4

POTESTAD REGLAMENTARIA. RELACIÓN DE DEPENDENCIA FRENTE A LA LEY REGLAMENTADA

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de octubre de 1962, expediente n.º 937 y 1541:

> [...] el ejercicio de [la] potestad [reglamentaria] por el gobierno se amplía o restringe en la medida en que el Congreso haya utilizado sus poderes jurídicos. El grado de la reglamentación lo señala tácitamente y en cada caso el propio Cuerpo Legislativo. Tanta será la materia reglamentable por el Ejecutivo, cuanta determine la necesidad de realizar el estatuto expedido por las Cámaras.

COMENTARIO*

1. La Ley 1.ª de 1959 reguló los cambios internacionales y el comercio exterior, las importaciones y exportaciones, las transacciones de productos y la apertura de nuevos mercados, así como el comercio de oro e impuestos. En desarrollo de esta regulación, su artículo 39 restringió el uso de certificados de cambio a determinados objetos pero su parágrafo autorizó al Gobierno a extenderlos "para el pago de fletes y seguros de las importaciones, cuando las condiciones del mercado de certificados y del mercado libre de cambio hagan aconsejable tal medida". El Gobierno expidió un primer decreto, en desarrollo de este parágrafo, y luego dos más, aclarando y restringiendo alcances del primero, razón por la cual fueron demandados ante el Consejo de Estado, argumentando que al ser fruto de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso al presidente de la República, la competencia de este último se había agotado con la expedición del primer decreto, de tal suerte que los otros dos eran inconstitucionales. El Consejo de Estado rechazó este entendimiento del parágrafo, al considerar que él se limitaba a otorgar al Gobierno la facultad de apreciación de condiciones económicas favorables que permitieran propiciar la extensión de un derecho establecido por la ley al pago de ciertas actividades.

2. La sentencia explica que el poder reglamentario, como expresión de la función administrativa, da vida práctica y pone en movimiento ese derecho.

---

* JOSÉ LUIS BENAVIDES.

El reglamento es así la consecuencia forzosa e ineludible de la ley, cuando ésta requiere un desenvolvimiento para su adecuada aplicación. Pero ¿cómo determinar cuándo y con qué amplitud se requiere el desarrollo reglamentario? El Consejo de Estado establece dos parámetros determinantes del alcance de la reglamentación.

En primer lugar, es necesario observar cuáles son las *facultades ejercidas por el Congreso* mediante la ley que se reglamenta, por cuanto no todas las materias tienen igual grado de desarrollo legislativo. Aunque en la mayoría de temas el Congreso tiene autonomía para definir el alcance del desarrollo de la ley, pudiendo así colmar y agotar la materia legislada, existen materias en las que su competencia está limitada, de tal suerte que la ley solo delimita "la normación básica y las líneas directrices de la política que ha de seguir la Administración pública en orden al [*sic*] cumplimiento del mandato legal". En estos campos el Gobierno tendrá "un anchuroso campo del ejercicio del poder reglamentario, dentro del cual se mueve [...] con una relativa libertad".

En segundo lugar, es necesario determinar la *necesidad del desarrollo de la ley* por parte del reglamento, para lograr su cumplida ejecución, misión confiada expresamente al presidente por la Constitución (art. 120, num. 3, CN 1886, equivalente hoy al artículo 189, num. 11, CP 1991). Si la ley suministra todos los elementos indispensables para su ejecución, el reglamento no tendrá objeto. Por el contrario, si en la ley "faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación" el reglamento debe proveerlos.

La combinación de estos dos parámetros de determinación del poder reglamentario permitió al Consejo de Estado considerar que, en el caso específico, el tema económico legislado por la Ley 1.ª de 1959 determinaba su condición de estatuto básico de los cambios internacionales y del comercio exterior, como actividades que afectan la vida económica del país, de tal suerte que el parágrafo del artículo 39 habilitó lícitamente al Gobierno para reglamentar el alcance de los beneficios establecidos por la ley, con un amplio margen de apreciación de las circunstancias particulares, determinantes del contenido del reglamento.

3. El Consejo de Estado estableció así un parámetro básico de apreciación de la potestad reglamentaria, enunciado de manera didáctica por el profesor Vidal Perdomo mediante una regla matemática: la extensión de la potestad reglamentaria es inversamente proporcional a la extensión de la ley[1]. Reiterada con frecuencia, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, la concepción de esta trascendente sentencia no debe reducirse a la aplicación mecánica y simplificada

---

1 Jaime Vidal Perdomo, *Derecho administrativo*, 11.ª ed., Bogotá, Temis, 1997, p. 20.

de la fórmula, lo cual llevaría a una distorsión de su real sentido y alcance. El Consejo de Estado define una relación variable de la amplitud del reglamento, según el grado de detalle de la ley, pero ello no significa que el legislador tenga plena libertad para definir el alcance de la ley, lo cual permitiría al Congreso despojarse de su competencia constitucional, delegándola en el Gobierno. Es entonces necesario establecer la caracterización del *sentido del reglamento, para la cumplida ejecución de las leyes*. Por otra parte, la sentencia de 1962 aborda un caso especial, en el que la competencia reglamentaria se ve particularmente extendida, lo cual hace importante analizar los distintos tipos de leyes para determinar el *alcance variable de los respectivos reglamentos*.

