proyecto específico de regulación”*; y
- los plazos que se deben dar para comentarios.

A efectos de resolver estos aspectos, el Ministerio de Justicia y del Derecho consultó en 2016 al Consejo de Estado sobre la aplicación del numeral 8 del artículo 8 del CPACA. Al respecto la Sala de Consulta y Servicio Civil⁵ indicó:

i. **Respecto de las excepciones.**

Si bien el CPACA no contempla excepciones expresas, la Sala entiende que este no es un principio absoluto y cabrían excepciones vía interpretación acorde con lo señalado en el artículo 2 del CPACA, que eximen de publicación a *“los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran de decisiones de aplicación inmediata para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas y cosas”*. Adicionalmente, el Consejo de Estado estimó que serían igualmente una excepción los casos en los que exista ley especial frente a la materia.

Mediante el Decreto 270 de 2017, atendiendo a la necesidad de establecer excepciones al deber de publicación de los proyectos de regulación en concordancia con lo señalado por el Consejo de Estado, la Presidencia de la República estableció criterios de excepción

para los proyectos de regulación para la firma del Presidente de la República (incluidos en el artículo 2.1.2.1.24. del Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015), indicando que no se publicará para comentarios:

1. Cuando se trate de procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas.
2. En los casos de reserva o clasificación de la información señalados por la Constitución y la Ley, incluidos los previstos en las leyes 1712 de 2014 y 1755 de 2015.
3. En los demás casos expresamente señalados en la ley.

La Ley Estatutaria de Transparencia – LET- (Ley 1712 de 2014), a la que se refiere el numeral 2 de las excepciones del Decreto 270, se expide dentro del marco de la Estrategia Nacional de la Política Pública Integral Anticorrupción aprobada por el Gobierno Nacional en 2013, con el objetivo de crear el régimen de transparencia y del derecho de acceso a la información (reglamentada el Decreto Reglamentario Único 1081 de 2015⁶).

El literal k) del artículo 6 de la LET, relativo a los documentos en construcción, prevé que *“no será considerada información pública aquella información preliminar y no definitiva, propia del proceso deliberatorio de un sujeto obligado en su calidad de tal”*. Adicionalmente, señala en el literal h) del artículo 19 que las autoridades pueden reservar la información pública cuando esta pueda dañar los intereses públicos por afectar, entre otros, *la estabilidad macroeconómica y financiera del país*.

Lo anterior, es reiterado en el artículo 2.1.1.4.2.2. del Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015⁷ según el cual la excepción a la que se refiere el literal h) del artículo 19 de la LET se extiende a la información pública reservada que *“(1) Pueda afectar la estabilidad de la economía o los mercados, la eficacia de la política macroeconómica y financiera o el cumplimiento de las funciones de las entidades que tienen a su cargo el diseño y la implementación de estas políticas; o,(2) Esté relacionada con las labores de supervisión necesarias para garantizar la estabilidad del sistema financiero y la confianza del público en el mismo.”*

ii. Respecto del alcance del término “**proyecto específico de regulación**”.

El Consejo de Estado señaló que *“cuando la Ley 1437 de 2011 ordena publicar los proyectos específicos de regulación, debe entenderse que está ordenando a las autoridades señaladas en el artículo 2 del CPACA publicar los proyectos de actos administrativos de contenido general y abstracto que piensan proferir”*.

En concordancia con la posición del Consejo de Estado, el párrafo 1 del artículo 2.1.2.1.14. del Decreto Único Reglamentario 1081, modificado por el citado Decreto 270 de 2017, señaló que debe entenderse como “proyecto específico de regulación” todo

“proyecto de acto administrativo de contenido general y abstracto que pretenda ser expedido por la autoridad competente”.

iii. Respecto de los plazos.

Según el Consejo de Estado los plazos deben ser fijados por cada una de las autoridades administrativas en lo de su competencia. Por lo tanto, las autoridades son las llamadas a determinar el plazo al que someterán a comentarios sus proyectos específicos de regulación o actos administrativos de carácter general y abstracto considerando criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pues, según indica el Consejo de Estado, *“para no violentar el principio de transparencia y ser consecuente con los principios que guían la actividad administrativa, especialmente los de celeridad, economía, eficiencia y eficacia, y para no paralizar o afectar de forma inconveniente la actividad de la administración y lograr la satisfacción oportuna de los fines del Estado, debe establecer un plazo razonable, proporcional y adecuado, especialmente en situaciones que requieran una pronta actuación o decisión, para recibir las observaciones de los interesados”.*

En armonía con lo anterior, el Artículo 2.1.2.1.14. del Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015 (modificado por el Decreto 270 de 2017), estableció las condiciones para la publicación de los proyectos específicos de regulación expedidos para la firma del Presidente de la República, señalando que *“[c]on el fin de que los ciudadanos o grupos de interés participen en el proceso de producción normativa, a través de opiniones, sugerencias o propuestas alternativas, los proyectos específicos de regulación elaborados para la firma del Presidente de la República deberán publicarse en la sección de Transparencia y Acceso a la Información Pública del sitio web del ministerio o departamento administrativo que los lidere, por lo menos durante quince (15) días calendario, antes de ser remitidos a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.*

Excepcionalmente, la publicación podrá hacerse por un plazo inferior, siempre que el ministerio o el departamento administrativo lo justifique de manera adecuada. En cualquier caso, el plazo deberá ser razonable y ajustado a la necesidad de regulación.”

Como se puede observar, lo establecido en el Decreto 270 de 2017 no es de carácter general para las autoridades del Gobierno Nacional, sin embargo establece una serie de pautas y guías sobre la publicación para comentarios de los proyectos de regulación que deba realizar cada entidad para la ejecución de sus facultades regulatorias en sentido general y abstracto.

4. Régimen de Inversiones Internacionales - Decreto 119 de 2017

Dentro del proceso de armonización a estándares internacionales, con el fin de ajustar el régimen de inversiones a los principios del FMI⁸ y de la OCDE⁹, tanto en materia de transparencia como de inversión, mediante el Decreto 119 de 2017 se incluyó el artículo 2.17.2.7.4. al Decreto Único Reglamentario 1068 de 2015 la obligación de publicación para comentarios de los proyectos reglamentarios de carácter general en los que se establezcan procedimientos y condiciones aplicables al registro de la inversión de capitales del exterior en el país y de inversiones colombianas en el exterior:

“Artículo 2.17.2.7.4. Transparencia regulatoria. De manera previa a su expedición, el Banco de la República publicará para comentarios del público a través de su página web, los proyectos reglamentarios de carácter general en los cuales establezca los procedimientos y condiciones aplicables al registro de la inversión de capitales del exterior en el país y de inversiones colombianas en el exterior, de acuerdo con lo establecido en el numeral 8 del artículo 8 de la Ley 1437 de 2011 y demás normas que lo modifiquen o reglamenten.”

C. Concepto de Regulación.

Para determinar el alcance del concepto de “regulación” al que se refiere el numeral 8 del artículo 8 del CPACA, en relación con la regulación de la Junta Directiva del Banco de la República y la que adopte el Banco de la República en desarrollo o ejecución de las decisiones de la Junta, se tomó el criterio utilizado por el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) y el análisis efectuado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en su Jurisprudencia.

En el caso del DAFP, en el marco de la racionalización de trámites conforme lo establecido en la Ley 962 de 2005, que busca que el ejercicio regulatorio sea adecuado y razonable respecto de la política de simplificación, racionalización y estandarización de trámites y procedimientos administrativos, se identificó que los actos que pueden resultar del ejercicio de las funciones asignadas son: actos de regulación y reglamentación de trámites y servicios.

La clasificación hecha por el DAFP, junto con la definición dada por el Consejo de Estado al término regulación antes analizada, permiten diferenciar el alcance del término “proyectos específicos de regulación” para publicación para comentarios, de aquellos actos que contienen reglamentación de trámites y servicios y que por lo tanto no requieren la consulta pública previa, de acuerdo con los siguientes criterios:

1. Actos de Regulación

De acuerdo con el DAFP se entiende por regulación, una norma o ley de política pública que concrete las reglas de juego dentro de ámbitos precisos y predeterminados¹⁰, que garantice los fines y recursos estatales y el funcionamiento eficiente de los mercados, y que busque generar certeza jurídica¹¹.

Al respecto, el Consejo de Estado¹², interpretando el alcance de lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C – 150 de 2003 (Anexo 6) respecto de la definición de regulación, se refirió a los “proyectos específicos de regulación” indicando que dicha expresión, a la luz del sentido general del término regulación, “hace 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.”, entendiendo ésta última como las “propuestas de actos administrativos generales y abstractos o de reglamentos dirigidos a fijar o ajustar ex ante, las reglas de juego de una actividad determinada de un sector económico particular para garantizar el derecho a la competencia y proteger un interés general específico de un sector calificado como servicio público. Este concepto abarcaría, por ejemplo, las propuestas de normas de carácter técnico especializado, como lo serían los proyectos de resoluciones expedidas por las comisiones de regulación.”

Destacó el Consejo de Estado que si la interpretación de la expresión “proyectos específicos de regulación” fuese extendida a incluir los proyectos de contenido particular y concreto, *“haría ineficaz e ineficiente la actividad de la administración, toda vez que implicaría que todos los actos administrativos, aun los que corresponden a una situación concreta o particular, tendrían que ser publicados y sujetos a un periodo de observación antes de su promulgación definitiva, lo cual haría irrazonablemente lenta la actividad estatal.”*

2. Reglamentación de Trámites:

El DAFP define los trámites como el *“conjunto o serie de pasos o acciones reguladas por el Estado, que deben efectuar los usuarios para adquirir un derecho o cumplir con una obligación prevista o autorizada por la ley. El trámite se inicia cuando ese particular activa el aparato público a través de una petición o solicitud expresa y termina (como trámite) cuando la administración pública se pronuncia sobre este, aceptando o denegando la solicitud.”*¹³

Los actos que contengan el establecimiento o la reglamentación de trámites, procesos y procedimientos no requerirán publicación para comentarios del público¹⁴.

3. Reglamentación de Servicios:

El DAFP establece una categoría de procesos y procedimientos administrativos no regulados¹⁵, cuyo objetivo es generar un servicio por parte de la administración, o generar herramientas o instrumentos de carácter misional¹⁶ que facilitan la interacción de la ciudadanía con la administración, y el desarrollo de sus funciones. Se incluyen dentro de estas actividades, por ejemplo, los horarios de atención en ventanilla o un *call center*, y todas aquellas otras herramientas que facilitan la prestación de servicios o permiten al ciudadano o usuario acceder a la regulación o a los trámites, tales como el lleno de formularios vía online, el portal de atención al ciudadano o los motores de búsqueda en la página web.

Al igual que los trámites, los actos que contengan el establecimiento o la descripción de una metodología para la prestación de servicios, no requerirá publicación para comentarios del público¹⁷.

D. Proyectos específicos de regulación de la Junta Directiva del Banco de la República y del Banco de la República

La Corte Constitucional en la Sentencia C-150 de 2003 ha indicado que *“(...) la Constitución contempla dos grandes tipos de órganos de regulación: primero, los de rango constitucional, entre los cuales se encuentra, por ejemplo, la Junta Directiva del Banco de la República como “autoridad monetaria, crediticia y cambiaria”, y la Comisión Nacional de Televisión cuya junta directiva está encargada de “[l]a dirección de la política que en materia de televisión determine la ley” (art. 77 de la C.P.) entre otras funciones; y, segundo, los de creación legal a los cuales aluden expresiones abiertas como “otras entidades del orden nacional” (artículo 150, numeral 7, C.P.) y “agencias del Estado” (artículo 211 C.P.). Una de las características principales de estos órganos de regulación especializados por áreas de actividad reside en*

su independencia y, en el caso de los que tienen rango constitucional, la propia Carta les reconoce autonomía, que es diferente y más amplia que la independencia (...)”.

El artículo 372 de la Constitución señala que la Junta Directiva del Banco de la República es la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia en los términos previstos en la Ley 31 de 1992. De acuerdo con la ley, las decisiones de la Junta se adoptaran mediante actos administrativos de carácter particular o general (artículos 4, 50 y 51 de la Ley 31 de 1992). Las demás decisiones se rigen por las normas del derecho privado. De forma concordante, el artículo 371 de la Constitución establece que el Banco de la República ejercerá las funciones de banca central y en tal calidad ejercerá las funciones que le corresponden como ejecutor de la política monetaria, cambiaria y crediticia.

Es decir que, los actos de la Junta Directiva del Banco de la República y los que el Banco de la República¹⁸ expida en desarrollo de las decisiones de la Junta, pueden caracterizarse como:

- i. Actos administrativos de carácter general y abstracto expedidos por la Junta Directiva en su condición de autoridad monetaria, cambiaria y crediticia (resoluciones), o por el Banco de la República en desarrollo de las decisiones de la Junta Directiva (Circulares Reglamentarias Externas). Estos actos administrativos deben publicarse en el boletín de la Junta Directiva (artículo 51 de la Ley 31 de 1992).
- ii. Actos de carácter contractual (civil o mercantil) que el Banco realiza en ejercicio de sus funciones, incluyendo los depósitos, las operaciones de repos, swaps, contratos de mutuo, descuento y redescuento, y en general, operaciones que se rigen por el derecho privado.
- iii. Actos cuyo objetivo es la reglamentación operativa del Banco de la República y de los términos y condiciones de los servicios que presta el Banco de la República, incluyendo aquellos que busquen facilitar la interacción con la ciudadanía (por ejemplo los horarios de atención en ventanilla o *call center*).