La proyección de estos dos aspectos implícitos en la sentencia de 1962 concreta su gran trascendencia.

I. Sentido de la ejecución de la ley

4. La concepción del reglamento como ejecución de la ley estaba consignada en la Constitución de 1886 (art. 76, num. 3), como lo está hoy en la Constitución de 1991 (art. 189, num. 11), y por ello había sido puesta de presente antes de la sentencia de 1962 por la jurisprudencia del Consejo de Estado[2] y de la Corte Suprema de Justicia[3]. No obstante, esta sentencia puso de presente la estrecha relación entre la ley y su reglamento, estableciendo una completa dependencia de éste a aquella, de tal suerte que su justificación y concepción no pueden desvincularse de la ley reglamentada. El decreto reglamentario solo se justifica en la medida en que sea necesario para la correcta ejecución de la ley, característica que determina también su amplitud. Pocos meses antes de proferir la sentencia analizada, el Consejo de Estado había establecido esta caracterización[4]. La jurisprudencia más reciente la ratifica, al poner de presente que el carácter constitucional de la potestad reglamentaria hace que ella "no necesita de norma legal expresa que la conceda"[5], lo cual no quiere decir que sea inconstitucional consignar la potestad de manera expresa en la ley, como lo hacen múltiples leyes[6]. La Corte Constitucional ha considerado que la potestad reglamentaria

---

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencias 22/09/21, sin número; 22/08/44, sin número; 31/01/62, expediente n.º 347.

3 Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia 11/10/12, G. J. xxi, 159, auto 02/11/16, G. J., xxvi, Sentencia 35, 26/06/40, G. J. xlix, 466.

4 Consejo de Estado, auto 17/02/62, sin número, *Anales*, 1962, t. lxiv, n.os 397 y 398, pp. 188 y ss.

5 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencias C-028/97 y C-512/97.

6 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencias C-066/99; C-302/99; C-269/00; C-805/01; C-063/02; C-617/02; C-508/02; C-823/11.

se caracteriza por tener naturaleza ordinaria, en razón de su fuente constitucional, sin necesidad de habilitación legal; derivada, por cuanto requiere de *material legislativo* para reglamentar[7]; limitada, por la Constitución y las leyes reglamentadas; y permanente, por cuanto su ejercicio no se agota en el tiempo[8].

5. Por otra parte, el sentido de la potestad reglamentaria, íntimamente ligado a la ley reglamentada, permitió a la sentencia de 1962 clarificar su distinción con otros poderes administrativos del Presidente, que le permiten desarrollar directamente preceptos constitucionales, bien sea por cuanto la Constitución misma le confiere ese poder, de manera ordinaria o extraordinaria, o por delegación del Congreso de sus propios poderes legislativos.

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 13 de noviembre de 1928 es considerada la primera en enunciar la posibilidad de reglamentos autónomos que permiten al Presidente desarrollar directamente disposiciones constitucionales no reguladas por la ley[9]. De manera más explícita, en 1962, poco después de la sentencia que comentamos, el Consejo de Estado recordó una sentencia del 7 de octubre de 1936, en la que la Corte Suprema de Justicia consideraba que la función gubernamental de disolver las manifestaciones que derivaran en asonadas o tumultos, consignada en el artículo 46 de la Carta de 1886, atribuía al Gobierno la competencia para reglamentar directamente la materia[10]. La misma sentencia identificaba otro ejemplo de desarrollo directo de la Constitución en el numeral 15 del artículo 120 de la Constitución, que atribuye al Presidente la competencia para "reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional". La Constitución de 1991 suprimió estas prerrogativas, propias de una concepción autoritaria y confesional del Estado, estableciendo de manera explícita que "solo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio del derecho de reunión" (art. 37) y la competencia genérica del Estado para la regulación y ejercicio supremo de la inspección y vigilancia de la educación (art. 67), lo cual, en virtud de la cláusula general de competencias del Congreso, conlleva un desarrollo legislativo. Los reglamentos constitucionales quedaron así reducidos a ciertas normas transitorias de desarrollo de la Constitución, como las relacionadas con el veedor del tesoro (art. 34 transitorio) y las actividades financieras (art. 50 transitorio), el régimen especial del Distrito Capital de Bogotá (art. 41 transitorio) y a la reglamenta-

---

7 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencias C-734/03 y C-852/05. Volveremos sobre este trascendental aspecto.

8 Corte Constitucional, Sala Plena, auto 20/02/08, expediente n.º 049.

9 Tesis de grado de abogado del Dr. Antonio José de Iresarri Restrepo, citada por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia 24/05/73, expediente n.º 2226.

10 Consejo de Estado, sentencia 14/11/62, expediente n.º 1255.

ción del artículo 355 de la Carta sobre los contratos con entidades sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad. La doctrina también resalta otras competencias que desarrollan directamente la Constitución, aunque, en estricto sentido, no son reglamentarias, como el nombramiento y remoción de altos funcionarios, agentes diplomáticos y consulares (art. 189, nums. 1, 2 y 13), la distribución de los negocios entre los ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos (art. 189, num. 17) o la convocatoria del Congreso a sesiones extraordinarias (art. 200), entre otros[11].

6. En segundo lugar, tampoco son reglamentarios los decretos legislativos originados en las situaciones de excepción: estado de sitio, en la Constitución de 1886 (art. 121), estado de guerra exterior y de conmoción interior, en la Constitución de 1991 (arts. 212 y 213), ni los originados en la declaración de emergencia económica (art. 122 CN 1886), económica, social, ecológica o calamidad pública, en su denominación de la Constitución de 1991 (art. 215). En fin, tampoco constituyen decretos reglamentarios los originados en facultades legislativas extraordinarias *pro tempore*, delegadas por el Congreso al Presidente (art. 76, num. 12 CN 1886; art. 150, num. 10 CP 1991)[12].

7. La Corte Suprema de Justicia explicaba desde el comienzo del siglo XX que, a diferencia de lo que ocurre en estos eventos, por medio de la potestad reglamentaria *el ejecutivo no se convierte en legislador*, sino en guardián de los mandatos del legislador[13]. La potestad reglamentaria tiene así una función eminentemente finalística: "lograr la cumplida ejecución de las leyes", como lo establecía la Constitución de 1886 (art. 120, num. 3) y lo reitera la de 1991 (art. 189, num. 11). Por consiguiente, el Gobierno ha de ejercerla exclusivamente para "la formulación de los actos indispensables y las medidas necesarias para la efectividad práctica del precepto legal, vale decir, hacer real por la vía del acto administrativo el enunciado abstracto de la ley en orden a tornarlo efectivo en el terreno práctico"[14], "mediante la precisión y puntualización de las circunstancias de tiempo, modo y lugar y de aquellos aspectos puntuales que son indispensables para garantizar su cabal cumplimiento y ejecución"[15].

---

11 Libardo Rodríguez Rodríguez, *Derecho administrativo. General y colombiano*, 16.ª ed., Bogotá, Temis, 2008, p. 376.

12 El Consejo de Estado había definido los tipos de reglamentos en las sentencias 14/11/62, expediente n.º 1255; 28/06/63, expediente n.º 1663, clasificación que ratificó luego la Corte Constitucional: auto 20/02/08, expediente n.º 049.

13 Corte Suprema de Justicia, sentencia 11/10/12, *Gaceta* XXI, 159 y auto 02/11/16, *Gaceta* XXVI, 35.

14 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 27/03/08, expediente n.º 29393. También, Sección Segunda, sentencia 21/08/08, expediente n.º 0294-04 y 0295-04.

15 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 18/06/09, expediente n.º 242-01.

El objeto de los reglamentos "no es otro distinto que servir de instrumento y complemento de la norma superior que justifican su existencia"[16].

8. No obstante, para el correcto desarrollo de la ley es necesaria su interpretación. El reglamento desarrolla no solo los preceptos explícitos, sino también los implícitos de la ley, lo cual requiere una indagación de sus fines, de su contenido general y de sus mandatos implícitos[17]. El juez administrativo controla esta interpretación, como lo hizo la sentencia de 1962 que se comenta, al establecer el alcance específico de las leyes de regulación económica. Entre la interpretación auténtica, reservada al legislador, y la interpretación para su aplicación, que hace el juez, el reglamento interpreta la ley para dar el alcance de su aplicación. En esta delicada labor el juez administrativo ha de verificar que el reglamento solo desarrolla lo que lógica y necesariamente está contenido en la ley, para lo cual debe indagar cuál es su espíritu e integrar su contenido general. Con esta técnica, el Consejo de Estado analizó el preámbulo, los principios y orientaciones de la Ley 135/61, sobre reforma agraria, para concluir que el reglamento demandado podía introducir aspectos específicos, no contemplados de manera explícita en la ley, pero que encontraban fundamento implícito en ella o en otras leyes. La valoración de la ley debe entonces cubrir todo su contenido[18]. De la misma manera, el juez administrativo hizo un análisis sistemático de la ley reglamentada (Ley 26/59), que comprendió su propósito de "fomentar y mejorar la industria ganadera", la organización de fondos y del Banco Ganadero, la excepción de este impuesto a los ganaderos que suscribieran acciones del Banco y del fondo del lugar donde tuviese sus ganados, las reglas cuando se tuviesen ganados en varios lugares, todo lo cual le permitió concluir que, no habiendo especificado la ley la manera de establecer la ubicación de las distintas cabezas de ganado, era pertinente que el reglamento ratificara el principio general tributario de información por los contribuyentes, así como la presunción de ubicación en su domicilio fiscal, si el contribuyente guardaba silencio. La creación de esta presunción no constituía así una adición a la ley sino la concreción de principios fiscales y civiles sobre el domicilio presunto, establecidos por el legislador en varias disposiciones[19].

---

16 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 07/10/09, expediente n.º 18448; Sección I, sentencia 25/08/82, expediente n.º 3753: "[…] la razón de ser del reglamento es la necesidad de hacer eficaz, activa, plenamente operante la norma de derecho superior, facilitando su inteligencia y cumplimiento de parte de la misma Administración y de los particulares; y que todo aquello que lógica y necesariamente está contenido en la ley debe desenvolverlo de manera detallada y comprensiva el decreto reglamentario, pero nada más que eso […]".

17 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, auto 22/03/63, sin número.

18 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 23/02/68, expediente n.º 807.

19 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia 28/06/63, expediente n.º 1663.