Las actuaciones contenidas en el literal i) corresponden al concepto de regulación, dado que se trata de actos administrativos de carácter general y abstracto, y por lo tanto se sujetan a las condiciones del numeral 8 del artículo 8 del CPACA sobre la publicación para comentarios de los proyectos específicos de regulación. Los literales ii) y iii) corresponden a la clasificación dada por el DAFP de actos de “*reglamentación de trámites y servicios*”, y dado que no atienden a la definición de regulación, no se sujetan a la publicación para comentarios del público.

E. Análisis de Impacto Regulatorio - Estudio de Política Regulatoria (OCDE y DNP).

El estudio sobre la política regulatoria en Colombia de 2014 realizado por la OCDE¹⁹ (detallado en el Anexo 3), reconoce los esfuerzos del gobierno colombiano para que la administración sea más transparente, pero advierte la necesidad de adoptar e implementar políticas de consulta pública que permitan la participación ciudadana en la producción regulatoria. De manera complementaria, el Departamento Nacional de Planeación (DNP) basándose en el estudio de la OCDE, ha estado trabajando en el desarrollo de las políticas,

principios y guías del Análisis de Impacto Regulatorio (AIR) para aplicar en Colombia (Anexo 4)²⁰.

En relación con la regulación colombiana, la OCDE advierte que: *“no existe un procedimiento único o unificado para elaborar regulaciones que se aplique de manera generalizada a toda la administración colombiana”, y que “el código [CPACA] deja a discreción de las instituciones la forma y los medios para realizar consultas públicas. En consecuencia, en Colombia no hay homogeneidad en la manera en que se realizan las consultas públicas, lo cual contrasta marcadamente con la experiencia internacional. Por ejemplo, en Estados Unidos la técnica “aviso y comentario” ejemplifica un proceso dirigido centralmente, obligatorio, sencillo y riguroso.”*

Para efectos de lo anterior, la Secretaría de la Junta Directiva adelantó labores conjuntas con el DNP para establecer las excepciones que podrían ser aplicables al numeral 8 del artículo 8 del CPACA, y para determinar las condiciones de implementación del AIR (Anexo 4) en Colombia atendiendo a la recomendación de la OCDE.

El AIR es un mecanismo abierto de apoyo a la consulta pública y de estudio y evaluación de los elementos que generan impactos en la regulación que se produce, según el cual, será necesario llevar a cabo una revisión *ex ante* y *ex post* de la implementación de las normas y de sus impactos (costos y beneficios), como una mejor práctica regulatoria.

En el marco de la OCDE, la metodología del AIR está basada en el ejercicio proactivo que hace el regulador para anticiparse a las posibles consecuencias que una regulación tendrá. Para lo anterior, es necesario iniciar el análisis mediante la definición del problema que ha sido identificado, haciendo énfasis en las causas (fallas del mercado, de competencia o del gobierno). Una vez el problema ha sido claramente identificado, se debe establecer si existe o no una necesidad de intervención del regulador. En caso positivo, el análisis debe incluir los objetivos que se buscan (específicos, accesibles y realistas), y las alternativas regulatorias o no regulatorias que podrían resolver el problema identificado. La alternativa elegida debe maximizar los beneficios netos, reducir los costos y promover la simplificación regulatoria, es decir que, exista una necesidad real de modificar, adicionar o eliminar aspectos del régimen actual.

Los resultados de estos análisis deben permitir mejorar la práctica regulatoria y poder saber si se justifica o no la intervención regulatoria, y si es proporcionada. Las metas del AIR son la maximización de los beneficios de la sociedad, o al menos asegurar que los costos de regulación son menores que los beneficios que ésta puede producir a un grupo social, promover la eficiencia y aumentar la transparencia de los reguladores.

En la Guía Metodológica de Análisis de Impacto Normativo²¹ desarrollada por el DNP y la OCDE, se señala que el AIR es *“un instrumento de política regulatoria que debe cambiar la cultura administrativa en Colombia. No solo se trata de justificar desde un punto de vista legal la adopción de determinada regulación, sino de asegurarnos que entre varias opciones, la propuesta es la mejor, la que mayores beneficios traerá a la sociedad y la que permitirá obtener resultados para el crecimiento y desarrollo económicos del país.”* Por su lado, la OCDE lo define como *“una herramienta que ayuda al proceso decisorio porque sistemáticamente examina los impactos potenciales de las acciones gubernamentales,*

haciendo preguntas sobre costos y beneficios, sobre cuán efectiva será la acción gubernamental en alcanzar los objetivos y si hay otras alternativas viables para los gobiernos. Como un proceso decisorio, el AI[R] está integrado a sistemas de consulta, desarrollo de políticas y procesos regulatorios dentro del gobierno, sirviendo para comunicar y dar información ex ante sobre los efectos esperados de las propuestas gubernamentales y ex post en la medida en que ayuda a los gobiernos a evaluar las regulaciones existentes”²².

En el Anexo 4 se describen los pasos de la metodología AIR que propone el DNP en la Guía Metodológica de Análisis de Impacto Normativo.

En concordancia con lo anterior, el parágrafo 2 del artículo 2.1.2.1.14. del Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015 modificado por el Decreto 270 de 2017, señala que los proyectos específicos para la firma del Presidente deben contar con un soporte técnico que debe contener, como mínimo: *“los antecedentes y las razones de oportunidad y conveniencia que justifican la expedición de la norma; su ámbito de aplicación y los sujetos a quienes va dirigida; un estudio preliminar sobre la viabilidad jurídica de la disposición; un estudio preliminar sobre su posible impacto económico y un estudio preliminar sobre el posible impacto medioambiental o sobre el patrimonio cultural de la Nación, si fuere el caso.”*

En el caso de México, la Comisión Federal de Mejora Regulatoria – COFEMER-, señaló en la Guía para Evaluar el Impacto de la Regulación²³ que *“el análisis de impacto requiere identificar y cuantificar los costos y beneficios de la regulación y otras alternativas de política regulatoria (...) Habrá ocasiones en que estos efectos sean directamente cuantificables; es decir, existe mercado para determinarlos, por lo que su definición es directa (...) también podrá suceder que los efectos de la regulación no son directamente monetizables, porque no existe mercado para definir su precio. Esto comprende a muchas regulaciones de tipo social que tratan de reducir el daño al medio ambiente o incrementar la salud de la población.”*

En países como Brasil, con el objetivo de recibir retroalimentación del público de los proyectos de regulación, las agencias reguladoras llevan a cabo audiencias públicas antes de emitir ciertas normas, y la audiencia es transmitida vía online. En el caso de Dinamarca, se realizan paneles de diferentes empresas con el objetivo de probar una posible intervención regulatoria; y en el caso de Suecia, cuando un ministerio decide iniciar un proyecto de regulación, es necesario establecer un comité consultivo que reúne especialistas, académicos, asociaciones, entre otros, para discutir el proyecto y hacer seguimiento a la implementación del mismo.

F. Recomendaciones

De acuerdo a lo expuesto, se recomienda:

1. Publicar para comentarios:

- i) Los proyectos de actos administrativos de carácter general y abstracto que se proponga expedir la Junta Directiva en su condición de autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, y los proyectos de actos administrativos que se proponga expedir el Banco de la República que desarrollen las decisiones de la Junta Directiva en dicha condición (resoluciones y circulares reglamentarias externas, respectivamente).

ii) Los proyectos de actos administrativos de carácter general mediante los cuales el Banco de la República establezca los procedimientos y condiciones aplicables al registro de la inversión de capitales del exterior en el país y de inversiones colombianas en el exterior, conforme a lo establecido en el artículo 2.17.2.7.4. del Decreto 1068 de 2015 (modificado por el Decreto 119 de 2017).

2. Exceptuar de publicación para comentarios:

Los proyectos de actos administrativos de carácter general cuando se considere que la publicación previa de su contenido:

i) Puede afectar la estabilidad de la economía o los mercados, la eficacia de la política macroeconómica y financiera o el cumplimiento de las funciones del Banco y su Junta Directiva en el diseño y la implementación de estas políticas, conforme a lo establecido en el literal h) del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014;

ii) Esté relacionada con las labores de supervisión necesarias para garantizar la estabilidad del sistema financiero y la confianza del público en el mismo, según lo señalado en el artículo 2.1.1.2.1.6 del Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015.

Lo anterior es concordante con el artículo 2.1.2.1.24. del Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015 (adicionado por el Decreto 270 de 2017), que establece las excepciones al deber de publicar proyectos de regulación.

Cuando aplique alguna de las anteriores excepciones, se sustentarán²⁴⁻²⁵ los motivos para no publicar para comentarios de acuerdo con la ley.

3. No se considera regulación:

i) Los actos cuyo contenido corresponda al desarrollo o establecimiento de términos y condiciones contractuales de carácter civil o mercantil.

ii) Los actos cuya naturaleza sea de carácter interpretativo, aclarativo o explicativo del lenguaje o contenido de una regulación, siempre que no se afecte el sentido de la decisión.

iii) Las reglamentaciones operativas del Banco de la República, o los términos y condiciones de los servicios que presta, al ser actos netamente funcionales con efectos orientadores que no afectan de manera directa derechos o intereses de los particulares.

4. Efectuar la revisión de las circulares externas vigentes con el fin de identificar:

i) Las circulares externas que se deben sujetar a la publicación para comentarios por contener aspectos regulatorios en desarrollo de las decisiones de la Junta Directiva expedidas en su condición de autoridad monetaria, cambiaria y crediticia (“Circulares Reglamentarias Externas”).

ii) Las circulares externas que contienen el marco contractual de operaciones que celebra el Banco de la República con otras entidades, con el fin de incorporarlo en modelos de contratos marco y/o de adhesión sujetos a las normas de derecho privado, según lo prevé el artículo 52²⁶ de la Ley 31 de 1992. Los contratos marco y/o de adhesión no se someterán a comentarios del público.

iii) Las circulares externas operativas y de servicios. Estas circulares no se someterán a comentarios del público, y se denominarán “Circulares Externas Operativas y de Servicios”.

Los Departamentos y áreas del Banco de la República que tengan circulares externas a su cargo efectuarán la revisión correspondiente. La Dirección de Gestión Documental modificará los títulos de las Circulares de acuerdo con las directrices que al respecto señale el Consejo de Administración.

5. Los tiempos de publicación para comentarios, siguiendo el estándar establecido en el artículo 1 del Decreto 270 de 2017, serán determinados por los Subgerentes o, en su ausencia, por el Gerente del área a que corresponda la materia, en coordinación con el Secretario de la Junta Directiva. Para lo anterior, se tendrán en cuenta criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y se considerará el interés general, el número de artículos del proyecto, la naturaleza de los grupos interesados y la complejidad de la materia regulada. En todo caso, los tiempos de publicación no podrán ser mayores a quince (15) días calendario, ni menores a tres (3) días calendario contados a partir del día siguiente a su publicación. Según se estime necesario o pertinente, se podrá publicar más de una vez un mismo tema de regulación.

6. Los documentos de trabajo que se presenten a consideración de la Junta Directiva deberán incluir un análisis de impacto regulatorio. Para ello se considerará como guía la metodología de Análisis de Impacto Regulatorio (AIR) descrita en el Anexo 4.

7. Para la elaboración y publicación de proyectos de regulación para comentarios, como se describe en el Anexo 7, se tendrá en cuenta lo siguiente:

i) Los proyectos de regulación estarán acompañados de un documento de trabajo que tenga en consideración el AIR, en el que se incluyan las recomendaciones relacionadas con la publicación para comentarios, el plazo correspondiente, y su calificación de reserva o clasificación en los términos de la LET y demás disposiciones aplicables.

ii) Los documentos de trabajo serán presentados a consideración del Comité Técnico (Artículo 14 de la Resolución Interna No. 1 de 2000 – Reglamento Interno de la Junta Directiva). Una vez revisado y discutido el tema, el Comité decidirá si el proyecto de regulación debe ser publicado para comentarios del público.

Tratándose de los proyectos de circulares reglamentarias externas que desarrollen o ejecuten las decisiones de la Junta Directiva, estos se presentarán a la Subgerencia del área encargada y a la Secretaría de la Junta Directiva, quienes decidirán si el proyecto debe ser publicado para comentarios del público.

Cuando se trate de proyectos de regulación de la Junta Directiva, la Secretaría de la Junta Directiva efectuará la publicación para comentarios. Cuando se trate de proyectos de regulación del Banco de la República, el área o departamento de la Subgerencia a la que atiende la materia, efectuará la publicación del proyecto previo visto bueno de la Secretaría de la Junta Directiva del Banco. La publicación del proyecto se llevará a cabo en el espacio en la página web del Banco creado para este objetivo tomando como guía el Anexo 7, e incluyendo las razones que justifican la expedición de la norma y los sujetos a quienes va dirigida.

iii) Una vez las áreas encargadas del proyecto han recolectado los comentarios del público, presentarán un informe de resultados al Comité Técnico o lo remitirán a sus miembros. Los comentarios y/o sugerencias que se reciban en ejecución de este procedimiento no serán vinculantes.