Hoy, el Consejo de Estado acude además a la interpretación de la Corte Constitucional sobre el alcance de la ley reglamentada. Así, la explicación de la Corte sobre el fundamento y alcance de la prohibición de compensar las franjas de terreno que separan un edificio de otro, contenida en la ley de reforma urbana (art. 7.º, Ley 9/89), fue determinante para que el Consejo de Estado considerara que el decreto que extendía la prohibición a los antejardines agregaba una prohibición no prevista en el ley[20].

9. Esta labor de control del desarrollo de lo implícito en la ley es delicada y la frontera frente a la creación de nuevos preceptos que debería realizar el legislador no está siempre exenta de crítica. El Consejo de Estado consideró lícito un decreto reglamentario de la ley sobre la reorganización administrativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en el que se obligaba a las empresas de servicios temporales a constituirse como personas jurídicas y someterse al régimen laboral vigente. Para la corporación, la competencia del Gobierno para la orientación y ejecución de la política laboral de empleo habilitaba esta reglamentación, lo que no surge con facilidad de la ley reglamentada[21].

10. Los ejemplos jurisprudenciales ilustran el sentido de la competencia reglamentaria para ejecutar la ley, caracterizado por su desarrollo a partir de los elementos, aún implícitos, que existen en ella. Por ello no parece acertada la comparación que hacía una providencia entre Constitución y ley, por una parte, y ley y reglamento, por otra[22]. En realidad, las relaciones son substancialmente distintas: mientras el Congreso, en virtud de la competencia general y la representación popular, tiene una amplia autonomía para legislar sobre los temas más variados, dentro del marco constitucional, el reglamento, estrictamente dependiente de la ley que reglamenta, tan solo tienen por objeto y misión la implementación de lo que ya ha decidido el legislador a través de la ley que reglamenta. El desarrollo de los valores constitucionales, realizado por la ley, contrasta con la simple implementación técnica del reglamento, subordinada por completo a la ley reglamentada. En este sentido, tampoco parece afortunada la "labor de complementación de la ley" que otra sentencia atribuye al reglamento, aunque, en contra de lo que la expresión sugiere, el Consejo de Estado aclara que ello no le permite adicionar el contenido material de la norma

---

20 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 18/06/09, expediente n.º 242-01.

21 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 23/11/84, expediente n.º 4429.

22 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 23/02/68, expediente n.º 807: "El Congreso interpreta el estatuto fundamental y lo desarrolla, y aquella interpretación y este desarrollo son obligatorios mientras no sean incompatibles con los ordenamientos de la Carta; de idéntica manera, el órgano administrativo valora la ley en todo su contenido y la desenvuelve en el reglamento".

por reglamentar[23]. La dependencia del reglamento a la ley no es entonces solo cuestión de distribución de competencias entre los dos tipos de normas. Es esencial recordar que, a diferencia del derecho francés, en el que existe una cláusula general de competencias a favor del reglamento en todo aquello que la Constitución no atribuye expresamente a la ley (arts. 34 y 37), la cláusula general de competencia de la ley, consignada en nuestro régimen constitucional, hace que el reglamento esté enteramente subordinado a la ley.

II. ALCANCE DE LA EJECUCIÓN DE LA LEY

Definido el sentido de la competencia ejercida en el reglamento para la cumplida ejecución de la ley, es necesario establecer su alcance, para lo cual ha de identificarse el tipo de ley que se reglamenta, en la medida en que las distintas leyes no tienen las mismas necesidades de reglamentación. Los dos factores esenciales de determinación de la competencia reglamentaria, enunciados por la sentencia de 1962 que se comenta, resultan así inescindibles e interdependientes.

A. TIPOS DE LEYES QUE SE REGLAMENTAN

11. En primer lugar, como lo anunciaba el Consejo de Estado en 1962, existen materias reservadas al legislador, frente a las que, en principio, el reglamento no tiene cabida, como "las que afectan la condición jurídica de las personas, sus derechos y obligaciones frente a la administración, o las que versen sobre la estructura interna de las dependencias" administrativas[24]. "El Presidente [también] carece de competencia para establecer medios probatorios, prescripciones, caducidades, sanciones, por la vía reglamentaria", lo cual generó la suspensión de un decreto que establecía el término de caducidad para pedir la revisión del monto de indemnización fijada por los peritos en materia minera[25]. El Consejo de Estado consideró también que la habilitación para reglamentar los impedimentos de los curadores urbanos, contenida en una ley[26], no permitía al Gobierno establecer un nuevo impedimento que, asimilado a las incompatibilidades, tiene reserva legal, como lo ha establecido la Corte Constitucional[27].

---

23 Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia 06/08/09, expediente n.º 3338-01.
24 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 02/12/82, expediente n.º 3809.
25 Consejo de Estado, Sección Tercera, auto 13/11/87, sin número.
26 Ley 388/97 (art. 101, num. 9).
27 Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia 06/08/09, exp. n.º 3338-01; Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-894/06.

Tampoco es dable al reglamento "definir las relaciones entre gobernantes y gobernados ni alinderar áreas por fuera de las que protege la Constitución en cuanto a los derechos del individuo y sus libertades públicas"[28], así como definir procedimientos administrativos, razón por la cual los manuales de contratación no pueden incluir procedimientos de contratación ni regular el procedimiento para la imposición de multas[29]. En el mismo sentido, el Consejo de Estado suspendió un decreto que fijaba un incremento de una prestación social en un hospital público, considerando que era materia reservada a la ley[30].

12. Por el contrario, la prohibición de reglamentar códigos, afirmada por la jurisprudencia tradicional[31], fue suprimida por el Consejo de Estado en 1962, al observar que la potestad reglamentaria consagrada en la Constitución es genérica y no los excluye[32]. No obstante, la misma sentencia pone de presente que el desarrollo de las instituciones jurídicas contenidas en los códigos hace que, con frecuencia, sean suficientes para su aplicación directa, lo que no ocurría en esa época, en relación con las relaciones laborales colectivas, objeto del reglamento impugnado. Con todo, la reglamentación de un código puede ser ilícita por violar reservas legales: el Código de Comercio anterior al de 1971 había conferido competencia al Departamento de Aeronáutica para dictar los reglamentos aeronáuticos (art. 182), lo que permitió al Consejo de Estado considerar lícita la reglamentación referida a investigaciones de accidentes aéreos, pero no su carácter reservado. El Código de Comercio no establecía el carácter secreto de estas investigaciones, y los principios elementales de transparencia en las actuaciones administrativas hacen que su carácter reservado solo pueda ser establecido por el legislador. El espíritu y alcance de la ley reglamentada se aprecia entonces no solo en su tenor literal sino también en los aspectos que necesariamente han de estar regulados por ella[33].

13. En el otro extremo, la sentencia de 1962 comentada identifica las materias frente a las cuales es el legislador el que tienen una competencia restringida, por cuanto solo puede fijar lineamientos generales para dejar al Gobierno el "anchuroso campo del poder reglamentario". El Consejo de Estado asumía en la materia una posición de vanguardia, al interpretar la evolución constitucional

---

28 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 23/11/84, expediente n.º 4429.

29 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 14/04/10, expediente n.º 36054.

30 Consejo de Estado, Sección Segunda, auto 07/12/87, expediente n.º 2906.

31 A partir de la sentencia del 05/10/39, GJ, xxviii, p. 642. Jaime Vidal Perdomo, "La potestad reglamentaria en Colombia", en *vi Foro Iberoamericano de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 824.

32 Consejo de Estado. Auto 17/02/62, sin número, *Anales*, 1962, t. lxiv, n.os 397 y 398, pp. 188 y ss.

33 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 25/05/66, expediente n.º 2390.

de 1936 y 1945 y la dinámica del intervencionismo en el Estado de bienestar de la posguerra, para destacar la necesidad de confiar al Gobierno una particular misión de verdadero desarrollo normativo, a partir de lineamientos establecidos por el legislador. La complejidad técnica inherente a la formulación y el desarrollo de políticas económicas así como la necesaria adaptación del contenido normativo a las circunstancias cambiantes y las exigencias de reactividad inmediata reforzaron en la segunda mitad del siglo XX las competencias gubernamentales. La sentencia se apoya así en tres enunciados constitucionales significativos de la época. El primero es la intervención del Estado en la economía "por mandato de la ley" (art. 32, CN 1886), que otorgaba al Congreso la competencia para ordenar la intervención en determinados casos, pudiendo establecer las bases de la política general por seguir y los límites de su aplicación, pero dejando al Gobierno su específica implementación, a través del reglamento. Esta orden de intervención, introducida en la reforma de 1945, contrastaba con la intervención "por medio de leyes" consignada en la reforma de 1936, que la Corte Suprema de Justicia entendió como una intervención reservada al legislador[34]. La diferencia entre las dos concepciones resultaba fundamental: mientras la fórmula de 1936 deja al reglamento la función instrumental, tradicional de aplicación de la ley, la concepción de 1945 otorga al Gobierno una competencia normativa para el pleno desarrollo de la ley, restringida ésta a fijar principios y límites. El Gobierno crea así una normatividad nueva, fundada en los parámetros de la ley. La diferencia no se limita entonces a un aspecto cuantitativo, sino que comprende también una valoración cualitativa, que va más allá de la relación ordinaria ley/reglamento explicada.

La sentencia de 1962 también encontró un campo extendido del reglamento derivado del artículo 39 de la Constitución de 1886, sobre la libertad de empresa, cuando previó que la ley podía "ordenar" la revisión y fiscalización de tarifas y reglamentos de las empresas de servicio público, en la medida en que habilitaba al Gobierno a reglamentar la intervención en el sector, a partir de los lineamientos establecidos por la ley. En fin, la sentencia también destacó el numeral 4 del artículo 76 de la misma Constitución, referido a la competencia de la ley para fijar los planes y programas de desarrollo económico y social, que dejan un amplio margen de aplicación por parte del Gobierno.