El Comité Técnico decidirá si se presenta el proyecto de regulación junto con el documento de trabajo a la Junta Directiva para su consideración.

Los documentos de trabajo se mantendrán bajo reserva conforme a lo establecido en el literal k) del artículo 6 y el parágrafo del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014, y conforme a lo establecido en la Circular Reglamentaria Externa DGD-350, Anexo 1 Numeral 1.

8. Este documento se publicará en el Portal de Transparencia de la página web del Banco.

ANEXO 1

Análisis de mecanismos de consulta pública bajo el marco del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984

1.1. Sistema de Gestión de Calidad – Superintendencia Financiera de Colombia 2003

En cumplimiento de lo establecido en la Ley 872 de 2003²⁷ (Sistema de Gestión de Calidad en las instituciones públicas de la Rama Ejecutiva), con el objetivo de mejorar continuamente la prestación del servicio para el beneficio de los usuarios, en 2008 la Superintendencia Financiera de Colombia (“SFC”) creó el Sistema de Gestión de Calidad interno, al que denominó el Sistema de Gestión Integral (“SGI”), que contempla no solo los elementos determinados por el Decreto 4110 de 2004²⁸, sino que involucra los aspectos requeridos por el Modelo Estándar de Control Interno establecidos por el Decreto 943 de mayo 21 de 2014, y la administración del riesgo de todos los procesos siguiendo los lineamientos de la Guía de Administración del Riesgo elaborada por la Función Pública.

En desarrollo del SGI se otorgó a la Dirección de Investigación y Desarrollo la labor de “*diseño y desarrollo de soluciones*”, es decir, la generación de planes de acción y regulación (en caso de ser considerado necesario) para resolver necesidades detectadas en sectores específicos, o en el mercado en general. Si se detecta una necesidad de regulación, se coordinan los grupos de trabajo, y una vez se ha generado el borrador del anteproyecto, se somete a comentarios internos y se publica para comentarios del público, sin soportes. La determinación de los plazos de consulta al público estará en cabeza del Superintendente dependiendo del contenido del proyecto.

Los comentarios internos o externos son evaluados uno a uno y el área encargada del proyecto determina si son conducentes o no y, con el aval del Superintendente Financiero, se hacen los cambios necesarios al proyecto de regulación. Los comentarios recibidos no son vinculantes, no se responden, ni se publican en la página web. A la fecha, la SFC informó que maneja entre cuarenta (40) y a ciento veinte (120) comentarios en un proyecto y pueden transcurrir de seis (6) meses a dos (2) años desde que se recibe una solicitud o se detecta una necesidad de modificación o expedición de una norma, hasta la expedición de la misma.

No están sometidos a procesos de consulta externa los proyectos normativos con la categoría de urgente, que determina el Superintendente Financiero de manera discrecional, decisión que se toma en consideración de las evaluaciones de impacto correspondientes. Sin embargo, no existen criterios y/o parámetros específicos para la calificación de urgencia o criticidad de un proyecto, o para determinar los tiempos de consulta.

1.2. Comisiones de Regulación - Decreto 2696 de 2004

El Decreto 2696 de 2004 (incorporado en el Decreto Único Reglamentario 1078 de 2015 – Sector TIC) establece reglas para garantizar la divulgación y la participación ciudadana en las actuaciones de las Comisiones de Regulación. El artículo 9 de éste Decreto, indica que:

“las Comisiones harán público en su página web, con antelación no inferior a treinta (30) días a la fecha de su expedición, todos los proyectos de resoluciones de carácter general que pretenden adoptar, excepto los relativos a fórmulas tarifarias...”

No obstante lo anterior, el parágrafo del citado artículo 9 permite a cada Comisión establecer las excepciones de publicación en los siguientes términos:

“Cada Comisión definirá y hará públicos los criterios, así como los casos en los cuales las disposiciones contenidas en el presente artículo no serán aplicables a resoluciones de carácter general.”

Así, desde el 2004 las Comisiones de Regulación publican para comentarios sus proyectos de resoluciones por treinta (30) días, excepto los relativos a las fórmulas tarifarias con vigencia de cinco (5) años, para lo cual se ponen a disposición de los usuarios y entidades prestadoras de los servicios, con doce (12) meses de anticipación, únicamente las bases que se tendrán en cuenta para determinar las fórmulas para el período siguiente. Si bien no se someten los proyectos de resolución de tarifas a comentarios del público, luego de su publicación y notificación, se generan espacios para comentarios y consultas públicas a fin de hacer seguimiento a las tarifas establecidas y oír las opiniones que al respecto se tengan, para lo cual se ha establecido un procedimiento específico²⁹.

En desarrollo de lo anterior, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones eximió de la aplicación del artículo 9 del Decreto 2696 de 2004 asuntos tales como: la corrección de efectos negativos de situaciones que amenacen la continua y eficiente prestación de los servicios; o aclaraciones de conceptos o frases; o correcciones de errores, siempre y cuando no incidan en el sentido de la decisión.

1.3. Presidencia de la Republica – 2010

El artículo 10 del Decreto 1345 del 23 de abril de 2010³⁰ (incorporado en el Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015 – Sector Presidencia) establece las directrices de técnica normativa en asuntos sometidos a consideración del Presidente de la República, y prevé que la publicación para comentarios es opcional, salvo ley expresa en contrario. La norma dispuso:

“Cuando de conformidad con la ley, deba someterse a consideración del público la información sobre proyectos específicos de regulación antes de su expedición, a la memoria justificativa³¹ se anexará también la constancia de cumplimiento de esa obligación y se incluirá el resultado de la evaluación de las observaciones ciudadanas que se hubieren presentado.”

1.4. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y Estados Unidos de América - TLC- aprobado mediante Ley 1143 de 2007 (artículo 12.11 del Capítulo XII - sobre Servicios Financieros) se establecen obligaciones que deben adoptarse para la Transparencia y Administración de ciertas medidas, incluyendo que:

“1. Las Partes reconocen que las regulaciones y políticas transparentes que rijan las actividades de instituciones financieras y de proveedores de servicios financieros transfronterizos son importantes para facilitar el acceso y operar en el mercado de otra Parte. Cada Parte se compromete a promover la transparencia regulatoria en servicios financieros.”

(...) cada Parte, en la medida de lo practicable: publicará por anticipado cualquier regulación de aplicación general relativa a materias de éste Capítulo que se propongan adoptar y el propósito de la regulación; y brindará a las personas interesadas y a las Partes una oportunidad razonable para hacer comentarios a las regulaciones propuestas.

Al adoptar regulaciones definitivas, la Parte deberá, en la medida de lo practicable, considerar por escrito comentarios sustantivos recibidos de los interesados con respecto de las regulaciones expuestas.

En la medida de lo practicable, cada Parte deberá dejar transcurrir un plazo razonable entre la publicación de las regulaciones definitivas y su entrada en vigencia. (...)

En cumplimiento de lo anterior, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitió la Circular Externa No. 12 del 10 de abril de 2012 dirigida a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia y al público en general, en la que indica que:

*“(...) [**en la medida de lo practicable:**] a) Publicar por anticipado cualquier regulación de aplicación general relativa a las materias cubiertas en este capítulo³² que se proponga adoptar y el propósito de la regulación; y b) Brindar a todas las personas interesadas y a las partes una oportunidad razonable para hacer comentarios a las regulaciones propuestas en esta materia.”*

Como se observa, no se establecen excepciones para la publicación de comentarios y se deja a discreción de las entidades en la “*medida de lo practicable*”, según las condiciones de transparencia de cada país.

ANEXO 2

Régimen comparado

1. Estados Unidos de América

En Estados Unidos, el equivalente al CPACA colombiano (*Administrative Procedure Act – APA (5 USC §§ 551 -559)*), contiene las reglas y parámetros para la creación de normas, aplicable a todas las entidades federales³³, y establece diferentes metodologías para la creación de normas dentro de las que se encuentra la denominada “*Informal*”, que consiste en el aviso y comentarios (“*notice and comments*”), y busca asegurar la participación del público en el ejercicio regulatorio.³⁴

El artículo §553 establece explícitamente las excepciones generales³⁵ y particulares a la publicación de los proyectos de regulación para comentarios. Las excepciones especiales de no publicación a comentarios incluyen:

- Reglas interpretativas³⁶, declaraciones regulatorias generales, o reglas de organización de la entidad³⁷, o procedimientos o prácticas relacionadas con la administración de la entidad o,³⁸
- Cuando la agencia por *justa causa*³⁹ considere (e incorpore tal consideración y una breve declaración de los motivos por los cuales la norma o regla se emite) que la notificación y procedimiento público es impracticable, es innecesario, o va en contra del interés público.⁴⁰

Esta cláusula general de exclusión ha generado gran actividad litigiosa centrada en la discusión de lo que sería “interpretativo” o “sustancial”, o qué podría ser considerado dentro del marco del “interés general” y “justa causa” para la no publicación a comentarios. En este sentido, la Corte Suprema de Estados Unidos ha planteado los *tests* que se describen en el Anexo 2A de este documento.

2. Alemania

El sistema alemán no tiene normas específicas de publicación para comentarios de los proyectos de regulación. El proceso de consulta está basado en el consenso y en la discreción que se le ha otorgado a los ministerios de establecer cómo se consulta, cuándo se publica una nueva norma y por cuánto tiempo. Cada ministerio o agencia ha interpretado las Normas Conjuntas de Procedimiento⁴¹ de formas diferentes, por lo que los actores o sectores afectados no tienen certeza sobre cómo una consulta será organizada (si ocurre), o los términos aplicables a ésta (si ocurre). En algunas ocasiones cuando se decide llevar a cabo una consulta, se otorgan hasta cuatro (4) semanas, sin embargo, los ministerios deciden los tiempos que se darán dependiendo del alcance y el objetivo de la regulación. De igual forma, la retroalimentación a los comentarios es a discreción de los ministerios.

3. Canadá

Los proyectos de nuevas normas o modificaciones de anteriores normas, que se consideren pueden afectar o afectan los negocios en Canadá, requieren ser publicados para comentarios

en la página web del gobierno -*Regulatory Registry*- por un periodo de mínimo cuarenta y cinco (45) días⁴².

Constituyen excepciones a la publicación de proyectos regulatorios:

- Las situaciones declaradas de emergencia o que requieran la toma de medidas urgentes, tales como: situaciones de orden público, emergencias de salud o ambientales, o desastres, entre otros;
- Las políticas, normas o regulación que sea considerada como financieramente sensible, es decir, si se publica prematuramente (para comentarios) puede afectar a los individuos, negociantes, inversionistas, o al gobierno. Se incluyen en esta categoría las normas relacionadas con el presupuesto o con los impuestos.
- Relacionadas con asuntos privados sujetos a la reserva. Se incluyen en esta categoría aquellos temas que puedan crear una competencia desleal de ventaja.
- Cuando se trate de la implementación de asuntos relacionados con contratos vinculantes.
- Corrección de errores en normas actualmente vigentes.
- Cuando involucre situaciones en las que, como requisito de un requerimiento legislativo, la publicación previa podrá afectar la administración, operación y/o el plan de gobierno.
- Cuando se trate de una modificación que no cambia o afecta materialmente a la norma original.
- Si se considera que se trata de un asunto urgente sin el cual el riesgo material podrá generar mayores efectos negativos a la industria o sectores afectados, o podría poner en riesgo la integridad de los mercados de capital.
- Cuando existe autorización de una autoridad superior para no publicar.

4. España

La obligación de consulta pública se encuentra contenida en la Constitución y en la Ley 50 de 1997. De manera general el artículo 24 de la ley establece que se deberá regular y llevar a cabo una audiencia pública para el desarrollo de instrumentos reglamentarios. Finalizado el proceso de la audiencia pública, será necesario elaborar un comunicado que reúna el resultado de las rondas de la consulta hecha. La administración deberá permitir un tiempo razonable, no menor de quince (15) días, para ello⁴³. Sin embargo, no existe un proceso definido, y se ha permitido que los ministerios y agencias lleven a cabo sus consultas y producción regulatoria de forma autónoma sin una guía común⁴⁴. No obstante lo anterior, la regulación permite que el proceso de consulta se omita cuando existan *razones de interés público*⁴⁵.

En relación con el Banco Central de España⁴⁶, aunque se encuentra sujeto a la integración en el Sistema Europeo de Bancos Centrales⁴⁷ y por lo tanto atado a la ejecución de las políticas monetarias y cambiarias que sobre el euro emita el Banco Central Europeo, el Banco de España mantiene su autonomía y discrecionalidad sobre la ejecución de tales mandatos a nivel nacional. Adicionalmente, la ley expresamente excluye del deber para comentarios las normas relativas al ejercicio de sus funciones misionales y en las funciones básicas de banco central.⁴⁸ Las otras disposiciones no misionales tienen el deber de consulta, como es el caso de las circulares que obliga a que se oiga a los sectores interesados en audiencia.⁴⁹

5. Australia

El proceso de creación normativa se basa en las evaluaciones de impacto regulatorio (*Regulatory Impact Statement – RIS*) para determinar si existe o no una necesidad de regulación⁵⁰. No obstante lo anterior, la publicación es discrecional y se excluyen los asuntos que el Gobierno o el Gabinete han clasificado como confidenciales, tales como la seguridad nacional. En algunos casos, dependiendo del asunto del que trata el proyecto regulatorio, se podrá consultar únicamente a los interesados en un circuito cerrado.⁵¹

6. Chile

Mediante la Ley 20.500 de 2011 sobre *Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública*⁵² se reconoce en el artículo 69, el derecho de las personas a participar en las políticas, planes, programas y acciones del Estado, para lo cual, conforme lo dispuesto en el artículo 70 “[c]ada órgano de la administración del Estado deberá establecer las modalidades formales y específicas de participación que tendrán las personas y organizaciones en el ámbito de su competencia”.

Es de carácter discrecional⁵³ “señalar aquellas materias de interés ciudadano **en que se requiera conocer la opinión de las personas**, en la forma que señale la norma a que alude el artículo 70. La consulta señalada en el inciso anterior deberá ser realizada de manera informada, pluralista y representativa. Las opiniones recogidas serán evaluadas y ponderadas por el órgano respectivo, en la forma que señale la norma de aplicación general.” De manera consecuente el Consejo del Banco Central de Chile decide de manera discrecional qué normatividad está sujeta a comentarios.⁵⁴

7. Brasil

No existe una norma de carácter general que aplique a la publicación de proyectos regulatorios para comentarios del público. La publicación para comentarios que hacen los órganos administrativos es discrecional, así como los plazos para comentarios⁵⁵. Cada entidad⁵⁶ determinará, según su criterio, si hay *un interés general* que se vería más protegido si el proyecto de regulación se publica con anticipación. No obstante lo anterior, existen normas particulares que obligan a la publicación. Adicionalmente, conforme lo establecido en el artículo 33 de la Ley 9.784 de 1999, se podrá establecer otros medios de participación más limitados según se estime pertinente⁵⁷.

8. México

En México la ley de transparencia regula la publicación para comentarios tanto de los proyectos de regulación administrativa como los proyectos de ley.

Con este propósito se creó la COFEMER⁵⁸ que tiene como objetivo evaluar el impacto regulatorio de acuerdo con los comentarios recibidos. Como principio general, todo proceso regulatorio debe ser sometido a comentarios internos de mínimo sesenta (60) días calendario⁵⁹, más noventa (90) días para comentarios del público. Sin embargo, la ley de transparencia y su reglamento⁶⁰, de conformidad con la Ley Federal de Procedimientos Administrativos⁶¹ prevén dos excepciones al proceso de publicación previa: (i) En los casos

que las dependencias y entidades motiven las razones que justifiquen una emergencia, o (ii) aquellas que demuestren que la publicación previa puede comprometer los efectos que se pretenden lograr con la disposición de que se trate (eficacia administrativa).

Los procedimientos desarrollados en México, son vistos por la OCDE como una buena práctica de transparencia.

9. Reino Unido

La determinación de llevar a cabo una consulta pública dependerá de si se puede influenciar el resultado en la toma de decisiones de las autoridades. Si se considera que la consulta pública no generará cambios materiales en la regulación proyectada, la misma no se llevará a comentarios del público. Si se considera que se puede influenciar el resultado, se publicará para comentarios del público junto con la información y documentos de apoyo con un lenguaje común, de forma que se permita el fácil y rápido ejercicio de la participación. Los beneficios que genere la consulta deben ser mayores que los costos que ésta produce, caso por caso, incluyendo los gastos de personal y procedimentales, de forma que se evite fatigar a las autoridades.

La técnica de consulta que se use, dependerá de la identificación de los sectores afectados. La duración aproximada de una consulta al público es de doce (12) semanas, tiempo durante el cual es común llevar a cabo diálogos informales con los sectores afectados por la regulación proyectada.

Si se considera que el contenido de la regulación que se planea emitir va a tener un fuerte impacto en sectores determinados, se tiene la opción de llevar a cabo varias rondas de consulta. Si se hacen varias rondas, cada consulta se hará con menos tiempo con el objeto de permitir una retroalimentación más rápida.

Al final del ejercicio de consulta, la autoridad correspondiente deberá preparar un resumen del perfil de los participantes y una retroalimentación de los aportes recibidos. Dicho informe debe incluir además una descripción de los intereses que representa cada uno de los participantes y la forma en la que hizo el aporte.

ANEXO 2A
Estados Unidos de América
TESTS

A. *Legal Effect Test*: busca determinar si se trata de una norma interpretativa o si tiene fuerza de ley y es vinculante. Para lo anterior se deben considerar la base que llevó a la toma de ciertas decisiones, asegurar que el lenguaje sea claro y no requiera de ninguna interpretación o aclaración, y cuál sería el impacto que se tienen dentro de los grupos afectados.

- Si la norma que está explicando el lenguaje o contenido de una anterior sin modificar la sustancia de la original, será tomada como una norma de interpretación que no requiere ser publicada para comentarios.
- Si la norma está haciendo una explicación y a la vez cierra vacíos legales (i.e. estándares de conducta, creación de excepciones o creación de nuevas estructuras reglamentarias), se considera como una norma que tiene carácter vinculante y por lo tanto debe publicarse para comentarios.
- Si la norma original fue muy vaga y oscura en su contenido, la norma que la explica será considerada de carácter vinculante y por lo tanto debe publicarse para comentarios.
- Si la norma original fue detallada, las normas que la explican son interpretativas y por lo tanto no tendrán que ser publicadas para comentarios.
- Si se están ejerciendo poderes específicos, podrá ser tomada de carácter vinculante y por lo tanto debe publicarse para comentarios.
- Si se están ejerciendo poderes generales, podrá ser tomada como interpretativa y por lo tanto no tendrá que ser publicada para comentarios.
- Los cambios que se hacen a normas de carácter vinculante, se tomarán por lo tanto como de carácter vinculante y por lo tanto tendrá que ser publicada para comentarios.
- Si no hay una modificación, y la nueva norma es consistente con la anterior, y existe duda sobre si se tiene una modificación, una explicación, aclaración o interpretación, se recomienda deferir a la interpretación que al respecto ha dado la autoridad correspondiente. Sin embargo, si la segunda norma que desarrolla una inicial es consistente con ésta, se tomará como interpretativa y sustancialmente válida, por lo tanto no tendrá que ser publicada para comentarios.

B. *Definitiveness Test*: tiene como objetivo determinar si la norma que se adopta responde a un poder discrecional que no requiere que se invite al público general para dar sus comentarios a ciertos proyectos normativos. Si la norma responde a una discrecionalidad definitiva, se tendrá como una norma con efectos vinculantes. Si por el contrario, el poder discrecional es limitado, se podrá tomar como una norma interpretativa.

C. *Sustancial Impact Test*: para los casos críticos en donde la línea para diferenciar si una norma es vinculante o es interpretativa, es muy delgada, se procederá a considerar lo siguiente:

- Si la norma tiene un impacto sustancial en el sector afectado, tendrá que ser publicada para comentarios.

Este *test* permite determinar si los factores que llevan a la adopción de una norma, son netamente procedimentales (aclaraciones o explicaciones) o si puede corresponder a una excepción de buena causa. Es por lo tanto necesario determinar el grado de impacto que la norma tendrá, pero es un juicio que depende de conclusiones basadas en impresiones o intuiciones, y por lo tanto sujetas a ser imprecisas.

ANEXO 3

Evaluación de la OCDE – Departamento Nacional de Planeación.

El estudio sobre la política regulatoria en Colombia realizado por la OCDE⁶² en 2014 señala que el gobierno colombiano ha tomado diferentes iniciativas para que la administración sea más transparente y se impulse el intercambio de información. Los estudios y reportes de la OCDE insisten en la adopción, en primera instancia, de políticas de transparencia, y en segunda instancia, de políticas de consulta pública que permita la participación ciudadana en la producción regulatoria.

La publicación para comentarios, antes de la adopción final de una norma, tiene varios beneficios cuando su procedimiento es claro y coherente con las facultades y funciones que tiene una autoridad, pues: promueve los valores democráticos y la responsabilidad y respuesta de las autoridades sobre la regulación que produce; estimula al público que participa de los comentarios a llevar a cabo investigaciones o estudios que puedan servir como una fuente de información de bajo costo para las autoridades, provee de más alternativas y factores para considerar a los reguladores; permite la consideración de algunos problemas prácticos que podrían resultar después de la entrada en vigencia de una norma; y abre espacios de colaboración.

Sin perjuicio de los beneficios que la consulta pública tiene, la OCDE ha advertido sobre los costos que dicha práctica genera y que se deben considerar en cada caso, dado que la publicación para comentarios, el análisis de los mismos y los procedimientos siguientes de producción regulatoria, conllevan a mayores tiempos en investigación, pérdida de inmediatez⁶³, incremento de posibles conflictos con los regulados, y puede requerir más instancias de revisión.

En relación con la regulación colombiana advierte que: *“no existe un procedimiento único o unificado para elaborar regulaciones que se aplique de manera generalizada a toda la administración colombiana”,* y que *“el código deja a discreción de las instituciones la forma y los medios para realizar consultas públicas. En consecuencia, en Colombia no hay homogeneidad en la manera en que se realizan las consultas públicas, lo cual contrasta marcadamente con la experiencia internacional. Por ejemplo, en Estados Unidos la técnica “aviso y comentario” ejemplifica un proceso dirigido centralmente, obligatorio, sencillo y riguroso.”*

ANEXO 4
Análisis de Impacto Regulatorio
“AIR”

(Basado en la Guía Metodológica de Análisis de Impacto Normativo⁶⁴)

Como resultado del programa piloto desarrollado entre el DNP y la OCDE para la implementación del AIR en Colombia, y considerando las experiencias internacionales de implementación del AIR en países de la OCDE, el DNP preparó la Guía Metodológica de Análisis de Impacto Normativo que pretende “*ser un manual para que los reguladores de cualquier sector tengan unos lineamientos detallados para aplicar la herramienta y se les facilite el uso del AIR (...) usando buenas prácticas internacionales y la experiencia acumulada de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en la materia*”. La Guía se encuentra disponible en:

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Empresarial/Gu%C3%ADa%20Metodol%C3%B3gica%20de%20An%C3%A1lisis%20de%20Impacto%20Normativo.pdf>

La metodología del AIR propuesta por el DNP considera las siguientes etapas y criterios:

a. Identificación del Problema:

- i. ¿Cuál es el problema a resolver?
- ii. ¿Cuál es la magnitud del problema?
- iii. ¿Quiénes son los directa, indirecta o potencialmente afectados?
 1. Afectados directos o actores.
 2. Especialistas en el tema que quieran hacer aportes, o a quienes se les requiera su concepto especializado.
 3. Grupos adversos que se encuentran en desacuerdo con la regulación correspondiente.

Una vez identificados los sectores afectados, se deberá determinar cuáles sectores apoyan la nueva regulación o reforma, y qué tanta influencia tienen en su mercado.

iv. La regulación debe ser consistente con la ley vigente.

v. La regulación debe identificar la naturaleza e importancia del problema.

b. Objetivos:

- i. ¿Qué se pretende lograr con la intervención? ¿O con la regulación?
- ii. ¿Cuáles son los resultados esperados?
- iii. Es necesario desarrollar indicadores para evaluar las necesidades regulatorias.

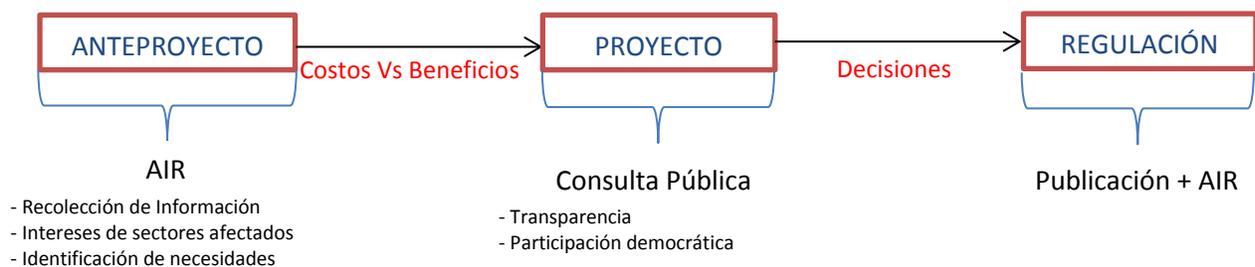
c. Opciones: en cada una de las oportunidades de regulación es necesario analizar la totalidad de las opciones que tiene el regulador para solucionar o responder tal circunstancia. Podría ser:

- i. Regulación
- ii. Acuerdos con los actores
- iii. Autorregulación

La opción seleccionada debe maximizar los beneficios.

- d. Análisis:
- i. ¿Qué impacto puede haber en los sectores? Determinar si hay algún impacto con la regulación que se plantea en ciertos sectores. Esta determinación requiere de la recolección de evidencia e información suficiente.
 - ii. ¿Quién paga?
 1. Costos administrativos
 2. Costos a los actores afectados
 - iii. ¿Quién se beneficia?
 - iv. ¿Cuáles son los costos y beneficios de cada una de las opciones identificadas?
 - v. Se deben identificar y evaluar las alternativas para resolver el problema
 - vi. Se deben evaluar los costos y beneficios de cada alternativa
- e. Conclusión: ¿cuál es la mejor opción?
- f. Implementación y monitoreo:
- i. ¿Qué se requiere para la implementación?
 - ii. ¿Es necesaria una etapa de transición?
 - iii. ¿Se deberán imponer sanciones por incumplimiento?