La caracterización de la potestad reglamentaria en los temas económicos permitió al Consejo de Estado declarar la legalidad del decreto demandado, como

---

34 Corte Suprema de Justicia, 04/09/39, citada por Vidal Perdomo, "La potestad reglamentaria en Colombia", cit., p. 820.

vimos en la presentación inicial de la sentencia comentada, y llamar la atención sobre la "prudencia y cautela" con que el Congreso debía legislar sobre estos temas. El fallo sería un antecedente importante para la consagración constitucional de las leyes marco en la reforma de 1968 que adicionó el numeral 22 al artículo 76 de la Carta de 1886, por el cual Congreso debe limitarse a "dictar las normas generales a las que deba sujetarse el Gobierno" en la reglamentación de determinados temas: organización del crédito público, reconocimiento de la deuda nacional y arreglo de su servicio, regulación del cambio internacional y del comercio exterior, así como la modificación de los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas. Esta competencia ampliada permitió al Gobierno establecer por reglamento una nueva nomenclatura arancelaria, facultar a la Dirección General de Aduanas para interpretar la legislación aduanera y arancelaria, y supervisar su cumplimiento[35]. Otro reglamento pudo lícitamente determinar las condiciones y requisitos necesarios para el funcionamiento y desarrollo del régimen cambiario[36], uno más, definir las mercancías sujetas para su importación a la presentación obligatoria de un certificado de inspección[37], y otro modificar el régimen aduanero[38], por citar algunos ejemplos. La Constitución de 1991 ratificaría esta concepción en el numeral 19 del artículo 150, precisando que las normas generales establecidas por la ley deben "señalar los objetivos y criterios" orientadores de la competencia reglamentaria extendida del Gobierno, en las mismas materias relacionadas de la Constitución de 1886, con algunas ajustes[39], y agregando la regulación de las actividades financiera, bursátil, aseguradora y las relacionadas con recursos captados del público (literal *d*), el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública (literal *e*) y el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales (literal *f*). El profesor Libardo Rodríguez adiciona a la lista la inspección y vigilancia de las actividades que la Constitución atribuye al Gobierno nacional (art. 150, num. 8)[40].

La Corte Constitucional ha tenido oportunidad de ratificar el funcionamiento de la distribución de competencias entre el Congreso y Gobierno en

---

35 Decreto 895/80, cuya legalidad fue ratificada por el Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 02/12/82, expediente n.º 3809.

36 Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia 20/05/94, expediente n.º 5185.

37 Decreto 26/95: Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia 29/11/96, expediente n.º 7459.

38 Decreto 2685/99: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 17/09/04, expediente n.º 8624.

39 La regulación del cambio internacional, por ejemplo, se ejerce hoy "en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República (arts. 150.19.b. y 372). Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia 20/05/94, expediente n.º 5185.

40 Rodríguez Rodríguez, *Derecho administrativo. General y colombiano*, cit., p. 388.

este tipo de decretos y su naturaleza eminentemente administrativa[41], aunque su carácter particular, frente a los reglamentos ordinarios, es puesto de presente de manera implícita por la Corte, cuando aclara que algunas de las materias adicionadas por la Constitución de 1991 habían sido reguladas antes mediante decretos-leyes, como las relativas al régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública[42]. En igual sentido, el Consejo de Estado considera que la regulación fruto de leyes marco "tiene o asume la misma posición y valor de la ley", aunque esta "capacidad legislativa" está limitada por las condiciones impuestas por la ley reglamentada y por la caracterización que la jurisprudencia ha hecho de estos decretos[43].

Entre los extremos: el de la reserva legal y los reglamentos derivados de leyes marco, el campo de la mayoría de reglamentos sería variable. Al decir de la sentencia de 1962,

> [...] el ejercicio de esa potestad por el Gobierno se amplía o restringe en la medida en que el Congreso haya utilizado sus poderes jurídicos. El grado de la reglamentación lo señala tácitamente y en cada caso el propio Cuerpo Legislativo. Tanta será la materia reglamentable por el Ejecutivo, cuanta determine la necesidad de realizar el estatuto expedido por las Cámaras[44].

B. Determinación de la necesidad específica de reglamentación

14. La formulación transcrita plantea el interrogante sobre la discrecionalidad del legislador para dejar un extremado margen de reglamentación al Gobierno, de tal suerte que podría ir más allá de la frontera de la distribución de competencias entre ley y reglamento, para caer en una velada delegación de competencias legislativas. Sabemos que esta extralimitación fue la planteada en la demanda resuelta por la sentencia de 1962 comentada, pero hemos visto también que el razonamiento del Consejo de Estado fue particular, debido a la

---

41 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencias C-133/93; C-608/99; C-129/98; C-1218/01.

42 Decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, fruto de la ley de facultades extraordinarias 66/89. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-432/04.

43 Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia 20/05/94, expediente n.º 5185.

44 Sentido retomado en otras sentencias de distintas épocas posteriores, entre la que se pueden citar Sección Segunda, sentencia 31/07/85, expediente n.º 10205; Sección Primera, sentencia 08/02/00, expediente n.º S-761; Sección Segunda, sentencia 21/08/08, expediente n.º 0294-04 y 0295-04; Sección Primera, sentencia 11/07/09, expediente n.º 431-01; Sección Primera, sentencia 30/04/09, expediente n.º 123-01; Sección Segunda, sentencia 29/09/11, expediente n.º 1476-06; Sección Segunda, auto 06/04/11, expediente n.º 1687-07; Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-028/97.

materia económica en juego. Por ello, el interrogante no tiene respuesta, por lo menos directa, en esta sentencia.