Si se toma la decisión de regular, se cumplirán las siguientes etapas:



Se debe mantener el registro, evidencia y archivo de la totalidad de la información que se reciba o produzca en todas las etapas y usualmente, según las prácticas de otros países, se consulta durante todo el proceso con la autoridad presupuestal para mantener bajo control los gastos y costos del proyecto regulatorio.

ANEXO 5

Grupos de Trabajo con el DNP

Desde mediados de 2015, la Secretaría de la Junta Directiva ha adelantado labores conjuntas con el Departamento Nacional de Planeación (DNP) para establecer las excepciones que podrían ser aplicables al numeral 8 del artículo 8 del CPACA, y establecer las condiciones de implementación del AIR. En principio hay consenso en el sentido que son necesarias excepciones al régimen general de publicación para comentarios las cuales pueden estar atadas a las excepciones que establece la Ley Estatutaria de Transparencia (LET). Como opción a la publicación de los proyectos específicos de regulación para comentarios, se ha planteado además la generación de un *test* simple que permita determinar si un asunto debe publicarse para comentarios o no.

Para los temas regulatorios que sean susceptibles de publicación para comentarios, se ha discutido el establecimiento de plazos y condiciones razonables de publicación.

Este grupo ha sostenido reuniones con la Presidencia de la República, el Ministerio de Justicia y funcionarios de la OCDE, y se busca seguir avanzando con la participación además, de la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC).

De forma paralela a las discusiones del Grupo de Trabajo, DNP adelantó ,en conjunto con la Presidencia de la República, la consulta presentada por el Ministerio de Justicia y del Derecho ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sobre las posibles excepciones al numeral 8 del artículo 8 del CPACA, y específicamente:

1. *¿Es viable en virtud de los artículos 4 de la ley 489 de 1998 y 3 de la Ley 1437 de 2011 desarrollar parámetros que permitan la efectiva participación de los ciudadanos o grupos de interesados, en el proceso de elaboración de normas de carácter reglamentario y regulatorio?*
2. *¿En qué casos y bajo qué condiciones los actos de carácter reglamentario expedidos bajo la potestad concedida por el artículo 189.11 constitucional al Presidente de la República tienen a su vez un carácter regulatorio?*
3. *¿Qué debe entenderse como “proyectos específicos de regulación”?*
4. *¿El deber de suministrar al público información completa y actualizada de que trata el numeral 8 del artículo 8 de la Ley 1437 de 2011 hace referencia exclusiva a las normas expedidas por las autoridades competentes en ejercicio de la potestad regulatoria?*
5. *¿El deber de que trata el artículo en mención se aplica también en relación a las normas que tengan una vocación reglamentaria expedida en virtud de la potestad concedida en el artículo 189.11 constitucional?*
6. *¿El plazo ordenado por el numeral 8 del artículo 8 de la Ley 1437 de 2011 podrá ser establecido por el Presidente de la República como suprema autoridad administrativa?*

Las respuestas dadas por el Consejo de Estado a las consultas planteadas, fueron incorporadas al Decreto 270 de 2017.

ANEXO 6

Corte Constitucional en la sentencia C-150 de 2003

La Corte Constitucional en la sentencia C-150 de 2003⁶⁵ ha señalado el marco institucional de la función de regulación:

- i. La función estatal de regulación es ejercida por una autoridad específicamente creada y concebida para fijar y ajustar de manera continua las reglas de juego a las cuales debe sujetarse una actividad determinada dentro de un sector socio-económico.
- ii. La actividad determinada sujeta a regulación, reviste una especial trascendencia en cuanto compromete el desarrollo del mercado en un ámbito donde, en mayor o menor medida, está envuelto el goce efectivo de los derechos de las personas y donde se juzga necesario adoptar medidas de protección social y de corrección de las fallas del respectivo mercado.
- iii. La autoridad reguladora dispone de instrumentos de regulación peculiares para el cumplimiento de su misión específica los cuales pueden ser de la más diversa naturaleza según el problema que ésta deba abordar, puesto que tales instrumentos van desde la mera recepción y divulgación de información (medida de comunicación), pasando por la intervención en los precios (medida económica) hasta la adopción de normas y la imposición de sanciones a quienes las infrinjan (medidas jurídicas).
- iv. La función de regulación es usualmente confiada a órganos con un mayor grado de independencia que el que tienen las entidades administrativas preexistentes en el respectivo país sometido a controles jerárquicos o de tutela. No obstante, esta mayor independencia no sustrae a las autoridades de regulación de los controles característicos de un Estado democrático de derecho puesto que sus actos pueden ser revisables por los jueces, sus decisiones son objeto de debate político y legislativo en el Congreso o Parlamento correspondiente, el jefe del ejecutivo dispone de medios diversos para incidir, así sea en algunos casos de manera general y mediata, en la orientación de dichas autoridades y sus integrantes y resoluciones están sujetas al escrutinio de los ciudadanos.
- v. La función de regulación está fundada en la necesidad de encontrar y mantener un equilibrio entre intereses legítimos contrapuestos en contextos socio-económicos de gran dinamismo de tal forma que, a pesar de los cambios frecuentes y acelerados que se presenten, el Estado disponga de instrumentos para orientar sostenidamente las actividades socio-económicas reguladas hacia los fines de interés general señalados por el constituyente y el legislador.

Así mismo la Corte opinó que “(...) la noción jurídica de regulación es, ciertamente, un poco flexible. Sin embargo, incluye necesariamente varios elementos: la regulación supone la imposición de un marco normativo a ciertas actividades, con el fin de que éstas respeten un equilibrio entre los intereses de las diferentes fuerzas sociales presentes, los derechos de los ciudadanos y el interés general. Este marco normativo está compuesto de decisiones con efectos generales, las cuales constituyen las reglas de juego, cuya aplicación puede ser objeto por ejemplo, a sanciones de controles y controversias que den lugar a decisiones con efectos individuales.”⁶⁶

ANEXO 7

Publicación de Proyectos de Regulación

Si se identifican necesidades o mejoras que requieran regulación se procederá como sigue:

Resoluciones:

1. Preparar el proyecto de regulación y el documento de trabajo que lo acompaña en el que se incluya la recomendación sobre si, a su criterio, debe publicarse para comentarios del público, y la propuesta del tiempo de publicación. Lo anterior estará a cargo del área de la Subgerencia que atiende la materia o de la Secretaría de la Junta Directiva, según se estime pertinente. La Secretaría de la Junta Directiva elaborará el proyecto de la Resolución.

Los tiempos de publicación serán determinados por Subgerencia de la materia, o en su ausencia, por el Gerente del área correspondiente, en coordinación con el Secretario de la Junta Directiva. Para lo anterior se tendrán en cuenta criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y se considerará el interés general, el número de artículos del proyecto, la naturaleza de los grupos interesados y la complejidad de la materia regulada. En todo caso, los tiempos de publicación no podrán ser mayores a quince (15) días calendario, ni menores a tres (3) días calendario contados a partir del día siguiente a su publicación. Según se estime necesario o pertinente, se podrá publicar más de una vez un mismo tema de regulación.

Si el proyecto de regulación se acoge a las excepciones establecidas para la publicación para comentarios, se incluirá en el documento de trabajo una explicación sucinta al respecto y se hará la indicación correspondiente junto con la publicación de la regulación, para lo cual se sugiere incorporar un texto como el siguiente, sin perjuicio de que se considere una fundamentación más detallada:

“De conformidad con lo establecido en el literal h) del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014 y el artículo 2.1.1.2.1.6. del Decreto 1081 de 2015, y en concordancia con el artículo 2.1.2.1.24. del Decreto 1081 de 2015 adicionado por el Decreto 270 de 2017, no se publicará para comentarios del público la regulación que de acuerdo con su contenido deba permanecer en reserva hasta su entrada en vigencia a fin de evitar que se afecte la estabilidad de la economía o los mercados, la eficacia de la política macroeconómica y financiera o el cumplimiento de las funciones de las entidades que tienen a su cargo el diseño y la implementación de estas políticas, así como aquella regulación que esté relacionada con las labores de supervisión necesarias para garantizar la estabilidad del sistema financiero y la confianza del público en el mismo.”

2. La Secretaría de la Junta Directiva efectuará la publicación del proyecto en la página web del Banco de la República, en el espacio que ha sido creado para el efecto.

Para efectos de la publicación se considerará la guía de publicación del Anexo 7A.

3. La Secretaría de la Junta Directiva recibirá los comentarios para su estudio y análisis, y hará los cambios que estime pertinentes al proyecto de resolución. Ninguno de los comentarios y/o sugerencias que se reciban en ejecución de éste procedimiento, será vinculante.
4. Hechos los cambios al proyecto (según aplique), si la Subgerencia o el Secretario de la Junta Directiva lo estiman pertinente y atendiendo la relevancia o materialidad de los cambios, éste será presentado nuevamente al Comité Técnico para su revisión o será remitido a sus miembros; y luego será presentado a la Junta Directiva para su revisión, estudio y decisiones pertinentes. Si al proyecto no se le hacen cambios o los cambios hechos no son relevantes o materiales, la Subgerencia correspondiente o el Secretario de la Junta Directiva presentarán el proyecto y la información en la que se fundamenta al Comité de Coordinación para que sea agendado para Junta Directiva.
5. La resolución de la Junta Directiva será publicada en la página web del Banco de la República. En los fundamentos legales de la resolución se indicará el cumplimiento del requisito de publicación para comentarios.

Circulares Reglamentarias Externas:

1. Preparar el proyecto de regulación y el documento de trabajo que lo acompaña en el que se incluya la recomendación sobre si, a su criterio, debe publicarse para comentarios del público, y la propuesta del tiempo de publicación. Lo anterior estará a cargo de las áreas correspondientes de la Subgerencia de la materia, o de la Secretaría de la Junta Directiva, según se estime pertinente. El área correspondiente de la Subgerencia elaborará el proyecto de Circular y obtendrá el visto bueno de la Secretaría de la Junta Directiva.

Los tiempos de publicación serán determinados por la Subgerencia de la materia, o en su ausencia, por el Gerente del área correspondiente, en coordinación con el Secretario de la Junta Directiva. Para lo anterior se tendrán en cuenta criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y se considerará el interés general, el número de artículos del proyecto, la naturaleza de los grupos interesados y la complejidad de la materia regulada. En todo caso, los tiempos de publicación no podrán ser mayores a quince (15) días calendario, ni menores a tres (3) días calendario contados a partir del día siguiente a su publicación. Según se estime necesario o pertinente, se podrá publicar más de una vez un mismo tema de regulación.

Si el proyecto de regulación se acoge a las excepciones establecidas para la publicación para comentarios, se incluirá en el documento de trabajo una explicación sucinta al respecto y se hará la indicación correspondiente junto con la publicación de la regulación, para lo cual se sugiere incorporar un texto como el siguiente, sin perjuicio de que se considere una fundamentación más detallada:

“De conformidad con lo establecido en el literal h) del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014 y el artículo 2.1.1.2.1.6. del Decreto 1081 de 2015, y en concordancia con el artículo 2.1.2.1.24. del Decreto 1081 de 2015 adicionado por el Decreto 270 de 2017, no se publicará para comentarios del público la regulación que de acuerdo con su

contenido deba permanecer en reserva hasta su entrada en vigencia a fin de evitar que se afecte la estabilidad de la economía o los mercados, la eficacia de la política macroeconómica y financiera o el cumplimiento de las funciones de las entidades que tienen a su cargo el diseño y la implementación de estas políticas, así como aquella regulación que esté relacionada con las labores de supervisión necesarias para garantizar la estabilidad del sistema financiero y la confianza del público en el mismo.”

2. El área de la Subgerencia de la materia efectuará la publicación del proyecto en la página web del Banco en el espacio creado para este objetivo, previo visto bueno de la Secretaría de la Junta Directiva del Banco.

Para efectos de la publicación se considerará la guía de publicación del Anexo 7A.

3. El área de la Subgerencia de la materia recibirá los comentarios en el plazo para ello establecido y debidamente informado, para su estudio y análisis, y hará los cambios que estime pertinentes al proyecto de Circular (si aplica). Ninguno de los comentarios y/o sugerencias que se reciban en ejecución de este procedimiento, será vinculante.
4. Hechos los cambios al proyecto (según aplica), si la Subgerencia o el Secretario de la Junta Directiva lo estiman pertinente y atendiendo la relevancia o materialidad de los cambios, el proyecto podrá ser presentado al Comité Técnico para su revisión o será remitido a sus miembros. Si al proyecto no se le hacen cambios o los cambios hechos no son relevantes o materiales, se procederá a expedir la Circular Reglamentaria Externa correspondiente, la cual será publicada en la página web del Banco, previa aprobación de la Secretaría de la Junta Directiva.

En la Circular Reglamentaria Externa se indicará el cumplimiento del requisito de publicación para comentarios. Esta indicación se podrá hacer en la hoja de presentación (Hoja- 00) o en su contenido.