15. La Corte Constitucional ha tenido ocasión de analizar el tema, al considerar que si la esencia de la potestad reglamentaria es la instrumentación de la ejecución de la ley, ésta tiene que definir los parámetros suficientemente explícitos para que ello sea posible, so pena de que el reglamento suplante a la ley. La sentencia de 1962, una vez más, daba parámetros implícitos, al explicar que el legislador puede abstenerse de regular integralmente la materia legislada en la ley dejando "ciertos aspectos que a pesar de quedar implícitos en la ley, requieren desenvolvimientos posteriores para efectos de su correcta aplicación". Por consiguiente, la materia reglamentada debe encontrarse en la ley, aunque sea de manera implícita. De lo contrario, el reglamento adiciona algo que no estaba previsto por el legislador. Sin duda, la específica identificación del contenido implícito no es siempre fácil. Además, la dificultad aumenta, si tenemos en cuenta la jurisprudencia citada que permite fundamentar la justificación del reglamento en el sentido y espíritu general de la ley, a través de un análisis complejo, resaltado ya en la jurisprudencia de los años sesenta, como hemos visto.

16. No obstante, la jurisprudencia también expone referentes auxiliares para determinar el límite lícito de la amplitud del reglamento. La Corte Constitucional ha explicado que el "requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria es la existencia previa de un contenido o materia legal por reglamentar". La Constitución consagra una distribución de tareas entre los distintos órganos y ramas del poder público (art. 113) que no puede desnaturalizarse. Las competencias otorgadas al Congreso no pueden trasladarse a otros órganos, sin violar el artículo 113 de la Carta de 1991[45]. La "deslegalización" es así rechazada por la Corte y, por ello, cuando admitió que la Ley 32/79 reconociera a la Comisión Nacional de Valores (hoy Superintendencia de Valores) la facultad reglamentaria para regular aspectos del mercado público de valores, lo subordinó a que no se expidieran normas contrarias a las legales, atribuidas al Congreso. Es decir, su facultad reglamentaria es residual y subordinada tanto a la ley como a los reglamentos gubernamentales[46]. Apoyada en esta concepción, la Corte consideró que la ley no podía confiar al reglamento la definición del contenido mínimo que deben tener los dictámenes de los revisores fiscales para soportar los "estados financieros dictaminados" de las sociedades (art. 38, Ley 222/95). La finalidad del reglamento de proveer lo necesario para la "cumplida ejecución de las leyes" no se cumple cuando el aquel define estos contenidos mínimos,

---

45 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia 564/95.
46 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-397/95.

en reemplazo del Código de Comercio, que contiene un capítulo destinado al *revisor fiscal*[47]. En este caso, el reglamento carecía de materia para reglamentar, por cuanto él mismo la creaba.

17. La misma sentencia también consideró inexequible atribuir al reglamento la definición de los "principios de contabilidad generalmente aceptados", en la medida en que la ley no establece parámetros claros de su contenido. Con el mismo razonamiento, la Corte encontró que la remisión genérica al reglamento en la determinación de los incentivos para recuperar el patrimonio arqueológico y cultural de la Nación carecía de "criterios básicos o parámetros legales para que el Gobierno concrete el contenido y monto de la recompensa" prevista en por la ley[48]. Igualmente, la Corte consideró que cuando la ley permite la creación de unidades inmobiliarias cerradas siempre que no se afecte *significativamente* el espacio público, el legislador "no ofrece parámetros inteligibles, claros y orientadores que permitan establecer en qué casos procede [su] conformación"[49]. Si bien es posible que la ley reconozca un margen suficiente al reglamento para su desarrollo específico, según circunstancias diversas y cambiantes, deben existir criterios mínimos definidos por ella.

18. Estos ejemplos jurisprudenciales dejan sin embargo un margen importante de incertidumbre sobre el alcance de estos criterios mínimos, los parámetros claros y orientadores fijados en la ley, que permitan considerar que el legislador ha creado suficiente *materia reglamentable*. La contratación pública ofrece un ejemplo de la consideración genérica y abstracta que la misma Corte Constitucional puede dar al contenido legal mínimo suficiente. El parágrafo 2.º del artículo 24 de la Ley 80/93 confió al Gobierno la expedición de "un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en [esta ley]". El parágrafo fue impugnado de inconstitucional, por cuanto la materia debía ser regulada por la ley. La Corte rechazó la demanda al considerar que la ley definía un "contenido material legislativo" reglamentable, en la medida en que subordinaba la potestad reglamentaria a "los parámetros establecidos expresamente en el parágrafo", en armonía con los principios de la función administrativa (art. 209, CP 1991). En su aclaración de voto, el magistrado Álvaro Tafur Galvis expuso sus dudas sobre la suficiencia del análisis realizado por la sentencia, en relación con la

---

47 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-290/97.

48 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-474/07. Inexequibilidad parcial del artículo 9.º de la Ley 397/99.

49 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-265/02. Inexequibilidad parcial del inciso 3.º del artículo 64 de la Ley 675/01.

definición mínima legal para el desarrollo del reglamento: la mención explícita de la ley a la contratación directa se encuentra en el artículo 24, que establece la regla general de la licitación y tan solo los eventos excepcionales de contratación directa. Además, los principios de contratación, establecidos como referentes al reglamento, se desarrollan en la ley en relación con la contratación ordinaria, fruto de licitación o concurso. Por su parte, el magistrado Manuel José Cepeda Espinosa también aclaró su voto resaltando que si bien toda la ley fija la posición del legislador respecto de la contratación directa, el principio de reserva de ley impone la definición de la institución que se va a reglamentar, la delimitación de sus alcances y el señalar los propósitos que debe cumplir la ley dentro del ordenamiento jurídico, so pena de delegar en el reglamento materia legislativa. La regla del desarrollo del reglamento inversamente proporcional a la extensión de la ley tiene así límites materiales: "el legislador no puede dejar de adoptar las decisiones básicas que el Constituyente le ha confiado".

19. Las aclaraciones de voto consignan en realidad elementos que darían para salvamentos, por cuanto las exigencias del material mínimo legal que relacionan brillan por su ausencia tanto en la ley como en el análisis de la sentencia. En efecto, fundar el parámetro de reglamentación de la contratación directa en el artículo 24 de la ley, que precisamente consagra la regla general opuesta de la licitación, es un contrasentido, una verdadera aporía. Igualmente, el que el artículo indique los eventos excepcionales de contratación directa nada indica sobre *el rumbo básico*, *los contornos* ni *el sentido* que han de tener los procedimientos respectivos. La ley tampoco *define* la institución de la contratación directa, ni *delimita sus alcances*, ni *señala* sus propósitos esenciales por el solo hecho de remitirse los principios de la contratación, que por lo demás tienen aplicaciones variables según los procedimientos de contratación. La ausencia de elementos esenciales definidos por la ley se constata con la variedad de las concepciones que han tenido los distintos reglamentos de la contratación directa y las múltiples decisiones del Consejo de Estado anulatorias de los reglamentos que han querido definir lo que el legislador no definió.

20. No obstante, la jurisprudencia administrativa sobre la contratación pública ha puesto de presente otro parámetro para la determinación de la amplitud del reglamento. El Consejo de Estado ha considerado, en aplicación de la regla de la potestad reglamentaria inversamente proporcional a la extensión de la ley reglamentada, que una ley de principios como la Ley 80/93 amplía la competencia reglamentaria[50]. Sin embargo, contra esta afirmación de principio,

---

50 Consejo de Estado, auto 19/02/98, expediente n.º 14092.

han sido numerosas las anulaciones de reglamentos cada vez que el Gobierno ha pretendido completar o corregir la ley, en lugar de establecer las condiciones de su ejecución. El silencio del legislador sobre ciertos aspectos contractuales no constituye entonces una habilitación para su regulación por el reglamento, sino el reconocimiento de libertad a favor de la administración, fundado en el principio de autonomía de la voluntad, que el mismo legislador estableció en materia contractual (arts. 32 y 40, Ley 80/93). La *ejecución cumplida de la ley* no necesita en estos casos la intermediación del reglamento.

Frente a la autonomía contractual, el reglamento no puede desvirtuar la libertad de configuración del negocio definida por el legislador, y por ello el Consejo de Estado anuló la disposición reglamentaria que imponía a las empresas transportadoras la obligación de dar aviso al destinatario de la llegada de la carga a su lugar de destino (art. Dto. 1910/96), cuando el Código de Comercio reconoce la autonomía de la voluntad de las partes para regular lo contrario (art. 1026)[51]. Del mismo modo, el juez administrativo encontró que el reglamento no podía imponer a la administración una distinción en la clasificación de los factores de escogencia del contratista entre requisitos habilitantes y factores de calificación (art. 4.º, Dto. 2170/02), cuando la ley había establecido una lista enunciativa de factores, cuya selección y ponderación correspondía a la administración contratante, a través del pliego o los términos de referencia (art. 29, Ley 80/93)[52]. En este aspecto, como en muchos otros ejemplos de anulaciones de reglamentos en contratación pública, fue necesario consignar en ley (art. 5.º, L-1150/07) el reglamento anulado.

21. En fin, un último factor orientador de los límites a la amplitud del reglamento puede establecerse a partir de las leyes marco. La sentencia de 1962 caracterizó el alcance de las materias que exigían ampliación de la competencia reglamentaria del Gobierno. Después de la consagración constitucional, a partir de 1968, la identificación de los decretos fruto de leyes marco define un límite material del alcance de los decretos ordinarios. Como hemos visto, la Constitución define, por contraste, no solo las materias que son objeto de leyes marco, sino también que éstas deben *señalar los objetivos y criterios* de su reglamentación por el Gobierno (art. 150, num. 19, CP 1991). Por consiguiente, la ley ordinaria, que da lugar a un reglamento ordinario, no podrá ser tan genérica que el reglamento contenga la simple identificación de los objetivos de la materia reglamentada, dejando a su cargo desarrollar, de manera integral, los criterios para su regulación. Este sería un reglamento propio de ley marco y no de ley ordinaria.

---

51 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 15/04/77, expediente n.º 2034.
52 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 03/12/07, expediente n.º 24715.

22. La sentencia del 10 de octubre de 1962 sentó así las bases para la determinación de los parámetros esenciales del sentido y alcance de la potestad reglamentaria, que han sido ratificados y concretados con el desarrollo normativo y jurisprudencial en la materia, aunque no se hayan definido con suficiente claridad el carácter ampliado, casi legislativo, de los decretos que desarrollan las leyes marco, ni las bases fiables del contenido mínimo de la materia legislada, que permitan identificar de manera fiable un decreto como reglamentario, y distinguirlo de uno legislativo.

José Luis Benavides