Informe de Resultados:

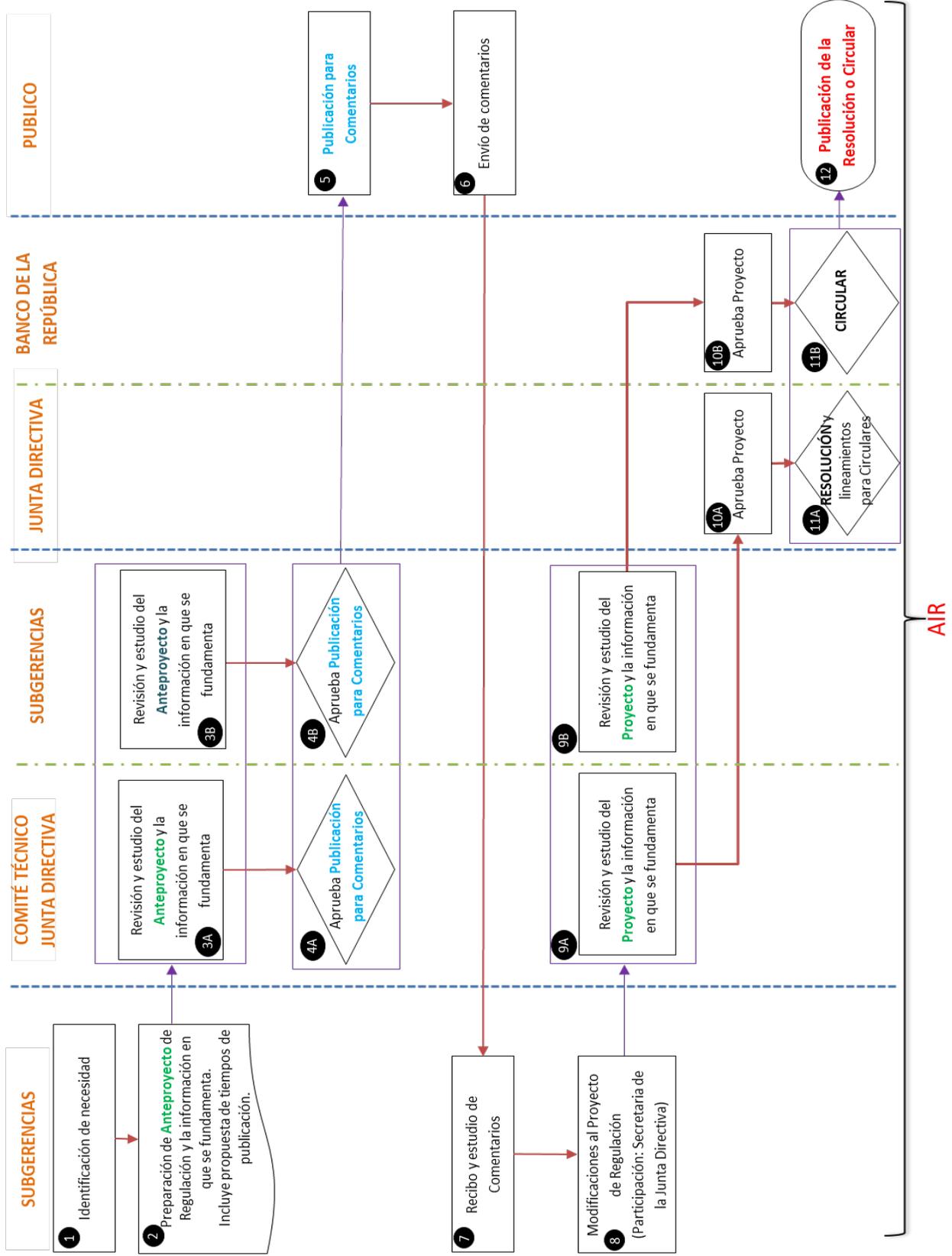
Los equipos técnicos prepararan un informe de los comentarios recibidos e incluirán sus recomendaciones al respecto.

El Informe de Resultados estará sujeto a reserva por contener opiniones de los equipos técnicos – Literal k) del artículo 6 y parágrafo del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014.

Los documentos de trabajo se mantendrán bajo reserva conforme a lo establecido en el literal k) del artículo 6 y el parágrafo del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014, y conforme a lo establecido en la Circular Reglamentaria Externa DGD-350, Anexo 1 Numeral 1.

Toda la información personal que acompañe los comentarios que se reciban estará sujeta a la protección que le otorga la Ley 1581 de 2012.

Flujograma Procedimiento de Publicación - Proyectos de Regulación



ANEXO 7A
Proyecto de regulación - Publicación para Comentarios

La publicación para comentarios de los proyectos de regulación y la información en la que se fundamentan, de acuerdo con lo establecido en el numeral 8 del artículo 8 del CPACA, se efectuará en la página Web del Banco de la República. A continuación se describe una guía de publicación:

Documento del proyecto de regulación:

a. Primera página:

i. Encabezado con:

1. Logo del Banco de la República en la parte superior izquierda.
2. Título: “Proyecto de Regulación – Publicación para Comentarios”
3. Subtítulo: nombre del proyecto de regulación. Por ejemplo: “Modificación a la Circular XXX”
4. Identificación del proyecto por Dependencias (Por ejemplo: PR – DODM-01). Cada área asigna su propia numeración.

ii. El siguiente texto:

De acuerdo con el numeral 8. del artículo 8o. del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se publica para comentarios el Proyecto de Regulación [colocar subtítulo], por un término de [____] días calendario contados a partir del día siguiente a la fecha de su publicación.

Fecha de publicación: _____.

Fecha límite: _____.

En cumplimiento de lo establecido en la Ley 1581 de 2012, por medio de la cual se dictan las disposiciones generales para la protección de datos personales, y el Decreto 1377 de 2013 que la reglamenta parcialmente, incorporado en el Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, la información que sea proporcionada al Banco de la República estará protegida por la política de tratamiento de datos personales disponible en <http://www.banrep.gov.co/proteccion-datos-personales> en la sección “Protección de Datos Personales – Habeas Data”.

iii. Objetivo y justificación del Proyecto de Regulación: Descripción del proyecto de regulación, incluyendo la información en la que se fundamente.

iv. Fundamento legal: indicación de las normas que facultan la expedición del acto.

b. Segunda página:

i. Texto del proyecto de regulación.

ANEXO 7B
Proyecto de regulación - Presentación de Comentarios

En la página Web del Banco de la República, en el portal de publicación creado para este objetivo, se incluirá una sección para la presentación de comentarios de los participantes a los proyectos de regulación que se publiquen para comentarios. Esta sección podrá incluir la siguiente información:

1. Identificación del participante. La persona que participa deberá informar sobre:
 - a. Identificación: nombre y apellido, cédula y domicilio.
 - b. Calidad en la que participa: persona natural o en representación de una entidad.
 - i. Si actúa en representación de una entidad, deberá indicar:
 1. Razón social y actividad principal.
 2. Tipo de entidad: pública o privada.
 3. Sector al que pertenece.
 4. Cargo de la persona que participa, al interior de la entidad.
 5. Domicilio de la entidad.
 - ii. Autorización para el tratamiento de datos personales, incluyendo aceptación para la publicación de los comentarios.
2. Espacio para comentarios.
3. Envío de información adicional: archivo adjunto en formato Office o PDF. El archivo se debe denominar de la siguiente forma:
BANREP_NOMBREDEQUIENLOENVÍA_COMENTARIOS_IDENTIFICACIÓNDELPROYECTODEREGULACIÓN_NOMBREDELDOCUMENTO

Por ejemplo:

BANREP_EMPRESAS.A._COMENTARIOS_PROYECTOSWAPS_INVESTIGACIÓN

NOTAS AL FINAL

¹ Artículos 18 y 19 del Decreto 01 de 1984

² Artículo 12.11.3 del Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y Estados Unidos de América.

³ La Ley 1437 de 2011³ (derogó el Decreto 01 de 1984 a partir del 2 de julio de 2012) entró en vigencia el 2 de julio de 2012.

⁴ Proyecto radicado por el Ministerio de Justicia y del Derecho el 27 de noviembre de 2009, discutido por comisión redactora convocada por D. 4820 de 2007 y aprobado el 30 de noviembre de 2010. La Corte Constitucional mediante C-818 de 2011 declaró inconstitucional el Título II (art. 13 a 33) relativo al derecho de petición en consideración a que este título regula un derecho fundamental y no puede ser tramitado como una ley ordinaria sino en los términos y condiciones de ley estatutaria, de manera que el proyecto debe ser aprobado en una sola legislatura de conformidad con el literal a. del art. 152 de la CP y no en dos legislaturas como ocurrió con el trámite de la ley.

Modificada por la Ley 1450 de 2011, publicada en el Diario Oficial No. 48.102 de 16 de junio de 2011, 'Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014

Modificada por la Ley 1564 de 2012, publicada en el Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012, 'Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.'

Modificada por la Ley 1755 de 2015, 'por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo', publicada en el Diario Oficial No. 49.559 de 30 de junio de 2015.

⁵ La reserva legal se levanta mediante el Oficio No. 0025492 del 19 de septiembre de 2016.

⁶ En el Libro 2, Parte 1, Título 1, Capítulo 1 del Decreto Reglamentario Único 1081 de 2015 se incorporó el Decreto 103 de 2015. (ver artículos 2.1.1.4.2.2. y subsiguientes).

⁷ Anterior artículo 28 del Decreto 103 de 2015

⁸ World Bank Guidelines on Treatment of Foreign Direct (1992) Investment stipulate in their article III(2) that "each State will extend to investments established in its territory by nationals of any other State fair and equitable treatment according to standards recommended in the guidelines". https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf

⁹ Article 22 of the Economic Agreement of Bogotá. Adequate safeguards for foreign investors. "Foreign capital shall receive equitable treatment. The states therefore agree not to take unjustified, unreasonable or discriminatory measures that would impair the legally acquired rights or interests of nationals of other countries in the enterprises, capital skills, arts or technology they have supplied." https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf

¹⁰ Sentencia C- 150 del 25 de febrero de 2003. Expediente D 4194. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

¹¹ Guía para la Racionalización de Trámites. Departamento Administrativo de la Función Pública. La "intervención gubernamental por medio de una política pública (puede ser una norma, ley, control de precios), con el fin de garantizar los fines y recursos Estatales y el funcionamiento eficiente de los mercados, generar certeza jurídica, garantizar derechos de propiedad, evitar daños inminentes o bien atenuar o eliminar daños existentes a la salud o bienestar de la población, al medio ambiente, a los recursos naturales o a la economía, entre otros."

¹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Edgar González López. 14 de septiembre de 2016. Número Único: 2291. Rad: 11001-03-06-000-2016-00066-00. Referencia: Alcance del artículo 8, numeral 8, de la Ley 1437 de 2011. Regulación.

¹³ Guía para la Racionalización de Trámites. Departamento Administrativo de la Función Pública

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala. 27 de noviembre de 2014, Rad: 05001-23-33-000-2012-00533-01

¹⁵ <https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/506911/1591.pdf/551abe6c-3453-4b57-8fa3-3f7b6b0975af>

¹⁶ <http://portal.dafp.gov.co/portal/page/portal/home/ServicioCiudadano/Glosario?letra=S>

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala. 27 de noviembre de 2014, Rad: 05001-23-33-000-2012-00533-01

¹⁸ La Junta Directiva del Banco de la República en ejecución del mandato constitucional que se le ha dado como autoridad autónoma monetaria, cambiaria y crediticia, emite resoluciones en las que establece la regulación respecto de la moneda, los cambios internacionales y el crédito, las políticas de inflación en coordinación con una política económica general, y desarrolla las estrategias de ejecución de las políticas monetaria, cambiaria y crediticia, entre otras, con el objetivo de contribuir en la preservación de la estabilidad macroeconómica y financiera y cumplir con las metas de inflación.

¹⁹ OCDE (2014) *Estudio de la OCDE sobre la Política Regulatoria en Colombia. Más allá de la simplificación administrativa*. OCDE Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264201965-es>

²⁰ http://estrategia.gobiernoenlinea.gov.co/623/articulos-8240_Guia_Racionalizacion.pdf

²¹ <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Empresarial/Gu%C3%ADa%20Metodol%C3%B3gica%20de%20An%C3%A1lisis%20de%20Impacto%20Normativo.pdf>

²² OECD (2009), *Regulatory Impact Analysis – A Tool for Policy Coherence*, Paris, OECD Publishing <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ria-tool-for-policy-coherence.htm>

²³ http://www.cofemer.gob.mx/presentaciones/Espa%F1ol_Vol%20I.%20Metodos%20y%20Metodologias_FINAL.pdf

²⁴ Sentencia C-274 de 2013 Expediente PE-036. Magistrada sustanciadora: María Victoria Calle Correa

²⁵ Sentencia C-150 del 25 de febrero de 2003. Expediente D 4194. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

²⁶ Artículo 52. Régimen Contractual. Las operaciones de crédito, descuento y redescuento deberán documentarse en títulos valores y, en su caso, contarán siempre con la responsabilidad de la institución descontada o redescontada. Para tal efecto el endoso en propiedad al Banco de la República de los títulos descontados o redescontados, no extingue las obligaciones a cargo del establecimiento de crédito.

El Banco de la República no podrá autorizar descubiertos en ninguna forma ni conceder créditos rotatorios ni de cuantía indeterminada. Además de lo dispuesto en este artículo, los contratos de descuento y de redescuento que se celebren con el Banco de la República se regirán por las normas que expida la Junta Directiva y en lo no previsto por ellas, por el Código de Comercio.

Los contratos que celebre el Banco con cualquier entidad pública tienen el carácter de interadministrativos y solo requerirán para su validez la firma de las partes y el registro presupuestal a cargo de la entidad contratista.

Los demás contratos de cualquier índole que celebre el Banco de la República se someterán al derecho privado. (...)

²⁷ Por la cual se crea el sistema de gestión de la calidad en la Rama Ejecutiva del Poder Público y en otras entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Reglamentada por el Decreto nacional 4110 de 2004, modificado por el Decreto Nacional 4485 de 2009, y reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 4295 de 2007.

²⁸ Modificado por el Decreto Nacional 4485 de 2009.

²⁹ Artículo 11 Decreto 2696 de 2004.

³⁰ Incorporado al Decreto 1081 de 2015 Reglamentario Único del sector Presidencia de la República artículo 2.1.2.1.14.

³¹ Artículo 2.1.2.1.6. del Decreto 1081 de 2015 – Memoria Justificativa. “*Los proyectos de decreto y resolución proyectados para la firma del Presidente de la República deberán remitirse con la firma del ministro o director del departamento administrativo correspondientes a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, acompañados de una memoria justificativa que contenga: 1. Los antecedentes y las razones de oportunidad y conveniencia que justifican su expedición; 2. El ámbito de aplicación del respectivo acto y los sujetos a quienes va dirigido; 3. La viabilidad jurídica, que deberá contar con el visto bueno de la oficina jurídica de la entidad o la dependencia haga sus veces; 4. El impacto económico, si es el caso, el cual deberá señalar el costo o ahorro de implementación del respectivo acto; 5. La disponibilidad presupuestal, si fuere el caso; 6. De ser necesario, el impacto medioambiental o sobre el patrimonio cultural de la Nación; 7. 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 presente Decreto, cuando haya lugar a ello; 8. Cualquier otro aspecto que la entidad remitente considere relevante o de importancia para la adopción de la decisión. (...)*”

³² Artículo 12.11.3 del Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y Estados Unidos de América.

³³ Actualmente, las agencias o entidades que más volumen de regulación producen, tales como: *Securities Exchange Commission (SEC)*, *Federal Reserve (FED)*, *Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC)*, o *Federal Communications Commission (FCC)*, publican sus proyectos en su propia página web distintas a la centralizada que utilizan las demás autoridades.

³⁴ Esta metodología comprende la publicación de los proyectos para comentarios en una central que maneja el gobierno federal para éste objetivo, para así dar una oportunidad adecuada para recibir datos, visiones o argumentos que puedan aportar a la regulación. En adición a la metodología *Informal*, que es la más comúnmente usada, utilizan las siguientes metodologías alternativas: a) “*Formal*” que consiste en una oportunidad oral mediante audiencias (§556); b) “*Híbrida*” que sigue los procedimientos que el Congreso le haya señalado a la autoridad correspondiente (§557); c) “*Directa Final*” mediante la que la autoridad regulatoria publica para comentarios el proyecto de regulación en el repositorio del *Federal Register* indicando que la regulación correspondiente entrará en vigencia como versión final a partir de cierta fecha, salvo que se reciba un comentario sustancial adverso al respecto durante el periodo otorgado para tal propósito. Si se recibe algún comentario, la norma seguirá las condiciones de la metodología *Informal*; d) “*Negociada*” que consiste en la negociación y discusión previa de la regulación con los grupos afectados, con el objetivo de aumentar la eficiencia administrativa y las posibilidades de que sea rápidamente aceptado (§563-566).

³⁵ Cuando se trata de asuntos militares o internacionales; o cuando se trata de asuntos relacionados con la administración, personal, propiedad pública, préstamos, beneficios o contratos de las autoridades.

³⁶ Cuando se trata de normas interpretativas o declaraciones regulatorias, estas no tendrán fuerza de ley, pero permiten a las entidades desempeñar de forma eficiente actividades rutinarias, o guiar al público sobre asuntos ambiguos, o simplemente declarar lo que la entidad ha interpretado sobre los términos de la regulación emitida.

³⁷ Cuando se trata de excepciones procedimentales (procedural rules) relacionadas con la administración de la correspondiente entidad, se debe determinar si hay un impacto sustancial con la aplicación de la norma propuesta. Si hay un impacto sustancial se deberá utilizar el mecanismo de Aviso y Comentario.

³⁸ “*to interpretative rules, general statements of policy, or rules of agency organization, procedure, or practice; or*”

³⁹ Cuando se trate de una buena razón, no será necesario seguir el proceso de Aviso y Comentarios y tendrán efectos vinculantes, pues se entiende que no es práctico, no es necesario, o es contrario al interés general. Lo anterior no implica que la entidad no pueda recibir comentarios y observaciones a las normas emitidas después de que estas han entrado en vigor.

⁴⁰ “*when the agency for good cause finds (and incorporates the finding and a brief statement of reasons therefore in the rules issued) that notice and public procedure thereon are impracticable, unnecessary, or contrary to the public interest.*”

⁴¹ Las Normas Conjuntas de Procedimiento en adición a buscar que las autoridades utilicen un lenguaje común que sea comprensible y correcto, con el objetivo de evitar ambigüedades sobre los términos y la necesidad de generar legislación o regulación adicional que sea aclaratoria., establece que los Ministerios deberán consultar de forma temprana y extensiva durante toda el proceso de producción regulatoria, con los grupos de actores afectados. Sin embargo, esta consulta es a discreción de los ministerios. En una etapa temprana del proceso de proyección de una regulación, se lleva a cabo una pre-consulta informal, en la que se pueden hacer negociaciones con actores clave, y cuyo objetivo central es lograr el consenso de las autoridades y los sectores afectados. Este proceso no se caracteriza por ser transparente, la OCDE se refiere a él como la “Caja Negra” (*Black Box*), pero se considera válido en tanto facilita el consenso para la regulación. Los proyectos de regulación que se publican para comentarios deben estar acompañados por un documento explicativo que indique las posibles alternativas de regulación, así como el origen y la motivación de la norma. Es usual que las carátulas de los proyectos de regulación indiquen cuál es la necesidad y el objetivo de la regulación, su impacto, antecedentes y fuentes de información y su compatibilidad con las normas de la Unión Europea. Sobre las alternativas en lugar de regulación, es común que se indique que no existía otra opción. Las evaluaciones de impacto normativo suelen hacerse en etapas muy tardías, por lo que la OCDE interpreta que uno de los problemas en el proceso de producción regulatorio en Alemania, es la politización de los procesos y una cultura que se niega a cambiar. El proceso regulatorio en Alemania se ha concentrado en generar consenso sobre aspectos específicos, lo que para los ciudadanos y dirigentes alemanes es suficientemente bueno, aun cuando el proceso no sea transparente.

⁴² Para lo anterior, se deben seguir los siguientes principios:

- i. Identificar una clara necesidad de regulación, incluyendo su justificación, objetivos y estudio de alternativas
- ii. Desarrollo e implementación transparente de normas, para lo cual las entidades o personas directamente afectadas por la regulación, deberán tener tiempo suficiente y oportunidad para dar sus aportes y comentarios a los proyectos regulatorios.
- iii. Regulación restrictiva: las normas que se generen no deben imponer obstáculos a los negocios y desarrollo económico del país, sector, o incluso a la sociedad; ni deben establecer restricciones que excedan las necesarias para cumplir con un objetivo de política pública, teniendo en cuenta igualmente los riesgos que su cumplimiento puede traer.
- iv. La regulación se debe basar en riesgos evaluados, costo-beneficios, y la minimización de los impactos en una economía de mercado justa, competitiva y novedosa. Para lo anterior, será necesario hacer una evaluación clara de los costos y beneficios totales de la regulación, implementación e impactos, incluyendo los costos y beneficios para los negocios, al público y a la administración del gobierno. Lo anterior permite determinar la razonabilidad y practicidad de las normas propuestas, y comparar contra los riesgos que la ausencia de regulación generaría.
- v. Minimización de diferencias y duplicidad de las normas: puede comprometer la competitividad, aumentar las cargas a los negocios, e incluso llevar al establecimiento de barreras internacionales o internas.
- vi. La regulación debe basarse en los resultados (*performance based*) esperados.
- vii. Se requiere una revisión y actualización permanente de las normas.
- viii. El lenguaje de las normas debe ser comprensible para el público y los sectores específicos.

Las normas se emiten de forma predecible, es decir, la regulación que impacta a los negocios o a la industria entra en vigencia, usualmente, en dos momentos del año (enero 1 y julio 1), por lo tanto la industria tiene mayor predictibilidad e impulsa a un mayor cumplimiento y seguimiento de los planes establecidos.

⁴³ El Consejo de Estado se encargará de verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos y generará el reporte correspondiente sobre qué tan adecuada y precisa fue la consulta y audiencia pública, si los actores recibieron suficiente información, y verificará que no haya sido un mero ejercicio burocrático.

⁴⁴ La audiencia corporativa con los grupos afectados, es la metodología más comúnmente usada por el Estado, sin que se abra al público en general; la audiencia a los interesados, de acuerdo con la cual se envía una propuesta de la norma a un grupo selecto de grupos o de individuos que se considere pueden ser afectados, y se discute únicamente con ellos el proyecto; El Consejo Español Económico y Social (ESC) es el órgano que se encarga de la consulta institucionalizada de las propuestas relacionadas con asuntos económicos, sociales y laborales. El procedimiento ante el ESC es muy estricto, comités especializados y grupos de trabajo preparan los reportes sobre la regulación propuesta y las discusiones y aprobaciones que se hagan en las audiencias. Estos reportes, en ocasiones son usados por los medios y el Parlamento como base para los debates. En adición a las anteriores metodologías, se usan igualmente las siguientes: i) el aviso y comentario (*notice and comment*) para algunos tipos de normas como el uso de tierras o asuntos municipales. Esta metodología, aunque popular internacionalmente, no se usa mucho debido a que existe mucho escepticismo respecto del método y los resultados obtenidos hasta ahora no han sido buenos; ii) la consulta online, por medio de la cual se listan los proyectos sujetos a consulta y se ofrece la posibilidad de asistir a los foros o participar en las audiencias de forma virtual; y iii) los canales informales usando contactos personales o directos no oficiales.

⁴⁵ **Artículo 24 Del procedimiento de elaboración de los reglamentos...** c) Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia. Asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado. Este trámite podrá ser abreviado hasta el mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. **Sólo podrá omitirse dicho trámite cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan.**

⁴⁶ Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España. Disposiciones dictadas por el Banco de España. Artículo 3.

1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1.3 el Banco de España podrá dictar las normas precisas para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 7.3 (...) sólo cuando se pronuncie sobre cuestiones que resulten de las funciones del Sistema Europeo de Bancos Centrales, ni el Gobierno, ni ningún otro órgano nacional o comunitario podrán dar instrucciones al Banco de España, ni éste podrá recabarlas o aceptarlas.) desarrolladas en la sección 1.^a y el artículo 15 del capítulo II de esta Ley, que se denominarán "Circulares monetarias". Asimismo, para el adecuado ejercicio del resto de sus competencias, podrá dictar las disposiciones precisas para el desarrollo de aquellas normas que le habiliten expresamente al efecto. Tales disposiciones se denominarán "Circulares".

2. Unas y otras disposiciones serán publicadas en el "Boletín Oficial del Estado" y entrarán en vigor conforme a lo previsto en el apartado primero del artículo 2 del Código Civil. Se elaborarán, previos los informes técnicos y jurídicos que preceptivamente deberán emitir los servicios competentes del Banco y aquellos otros informes y asesoramientos que éste estime conveniente solicitar. No les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, si bien, en el caso de las "Circulares", deberán ser oídos los sectores interesados.

⁴⁷ Exposición de Motivos de la Ley 12/1998, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España. "De acuerdo con el artículo 108 del Tratado de la Comunidad Europea, a más tardar en la fecha de constitución del Sistema Europeo de Bancos Centrales, cada uno de los Estados miembros velará porque su legislación nacional, incluidos los estatutos de su Banco Central Nacional, sea compatible con el propio Tratado y con los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales."

Exposición de Motivos de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España. "Al definir la posición institucional del Banco de España en el seno de la Administración española y el alcance preciso de la citada autonomía, la nueva Ley conjuga equilibradamente las previsiones del Tratado de la Unión Europea con los preceptos de nuestra Constitución, articulando ese equilibrio a través de distintos preceptos. Así, el artículo 7, al definir los objetivos que deberán orientar la política monetaria, establece como finalidad primordial la estabilidad de los precios, ingrediente esencial, aunque ciertamente no único, de la «estabilidad económica», a la que se refiere el artículo 40 de la Constitución."

⁴⁸ Art.7.3. Ley del Banco de España. El Banco de España participará en el desarrollo de las siguientes funciones básicas atribuidas al SEBC: a) Definir y ejecutar la política monetaria de la Comunidad. b) Realizar operaciones de cambio de divisas que sean coherentes con las disposiciones del artículo 109 del Tratado. c) Poseer y gestionar las reservas oficiales de divisas de los Estados miembros. No obstante, el Gobierno podrá tener y gestionar fondos de maniobra en divisas, conforme a lo previsto en el artículo 105.3 del Tratado. d) Promover el buen funcionamiento del sistema de pagos. e) Emitir los billetes de curso legal. f) Las demás funciones que se deriven de su condición de parte integrante del SEBC.

⁴⁹ Exposición de Motivos de la Ley 12/1998, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España. "La Ley 13/1994, de 1 de junio, adelantó la adaptación del estatuto jurídico del Banco de España a lo dispuesto en el Tratado de la Unión Europea, otorgándole un régimen de plena autonomía en el desarrollo y ejecución de la política monetaria con el último objetivo de conseguir la estabilidad de precios." - El artículo 3.2 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, establece la obligación de consulta a los sectores interesados previa a la publicación de circulares.

⁵⁰ Cuando quiera que se vaya a emitir una regulación nueva o modificatoria de una anterior, será necesario: Definir el problema, Determinar los objetivos, Identificar las opciones que se tienen diferente a regular. Incluso la opción de no regular, La Oficina de Buenas Prácticas Regulatorias lleva a cabo un control de calidad del anteproyecto propuesto. Cumplidos los anteriores requisitos, la entidad encargada de producir una regulación deberá hacer una consulta pública cumpliendo con los principios establecidos en la Guía Regulatoria del Gobierno de Australia (*Australian Government Guide to Regulation*), según los cuales los reguladores deberán llevar a cabo una consulta pública de forma genuina y oportuna con las organizaciones, negocios o individuos que sean afectados por la regulación que se planea emitir, y deberán evitar crear un efecto acumulativo de normas.

⁵¹ www.cuttingredtape.gov.au La publicación para comentarios de un proyecto de norma incluirá una explicación del objetivo de ésta y de la consulta, un resumen del plan de consulta, identificación de los sectores o actores afectados a quienes debe ir dirigida la consulta, y resumir los asuntos más importantes que deben cubrirse en la consulta. Lo anterior con el objetivo de evitar crear expectativas irreales a los actores.

El proceso de consulta, dependiendo del asunto que se proyecta, podrá tomar entre treinta (30) y sesenta (60) días, o incluso más tiempo cuando la consulta se realiza en temporada de festividades. Así mismo, dependiendo de la importancia de la propuesta y sus objetivos, se podrán llevar a cabo tantas rondas de consulta en tanto se considere necesario.

La entidad que publica podrá realizar la consulta siguiendo alguno de los siguientes procedimientos:

A todo el público (*full public*): se consulta al público en general y en especial a los actores afectados. Este es el método más comúnmente utilizado, salvo que se considere que debido al contenido sensible del proyecto es mejor utilizar uno de los otros métodos que permita limitar la consulta. Se considera que el proceso de escrutinio público temprano no comprometerá el proyecto.

A un público determinado (*targeted*): sólo se consulta con los sectores o actores más directamente afectados y debidamente identificados, sin embargo se deja disponible para el público en general. Se debe evitar consultar con partes que no serán afectadas.

Confidencial: como se indicó anteriormente, a éste método de consulta se recurre cuando se considera que el tema del proyecto debe mantenerse en confidencialidad, por lo que se consulta únicamente con un sector especializado y que se considere que verdaderamente puede aportar al proceso. Este método se adoptará después de un análisis caso por caso y se deberá llevar a cabo con la mayor discrecionalidad posible a fin de evitar preocupaciones, molestias o confusión.

Ex post de la Decisión (*post-decision*): similar al modelo de la “*Directa-Final*” americano, es un método que se ejecuta luego de que la norma ha sido publicada, pero aún no ha entrado a regir. Este método se utiliza cuando: (i) se considera que es un asunto la publicación temprana para comentarios puede tener un mayor impacto en el mercado y puede ocasionar ventajas injustas a ciertos participantes del mercado; (ii) se espera que se genere una peligrosa polarización que haga más conflictivo o comprometa el proceso regulatorio; (iii) cuando el asunto bajo revisión ha generado bastante discusión y especulación pública, y su publicación temprana puede afectar el objetivo político de la regulación; o (iv) cuando la consulta pública pueda afectar la confidencialidad de las deliberaciones del Gabinete o de la entidad encargada.

La Oficina de Buenas Prácticas Regulatorias (*Office of Best Practice Regulation – OBPR*) del Gobierno de Australia, recomienda a todas las entidades publicar en sus páginas web el manual de procesos de consulta así como las prácticas de publicación que utilizan. De esta forma se puede garantizar mayor transparencia en el proceso regulatorio y se mitigan las confusiones que los sectores afectados y público en general puedan tener respecto del proceso.

⁵² Modifica la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado No. 18.575.

⁵³ Artículo 73 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado No. 18.575

⁵⁴ “En relación con la dictación de disposiciones normativas de carácter general, adoptadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile y a objeto de recabar comentario de partes interesadas y del público en general, el Consejo dispondrá la publicación de las propuestas de normativa elaboradas por el Banco en virtud de la referida disposición legal y que involucren la adopción o modificación de las políticas que a este último le corresponde implementar en dicha materia, **según lo estime procedente el Consejo a su juicio exclusivo.**”

⁵⁵ De acuerdo con lo establecido en el artículo 31 de la Ley Ordinaria No. 9.784 de 1999 – que Regula el Proceso Administrativo y el Ámbito de la Administración Pública Federal (*Regula O Processo Administrativo No Âmbito Da Administração Pública Federal*), cuando se trate de un asunto que sea de interés general, el órgano competente podrá abrir a consulta pública el proyecto de proceso que corresponda. Dependiendo del tema, dicho órgano determinará los plazos para comentarios y hará las divulgación de la consulta en los medios de comunicación oficiales, con el objetivo de permitir la participación del público en general.

⁵⁶ En el caso del Banco Central do Brasil, existe una tendencia de obtención de comentarios sobre proyectos regulatorios en un circuito cerrado únicamente con grupos de individuos o empresas previamente identificadas previamente.

⁵⁷ La consulta se podrá hacer mediante audiencia pública para debatir el tema del proyecto o consulta pública por escrito, y se deberá dejar el registro correspondiente. Ahora bien, cuando la Administración Pública considere que existe un peligro o riesgo inminente, podrá negar la publicación para consulta o que se efectúe la audiencia.

Teniendo en cuenta que no existe una obligación de publicación para comentarios de los proyectos regulatorios, no existan por lo tanto excepciones para su publicación.

Respecto de la publicidad de información en general y la protección de la transparencia, la Ley No. 12.527 del 18 de noviembre de 2011, sobre los procedimientos que se deben observar con el objetivo de garantizar el acceso a la información, establece en el artículo 3 que en desarrollo del objeto de los procedimientos que se describen en la citada Ley, buscan dar observancia a la publicidad como regla general y al secreto reserva como una excepción para las entidades de la administración pública, y por lo tanto clasifica la información⁵⁷. No estará sujeta a la publicidad o divulgación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 23, la información que se considere esencial para la seguridad del Estado, incluyendo aquella información que, entre otras cosas, (i) pueda poner en peligro la defensa, soberanía e integridad del territorio nacional; (ii) ponga en peligro las relaciones internacionales; (iii) ponga en peligro la vida, seguridad o salud de la población; (iv) se considere que puede ser riesgoso para la estabilidad financiera, económica y monetaria del país.

El Decreto Presidencial No. 4.176 de 2001, establece las normas y directrices para la elaboración, redacción, alteración y consolidación de los actos normativos que deban ser formados por el Presidente de la República, Ministerios y demás órganos de la estructura Presidencial, para lo cual se sigue la técnica del Análisis de Impacto Regulatorio. Sin embargo, la actividad de “lobby” ha sido oficializada mediante la Ley No. 1.202 de 2007, mediante la que se define la actividad de *lobbying* como un esfuerzo deliberado para influenciar la decisión administrativa o legislativa en favor de los intereses de un individuo o un grupo, o en contra de los intereses de terceros. Cuando participan los *lobbyists* el proceso puede tomar alrededor de doce (12) meses, incluyendo las audiencias de consulta y las reuniones que se llevan a cabo, para lo cual los *lobbyists* generarán los reportes correspondientes que deberán ser registrados ante las autoridades competentes.

⁵⁸ <http://www.cofemer.gob.mx/contenido.aspx?contenido=29> La Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER) es un órgano administrativo desconcentrado, con autonomía técnica y operativa, sectorizado a la Secretaría de Economía del Gobierno Federal de México. La COFEMER fue creada en el año 2000 mediante reformas a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. El mandato de la COFEMER es promover la transparencia en la elaboración y aplicación de las regulaciones y que éstas generen beneficios superiores a sus costos y el máximo beneficio para la sociedad.

⁵⁹ Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Artículo 69-Q

⁶⁰ **Ley de Transparencia Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Art 10.** Las dependencias y entidades deberán hacer públicas, directamente o a través de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal o de la Comisión Federal de Mejora Regulatoria, en los términos que establezca el Reglamento, y por lo menos con 20 días hábiles de anticipación a la fecha en que se pretendan publicar o someter a firma del titular del Ejecutivo Federal, los anteproyectos de leyes y disposiciones administrativas de carácter general a que se refiere el Artículo 4 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, salvo que se determine a juicio de la Consejería o la Comisión Federal de Mejora Regulatoria, según sea el caso, que su publicación puede comprometer los efectos que se pretendan lograr con la disposición o se trate de situaciones de emergencia, de conformidad con esa Ley.

Reglamento Ley de Transparencia. Artículo 25. Los anteproyectos a que se refiere el artículo anterior y que estén sujetos al título tercero A de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, podrán hacerse públicos a través del sitio de internet de la Comisión Federal de Mejora Regulatoria. En este caso la Comisión citada expedirá constancia del cumplimiento de esta obligación. Las dependencias y entidades podrán solicitar el tratamiento a que se refiere el artículo 10 de la Ley a la Comisión Federal de Mejora Regulatoria, en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Los anteproyectos de leyes o actos que no estén sujetos al título tercero A de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, deberán publicarse en los sitios de internet de las dependencias o entidades; en el caso de que éstas no lo hagan y se trate de anteproyectos de leyes o actos que se pretendan someter a firma del Ejecutivo Federal, la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal podrá publicarlos en los términos del artículo anterior.

Las dependencias y entidades podrán solicitar el tratamiento del artículo 10 de la Ley a la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal. Tratándose de anteproyectos de leyes, esta última tomará en consideración los plazos constitucionales y legales, así como los periodos de sesiones del Congreso de la Unión.

En las solicitudes del tratamiento a que se refiere este artículo, las dependencias y entidades deberán motivar las razones que justifiquen la emergencia, o aquellas que demuestren que la publicación previa puede comprometer los efectos que se pretenden lograr con la disposición de que se trate.

Los actos administrativos de carácter general que se deriven de los procedimientos administrativos en materia de prácticas desleales de comercio internacional establecidos en la Ley de Comercio Exterior están exentos de la prepublicación por considerarse que ésta comprometería los efectos que se pretenden lograr.

⁶¹ **Ley Federal de Procedimientos Administrativos Artículo 61.-** En aquellos casos en que medie una situación de **emergencia o urgencia**, debidamente fundada y motivada, la autoridad competente podrá emitir el acto administrativo sin sujetarse a los requisitos y formalidades del procedimiento administrativo previstos en esta Ley, respetando en todo caso las garantías individuales.

Artículo 69-K.- La Comisión hará públicos, desde que los reciba, los anteproyectos y manifestaciones de impacto regulatorio, así como los dictámenes que emita y las autorizaciones y exenciones previstas en el segundo párrafo del artículo 69-H. Lo anterior, salvo que, a solicitud de la dependencia u organismo descentralizado responsable del anteproyecto correspondiente, la Comisión determine que dicha publicidad **pudiera comprometer los efectos que se pretenda lograr con la disposición**, en cuyo caso la Comisión hará pública la información respectiva cuando se publique la disposición en el Diario Oficial de la Federación; también se aplicará esta regla cuando lo determine la Consejería Jurídica, previa opinión de la Comisión, respecto de los anteproyectos que se pretendan someter a la consideración del Ejecutivo Federal.

⁶² OCDE (2014) *Estudio de la OCDE sobre la Política Regulatoria en Colombia. Más allá de la simplificación administrativa*. OCDE Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264201965-es>

⁶³ De acuerdo con el estudio realizado por Duke University “by general consensus, it usually takes between 6-12 months to push an uncontroversial rule through notice and comment procedure, unless unusual steps are taken to accelerate the process if a rule is controversial”. <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2909&context=dlj>

⁶⁴

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Empresarial/Gu%C3%ADa%20Metodol%C3%B3gica%20de%20An%C3%A1lisis%20de%20Impacto%20Normativo.pdf>

⁶⁵ Sentencia C- 150 del 25 de febrero de 2003. Expediente D 4194. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Punto 4.1 la función estatal de regulación.

⁶⁶ Sentencia C- 150 del 25 de febrero de 2003. Expediente D 4194. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa