



Consejo de Estado
Sala de Consulta y Servicio Civil

Memoria

2011

TOMO II





**Consejo de Estado
Sala de Consulta y Servicio Civil**

Memoria 2011

TOMO 2



República de Colombia
Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil

Memoria 2011, Tomo II

Consejo de Estado

Sala de Gobierno

Mauricio Fajardo Gómez
Presidente

Gustavo Eduardo Gómez Aranguren
Vicepresidente

Marco Antonio Velilla Moreno
Presidente de la Sección Primera de lo Contencioso Administrativo

Victor Hernando Alvarado Ardila
Presidente de la Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo

Enrique Gil Botero
Presidente de la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo

Martha Teresa Briceño de Valencia
Presidente de la Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo

Mauricio Torres Cuervo
Presidente de la Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo

Augusto Hernández Becerra
Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Augusto Hernández Becerra
Presidente

Enrique José Arboleda Perdomo
Consejero de Estado

Luis Fernando Álvarez Jaramillo
Consejero de Estado

William Zambrano Cetina
Consejero de Estado

Edición General

Augusto Hernández Becerra
Consejero de Estado

Edición de textos e índices temático y analítico

Jenny Galindo Huertas. Secretaria Sala de Consulta

Diseño e Impresión

Impresol Ediciones
Cl 78 No. 29B-44
Comercial@impresolediciones.com
Bogotá, Colombia

ISBN Colección: 978-958-8758-15-2
ISBN Tomo I: 978-958-8758-17-6

Publicación realizada con el apoyo de la Agencia Española
de Cooperación Internacional para el Desarrollo AECID y del
Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD



Tabla de contenido

República de Colombia
Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado
Memoria 2011

Tomo II

VII. HACIENDA PÚBLICA, BIENES DEL ESTADO Y TRIBUTOS

1. Bienes de uso público bajo jurisdicción de la Dirección General Marítima, DIMAR. **Radicado 1682** **11**
2. Bienes de uso público bajo jurisdicción de la Dirección General Marítima, DIMAR. Aclaración del concepto de fecha 2 de noviembre de 2005 por solicitud del Ministerio de Defensa Nacional. **Radicado 1682 (Aclaración)** **46**
3. Viabilidad de enajenación de la totalidad de las acciones objeto de venta a través de programas de enajenación regidos por la ley 226 de 1995. **Radicado 1820** **53**
4. Impuesto sobre vehículos automotores. Sujeto pasivo. El impuesto recae sobre el propietario o poseedor del vehículo. Prueba legal de la propiedad. Necesidad de prever en el presupuesto la apropiación para el pago del impuesto. Responsabilidad fiscal y disciplinaria por no cancelar el impuesto. Posibilidad de registrar la venta a solicitud del vendedor. **Radicado 1843** **64**
5. Clasificación de una acreencia a favor de Fogafin por concepto de anticipo de capitalización. Pasivo interno y externo. **Radicado 1850** **74**
6. Ley 1066 de 2006. Normalización de la cartera pública. Prescripción de cuotas partes pensionales. Cobro intereses de mora. **Radicado 1853** **78**
7. Explotación de recursos naturales no renovables en mares jurisdiccionales. Distribución de regalías. **Radicado 1856** **89**
8. Hacienda Pública. Regalías. Presupuesto. Contabilidad pública. Naturaleza de los recursos que reciben las entidades territoriales a título de indemnizaciones y multas, originadas en la utilización de regalías y compensaciones. **Radicado 1946** **98**
9. Hacienda Pública. Regalías. Presupuesto. Contabilidad pública. Naturaleza de los recursos que reciben las entidades territoriales a título de indemnizaciones y multas, originadas en la utilización de regalías y compensaciones. **Radicado 1946 (Aclaración)** **114**

10. Enajenación a título gratuito de bienes muebles adquiridos con recursos públicos. Radicado 1977	118
11. Enajenación a título gratuito de bienes muebles adquiridos con recursos públicos. Reiteración. Radicado 1977(Aclaración)	126
12. Administración de los fondos parafiscales. Incrementos salariales pagados con recursos de los fondos. Radicado 2000	128
13. Contribución especial de seguridad. Retención por universidades públicas. Radicado 2062	144

VIII. ENTIDADES TERRITORIALES

1. Cumplimiento de sentencias. Sentencias dictadas en contra de la Personería Municipal de Santiago de Cali. Sección del presupuesto municipal. Rubro presupuestal destinado al pago. Radicado 1828	157
2. Regiones administrativas y de planificación. Facultad constitucional de los departamentos para su creación. Radicado 2017	163
3. Competencia y jurisdicción de las autoridades de tránsito. Radicado 2034	174
4. Creación de municipio. Traslado de recursos del Sistema General de Participaciones. Radicado 2044	187
5. Competencia disciplinaria sobre servidores departamentales y municipales con ocasión de la medida correctiva de asunción temporal de competencia prevista en el decreto 028 de 2008. Radicado 2046	202
6. El régimen pensional extralegal en el nivel territorial. Decisiones judiciales en las situaciones individuales derivadas del régimen pensional extralegal de la Universidad del Valle. El precedente jurisprudencial. Los efectos de cosa juzgada de las decisiones judiciales. Radicado 2061	213
7. Faltas temporales de miembros de concejo municipales. Efectos del acto legislativo 01 de 2009. Radicado 2073	226

TERCERA PARTE

SELECCIÓN DE CONFLICTOS DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS AÑO 2011

1. Contraloría Departamental del Guaviare frente a la Contraloría General de la República. Radicado 11001-00016	243
2. Oficina de Control Interno Disciplinario de la Gobernación de Boyacá frente a la Procuraduría Regional de Boyacá. Radicado 2011-0021	252

3. Superintendencia de Industria y Comercio frente a la Comisión Nacional de Televisión. Radicado 2011-00026	256
4. Departamento de Cundinamarca a través del señor Gobernador frente a la Superintendencia de Notariado y Registro a través de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y Secretaria Técnica del Consejo Superior de la Carrera Notarial. Radicado 2011-00034	263
5. Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia frente al Instituto de Seguros Sociales. Radicado 2011-00036	269
6. Contraloría General de la Republica frente a la Contaduría General de la Nación. Radicado 2011-00039	275
7. Superintendencia de Industria y Comercio frente a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil. Radicado 2011-00047	281
8. Contraloría General de Antioquia frente a la Contraloría General de la República. Radicado 2011-00053	292
9. Contraloría Departamental de Córdoba frente a la Contraloría General de la República. Radicado 2011-00055	300
10. El Consejo Nacional Electoral frente a la Junta Administradora Local de Engativá. Radicado 2011-00062	305
11. Oficina de Control Disciplinario Interno de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios frente a la Procuraduría Primera Distrital -Procuraduría General de la Nación. Radicado 2011-00071	310
12. Comisaría de Familia Comuna Uno de Medellín frente a la Defensoría de Familia - Centro de Atención Integral a Víctimas de Violencia Sexual – Centro Zonal Suroriental Regional Antioquia – I.C.B.F. Radicado 2011-00079	317
Índice Analítico	323

VII.

Hacienda pública, bienes
del Estado y tributos

VII. HACIENDA PÚBLICA, BIENES DEL ESTADO Y TRIBUTOS

1. Bienes de uso público bajo jurisdicción de la Dirección General Marítima, DIMAR. **Radicado 1682**11
2. Bienes de uso público bajo jurisdicción de la Dirección General Marítima, DIMAR. Aclaración del concepto de fecha 2 de noviembre de 2005 por solicitud del Ministerio de Defensa Nacional. **Radicado 1682 (Aclaración)**46
3. Viabilidad de enajenación de la totalidad de las acciones objeto de venta a través de programas de enajenación regidos por la ley 226 de 1995. **Radicado 1820**.....53
4. Impuesto sobre vehículos automotores. Sujeto pasivo. El impuesto recae sobre el propietario o poseedor del vehículo. Prueba legal de la propiedad. Necesidad de prever en el presupuesto la apropiación para el pago del impuesto. Responsabilidad fiscal y disciplinaria por no cancelar el impuesto. Posibilidad de registrar la venta a solicitud del vendedor. **Radicado 1843**.....64
5. Clasificación de una acreencia a favor de Fogafin por concepto de anticipo de capitalización. Pasivo interno y externo. **Radicado 1850**.....74
6. Ley 1066 de 2006. Normalización de la cartera pública. Prescripción de cuotas partes pensionales. Cobro intereses de mora. **Radicado 1853**78
7. Explotación de recursos naturales no renovables en mares jurisdiccionales. Distribución de regalías. **Radicado 1856**.....89
8. Hacienda Pública. Regalías. Presupuesto. Contabilidad pública. Naturaleza de los recursos que reciben las entidades territoriales a título de indemnizaciones y multas, originadas en la utilización de regalías y compensaciones. **Radicado 1946**98
9. Hacienda Pública. Regalías. Presupuesto. Contabilidad pública. Naturaleza de los recursos que reciben las entidades territoriales a título de indemnizaciones y multas, originadas en la utilización de regalías y compensaciones. **Radicado 1946 (Aclaración)**.....114
10. Enajenación a título gratuito de bienes muebles adquiridos con recursos públicos. **Radicado 1977**.....118
11. Enajenación a título gratuito de bienes muebles adquiridos con recursos públicos. Reiteración. **Radicado 1977(Aclaración)**.....126
12. Administración de los Fondos Parafiscales. Incrementos salariales pagados con recursos de los fondos. **Radicado 2000**.....128
13. Contribución especial de seguridad. Retención por universidades públicas. **Radicado 2062**144

1. Bienes de uso público bajo jurisdicción de la Dirección General Marítima, DIMAR**Radicado 1682**

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Fecha: 02/11/2005

Levantamiento de la reserva mediante auto del 30 de noviembre de 2009 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

El señor Ministro de Defensa Nacional eleva consulta “tendiente a establecer el procedimiento legal para el otorgamiento de concesiones en los bienes de uso público bajo la jurisdicción de la Dirección General Marítima (playas y terrenos de bajamar), así como en la reversión a favor de la Nación de los mismos y de las obras allí levantadas.” Previa cita de algunas disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, y sin narrar hechos o antecedentes, formula los siguientes interrogantes:

“1. ¿Los bienes de uso público bajo la jurisdicción de la Dirección General Marítima pueden ser desafectados mediante ley a favor de particulares? En caso afirmativo, ¿en qué casos y bajo qué modalidad?”

“2. De conformidad con la Resolución 1602 de 21 de diciembre de 1995 del Ministerio de Medio Ambiente, los manglares son ecosistemas frágiles por ser vitales para la biodiversidad, básicos para la conservación de la línea litoral y cumplir una función filtradora de las cargas orgánicas provenientes de fuentes terrestres, los cuales se encuentran bajo la protección del hoy denominado Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, encontrándose generalmente en áreas de bajamar.”

“En este orden de ideas cual es la autoridad competente para adelantar las investigaciones por destrucción, relleno y ocupación de los mismos?”

“3. La Dirección General Marítima, dependencia del Ministerio de Defensa Nacional, otorga concesiones de playas y terrenos de bajamar bajo su jurisdicción.”

“En caso de realizarse la solicitud de concesión por parte de otra dependencia del mencionado Ministerio (Ejército Nacional, Armada Nacional) quién sería el beneficiario de la concesión, partiendo que el representante legal de las mismas, es el Ministro de Defensa Nacional?”

“4. Al entregarse el uso y goce de los bienes de uso público en concesión, cuya titularidad recae en la Nación, se hace sin contraprestación económica alguna de conformidad con el Decreto Ley 2324 de 1984.”

“¿Es viable jurídicamente el cobro de impuesto predial sobre estos bienes, por parte del Municipio?”

“5. Los bienes de uso público son imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

“¿Qué validez legal tiene la inscripción realizada por los registradores de instrumentos públicos, de escrituras públicas sobre los mismos, así como la asignación de número catastral?”

“6. En desarrollo del concepto de poder general de policía, ¿es posible entender que el Gobernador o el alcalde Municipal tiene la facultad de ordenar la suspensión inmediata de las construcciones en bienes de uso público bajo la jurisdicción de la Autoridad Marítima, que no cuenten con el debido permiso, así como el retiro del material, incluso el utilizado en la obra?”

“7. De conformidad con el artículo 5 numeral 27 del Decreto-Ley 2324 de 1984, los Capitanes de Puerto son competentes para adelantar y fallar investigaciones por construcciones indebidas o no autorizadas en bienes de uso público.”

“¿Con fundamento en la decisión proferida dentro de las mismas el inspector de policía debe proceder inmediatamente a realizar la restitución de los mismos? ¿o es necesario adelantar una querrela? ¿en caso tal, las pruebas recaudadas dentro de la investigación administrativa constituyen plena prueba para el trámite que debe adelantar el inspector de policía para la restitución de los mismos?”

“8. Tratándose de bienes de uso público bajo jurisdicción de la Dirección General Marítima, esta tiene la competencia de adelantar investigación administrativa por construcción indebida o no autorizada en bien de uso público. Se pregunta ¿tiene la autoridad marítima la facultad de establecer con fundamento en los estudios técnicos-científicos de caracterización, realizados en desarrollo de las funciones legalmente establecidas, por los Centros de Investigación de la Autoridad Marítima, que áreas de la zona costera constituyen bienes públicos bajo su jurisdicción?”

“9. De conformidad con el artículo 682 del Código Civil y el 178 del Decreto-Ley 2324 de 1984, una vez ordenada por parte de la autoridad marítima la restitución de un bien de uso público, junto con las construcciones allí levantadas, ya sea mediante fallo de una investigación administrativa por construcción indebida o no autorizada en bien de uso público, por acto administrativo que declare la pérdida de fuerza ejecutoria de la concesión otorgada o el término de la misma, ¿cuál es autoridad competente para llevar a cabo la restitución física del mismo? y ¿cuál la encargada de señalar el destino de los bienes restituidos o recuperados?”

“10. ¿Cómo se debe interpretar el alcance de la expresión “Pero no se entiende lo dicho si la propiedad del suelo ha sido concedida expresamente por la Unión”, contenida en el artículo 682 del Código Civil?”

“11. Teniendo en cuenta la definición de contrato de concesión que consagra la ley 80 de 1993, ¿es posible incluir dentro de la misma, las concesiones que otorga la Dirección General Marítima sobre playas y terrenos de bajamar con fundamento en el Decreto-Ley 2324 de 1984, a pesar de que la norma vigente en materia de contratación al momento de su expedición era el Decreto 222 de 1983, en cuya definición no era factible incluirla?”

“12. ¿Cuál es la autoridad competente para conocer de una acción popular por violación a los derechos colectivos del goce de bienes de uso público, cuando por vía judicial se declaró la propiedad de un bien de esta naturaleza a favor de un particular, teniendo en cuenta que ya caducó la acción de revisión?”

“13. ¿Cómo se debe interpretar el alcance de las funciones de “control” y “vigilancia” asignadas a la Armada Nacional en materia ambiental y de los recursos naturales, contenidas en el artículo 103 de la Ley 99 del 22 de diciembre de 1993, considerando su naturaleza de Fuerzas Militares contemplada en la Constitución Política de Colombia?”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

Las preguntas formuladas contienen múltiples temas que giran en torno a los bienes de uso público bajo jurisdicción de la Dirección General Marítima, DIMAR, dependencia del Ministerio de Defensa Nacional. Para emitir el concepto solicitado la Sala ha encontrado conveniente integrar y desarrollar los conceptos generales comunes bajo los siguientes puntos: 1. Los bienes públicos y en especial los de uso público. 2. Las nociones conexas de espacio público y ambiente sano. 3. Los bienes de uso público bajo la jurisdicción de DIMAR; 4. DIMAR, su naturaleza y sus funciones.

1. Esquema general sobre los bienes públicos. Los bienes de uso público

1.1 Consideraciones preliminares

Es clásica la distinción doctrinal y legal que ha permitido clasificar los *bienes de la Nación* en las categorías de bienes de *uso público* y de bienes *fiscales*; distinción que se hace remontar al derecho romano,⁴²⁹ consagrada en nuestro ordenamiento positivo en el Código Civil, la cual se aplicó en nuestro derecho positivo bajo la vigencia de la Constitución de 1886. A pesar de la claridad legal en la distinción, fueron muchas las críticas formuladas por doctrina, como consecuencia de la influencia de los autores franceses que pusieron en entredicho la existencia y utilidad de estas instituciones.

Con la expedición de la Carta del año 1991, se produjeron varios cambios normativos, entre ellos se regularon en la Carta algunas instituciones hasta ese entonces de creación legal, se alteró la distinción clásica de bienes de uso público y fiscales, se introdujo el concepto de *Estado* al lado del de *Nación*⁴³⁰, y en fin, en actividades que antes eran típicamente estatales como los servicios públicos domiciliarios, se permitió la concurrencia de particulares, variando así la regulación de los bienes públicos afectados a estos servicios.

Estos planteamientos jurídicos llevan a la Sala a efectuar una integración de las normas constitucionales en materia de bienes públicos con la legislación vigente, que en su gran mayoría fue expedida antes de la actual Constitución, con el fin de sustentar una

429 Ver entre otros: SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “Principios de derecho administrativo” Vol II. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. Marzo 2005. Pág. 512

430 Ley 57 de 1887, artículo 2°. Los términos Territorio, Prefecto, Unión, Estados Unidos de Colombia, Presidente del Estado, que se emplean en el Código Civil, se entenderán dichos con referencia a las nuevas entidades o funcionarios constitucionales, según el caso lo requiera.

adecuada interpretación de las mismas y de las respuestas que se dan al final del concepto, advirtiendo de antemano que no se pretende hacer un análisis doctrinario exhaustivo de la materia, labor que le corresponde a la doctrina del derecho administrativo.

1.2 La regulación constitucional de los bienes públicos y en especial de los de uso público

La denominación que abarcaba los bienes de uso público y los bienes fiscales en el Código Civil era indiscutiblemente la de *bienes nacionales*. Por excepción, algunas normas utilizaban giros similares con el mismo contenido, como por ejemplo la locución *sitios de propiedad de la Unión* del artículo 682 del Código Civil, cuya interpretación se pide en la solicitud de concepto, y que se refiere indistintamente a cualquier tipo de propiedad de la Nación sobre el suelo. Por lo general, la doctrina y la jurisprudencia actuales emplean la expresión *bienes públicos* para referirse a la categoría jurídica que engloba todos los bienes detentados por las entidades de derecho público.

Encuentra la Sala que la Constitución Política se refiere a los bienes nacionales en varias normas, de las cuales se transcriben las siguientes para proceder a interpretarlas:

Artículo 63: “Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.”

Artículo 72: “El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para adquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.”

Artículo 75: “El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

(...)

Artículo 82: “Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. / Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.”

Artículo 102: “El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación.”

Artículo 332: “El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.”

Artículo 360: “La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos. / La explotación

de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte.”

(...)

Artículo 362: “Los bienes y rentas tributarias o no tributarias o provenientes de la explotación de monopolios de las entidades territoriales, son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares./ Los impuestos departamentales y municipales gozan de protección constitucional y en consecuencia la ley no podrá trasladarlos a la Nación, salvo temporalmente en caso de guerra exterior.”

Del conjunto de las normas citadas se pueden extraer las siguientes conclusiones que tienen relación con la determinación del régimen de los bienes de uso público:

Ante todo, y como acontecía en la anterior Constitución, la categoría general del artículo 674 del Código Civil de *bienes de la Unión*, léase *bienes de la Nación*, no tiene un equivalente en las normas de rango constitucional, puesto que cada uno de los cánones transcritos regula aspectos particulares de éstos, sin que haya una categoría de orden constitucional que los cobije a todos. Por esta razón, ha estimado la Sala que para referirse al conjunto de bienes de dominio de las entidades de derecho público, independientemente del régimen legal aplicable, es conveniente denominarlos *bienes públicos*, en vez de la expresión *bienes de la Nación* del Código Civil, puesto que el artículo 332 constitucional transcrito, define como propietario de los bienes fiscales allí enumerados al *Estado*, de suerte que puede pensarse que la locución bienes de la Nación los excluyera y por lo mismo carecería de valor interpretativo.

Las normas transcritas indican que la división clásica entre bienes fiscales y de uso público ya no es suficiente para interpretar la totalidad de los bienes públicos considerados por la Carta, pues se regulan además *los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación*, los que no encajan cabalmente dentro de ninguna de aquellas clasificaciones. En criterio de la Sala una clasificación sencilla que pudiera abarcar el conjunto de estos bienes, debe estar centrada en la presencia o no de la posibilidad de *disposición* de los mismos, de manera que uno de los grupos está conformado por aquellos bienes cuyo dominio se ejerce por las entidades públicas de manera similar al de los particulares, y por lo mismo (bajo múltiples limitaciones) están en el comercio, son enajenables, y con ellos se conforma el patrimonio de las entidades dueñas, y el otro grupo o categoría está conformada por todos aquellos bienes que no están en el comercio y tienen los atributos fijados por la misma Constitución de ser inalienables, inembargables e imprescriptibles. Estas categorías pueden denominarse, como lo ha hecho otras veces la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, *bienes patrimoniales* o *bienes fiscales*, e incluso, retomando la vieja locución del Código Fiscal, bienes de la *hacienda pública* para los primeros y *bienes no patrimoniales* o *especialmente protegidos* para los segundos. Esta última expresión busca cobijar bajo una misma categoría, a más de los llamados *bienes de uso público*, todos aquellos que gozan del mismo régimen constitucional de protección enumerados en el artículo 102, si bien

difieran en algunos otros elementos, como el de su finalidad o afectación y el del titular del derecho de dominio.

Recuerda la Sala que uno de los temas controvertidos por la doctrina del derecho administrativo es el de la utilidad de la clasificación del Código Civil entre bienes de uso público y bienes fiscales. Con variados y razonados argumentos se ha sostenido bien la inutilidad de la distinción,⁴³¹ bien la asimilación de ambas clases bajo la noción de propiedad privada,⁴³² o bien la necesidad de una clasificación tripartita, como la propuesta en el derecho francés por André de Laubadere⁴³³ que distingue entre bienes de uso público, bienes afectados a un servicio público, y bienes fiscales, agrupando las dos primeras bajo la categoría de dominio público y asignándole a los segundos los efectos del dominio privado sometido a las reglas propias de los particulares, al punto de expresar que los conflictos judiciales que surgieren a su alrededor serían de la jurisdicción ordinaria. A pesar de las diferentes posiciones doctrinales, estima la Sala que de las normas constitucionales comentadas se desprenden las dos grandes categorías de bienes públicos, la de los no patrimoniales y la de los fiscales, clasificación que es además útil dada las especiales protecciones que la misma Carta atribuye a los primeros.

Otra de las conclusiones que es posible extraer de las normas constitucionales transcritas, consiste en la identificación del titular de los derechos de dominio sobre estas clases de bienes. En tratándose de los enumerados por el artículo 102 citado, es claro que la norma define que todos ellos pertenecen a la Nación. Este artículo ha dado lugar a dos interpretaciones diversas, la primera según la cual consagra el llamado *dominio eminente*⁴³⁴ sobre el territorio y todos sus elementos, y como tal no conlleva una definición del titular del dominio, y una segunda, que prohija la Sala, según la cual, además de establecer el dominio eminente, entendido como el conjunto de poderes jurídicos derivados del ejercicio de la soberanía estatal en el ámbito territorial interno, consagra la titularidad del derecho de propiedad sobre los *bienes del territorio*, locución que es sinónima de bienes de uso público según las voces del artículo 674 de Código Civil. Nótese que la institución bienes del territorio posee una definición legal, por lo que ésta debe prevalecer sobre cualquier otra interpretación semántica que se pretenda de la norma en comento.

La titularidad del derecho de dominio sobre los bienes de uso público ha planteado dos discusiones por parte de la doctrina que se han reflejado en la jurisprudencia nacional,

431 Ver SARRIA, Eustorgio y otro. "Derecho Administrativo" Sexta edición. Ed. C.E.I.D.A. Bogotá 1974. Página 399: "Este modo de estudiar cuestión tan fundamental, no es el apropiado. La distinción comentada, a más de secundaria es inútil. Tuvo ella trascendencia en épocas pretéritas cuando el Estado no cumplía función distinta a la de la tutela teórica de las libertades y derechos individuales, sin que importara algo la base económica y social que hace posible el real ejercicio o goce de esas libertades y derechos, tal como lo anhela vigorosamente el Estado actual".

432 Ver: DE LAUBADERE, Andre, y otros. "Traité de Droit Administratif" Octava Edición. Ed. L.G.D.G. Paris 1986. Tomo 2 Párrafo 300.

433 DE LAUBADERE, Andre, y otros. Op. Cit. Párrafo 258.

434 Sobre el dominio eminente, cfr. Sentencia C-536-97 (octubre 23), Exp. D-1632, Normas demandadas: incisos 9 y 12 del artículo 72 de la Ley 160 de 1994, M.P.: Antonio Barrera Carbonell: "Técnica y doctrinariamente el "dominio eminente" es la expresión de la soberanía, que se manifiesta como un poder que maneja el Estado, entre otras cosas, para regular, orientar, y vigilar el uso, aprovechamiento y disposición de la propiedad, tal como ocurre con las normas sobre la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo en armonía con sus aptitudes, la expropiación de bienes cuando la utilidad pública o el interés social lo requieran, la extinción del dominio sobre los bienes de origen ilícito o detentados al margen de su función social y ecológica, y, en fin, para dictar prescripciones en la esfera de la propiedad pública o privada cuando ello resulta necesario para asegurar el cumplimiento de los fines y cometidos del Estado Social de Derecho."

a saber: la primera, de si realmente puede predicarse que haya un titular del derecho de dominio sobre bienes de uso público, y la segunda de si el único titular es la Nación o si también otras entidades administrativas pueden ser propietarias de estos.

En relación con el segundo punto, es muy frecuente encontrar leyes que asignan la propiedad de algunas especies de estos bienes a entidades territoriales, e incluso a empresas industriales y comerciales del Estado. A manera de ejemplo, se cita el artículo único de la ley 62 de 1919 según el cual se autorizaba al gobierno para vender las fajas de terreno de los caminos “de propiedad de la Nación” que dejaran de prestar este servicio, agregando que “las fajas de caminos departamentales y municipales, que se encuentran en el mismo caso, como propiedad de estas entidades, pueden venderse por ellas, de acuerdo con las leyes y ordenanzas.” En concepto de fecha abril 19 de 2005, referencia No. 1640, esta Sala sostuvo que es antitécnica la expresión legal de otorgar *propiedad* de bienes de uso público a entidades administrativas diferentes de la Nación, puesto que en virtud del artículo 102 de la Constitución Política que se comenta, es ésta la única titular de los derechos de dominio sobre esta clase de bienes. Se agrega, que una cosa es la titularidad del derecho y otra la asignación de las competencias necesarias para la construcción, administración, mantenimiento y protección de estos bienes, las cuales pueden ser entregadas por el legislador a las diferentes entidades territoriales o a personas de derecho público creadas al efecto. Bajo ésta última perspectiva, es muy interesante, por lo precisa, la expresión del decreto 2324 de 1984 sobre la DIMAR que origina esta consulta, según la cual esta entidad *ejerce su jurisdicción* hasta el límite exterior de la zona económica exclusiva, comprendiendo entre otros las playas y los terrenos de bajamar que ocupan este concepto, indicando que no es la titular del derecho de dominio, pero que posee todas las competencias necesarias para su administración y conservación, incluyendo las propias del poder de policía, como se expone mas adelante.

Pasando a la discusión acerca de la naturaleza del dominio sobre los bienes de uso público, la doctrina, especialmente la francesa, ha dudado de que sea un verdadero derecho de propiedad, llegándose a afirmar que el Estado posee tan sólo los atributos de administración, gestión y de policía sobre los mismos, con el fin de garantizar su uso por parte de todos los habitantes.⁴³⁵ En derecho francés, y a partir de la posición de Maurice Hauriou, quien definió el dominio público como “las propiedades administrativas afectadas a la utilidad pública que, como consecuencia de tal afectación, quedan sometidas a un régimen especial de utilización y protección”⁴³⁶ se ha venido aclimatando la idea de que existe un verdadero derecho de propiedad sobre este tipo de bienes, el cual difiere en algunos rasgos de la institución propia del Código Civil, pero que en esencia es la misma categoría jurídica. La doctrina nacional no ha sido ajena a esta discusión, a pesar de la claridad del artículo 674 del Código Civil, en armonía con el artículo 669 *ibidem*⁴³⁷, que sin lugar a dudas determina que el titular es la Nación y que el contenido del derecho

435 Ver los resúmenes de estas posiciones en: De Laubadere, op. Cit. Parágrafos 290 a 292. SARRIA, op. Cit. Pag. 39.

436 Citado por SANTAMARÍA PASTOR, Op. Cit. Pág. 518. En el mismo sentido, De LAUBADERE, op. Cit. Parágrafo 293.

437 Código Civil, Art. 669: El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella (arbitrariamente), no siendo contra ley o contra derecho ajeno. / La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad. (Resalta la Sala – La expresión “arbitrariamente” fue declarada inexecutable en Sentencia C-595-99. M.P. Carlos Gaviria Díaz.)

que es el *dominio* y el *uso* de los bienes, pertenece a todos los habitantes. La nitidez de estos conceptos ha sido resaltada en la obra del profesor Jaime Vidal Perdomo, desde las primeras ediciones de su Derecho Administrativo.

A pesar de las normas del Código Civil que se han comentado, en ocasiones la misma jurisprudencia ha dudado de la existencia de un verdadero derecho de propiedad en cabeza de La Nación, como se desprende de la siguiente sentencia de la Corte Suprema de Justicia cuya doctrina está hoy revaluada, que se cita a manera de ejemplo de la amplitud con la que se han venido recibiendo ciertas teorías jurídicas ajenas a nuestro derecho:

“Los bienes del Estado son o de uso público o fiscales. A estos últimos se les llama también patrimoniales. Una granja, por ejemplo, es un bien de esta clase. El Estado los posee y administra como un particular. Son fuentes de ingresos, y como propiedad privada están sometidos al derecho común. Los primeros, los de uso público, son aquellos cuyo aprovechamiento pertenece a todos los habitantes del país, como los ríos, las calles, los puentes, los caminos, etc. Los bienes de uso público lo son por naturaleza o por el destino jurídico; se rigen por normas legales y jurídicas especiales, encaminadas a asegurar cumplida satisfacción en el uso público. Son inalienables, como que están fuera del comercio, e imprescriptibles, “mientras sigan asignados a la finalidad pública y en los términos en que esta finalidad pública lo exija”.

*“Sostienen distinguidos expositores de derecho que en los bienes de dominio público no tiene el Estado lo que propiamente se llama propiedad, ya que analizados los elementos de que ésta se compone, se encuentra: el **usus**, no es del Estado, pertenece a todos los habitantes del país; el **fructus**, no existe, en tesis general, y el **abusus** tampoco existe en relación con tales bienes, por su condición de inalienables, vale decir, sustraídos del comercio, no susceptibles de propiedad privada. En esos bienes, observa Demófilo de Buen, el Estado no tiene, hablando con propiedad, sino “un derecho de administración o gestión en unos casos, y en otros una función de policía para que no se entorpezca y se coordine el uso común”. En todo caso, el dominio del Estado sobre los bienes de uso público, es un dominio **sui generis**.”*⁴³⁸

Plantea la Sala la discusión sobre este particular, con el fin de orientar la interpretación de las normas actualmente vigentes, y por lo mismo fundar las respuestas a la consulta, pues es claro que se está en presencia de un verdadero derecho de propiedad, cuyo régimen ha sido adaptado en ciertos aspectos para que la regulación sea eficaz frente a las necesidades sociales. En palabras de Vidal Perdomo “la idea de la propiedad se ha ido imponiendo. Esta concepción obedece a que son refutables las tesis opuestas. El *usus* existe, dicen sus partidarios, al menos en los bienes destinados a los servicios públicos; el *fructus* también, ya que cada día se nota la tendencia de la administración a sacar provecho de su dominio; en cuanto a la inalienabilidad, ella probaría mas bien la propiedad, porque la interdicción de vender sería inútil si el Estado no fuera propietario; además es difícil de admitir que la desafectación del dominio público que tiene por efecto permitir su alienación, tiene por virtud crear un derecho de propiedad que no existía.”⁴³⁹ Agrega este autor que “se trata de la transposición de una categoría jurídica del derecho civil al

438 Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 26 de septiembre de 1940, M.P. Dr. Juan A. Donado V.

439 VIDAL PERDOMO, Jaime. “Derecho Administrativo” 12ª Edición. Ed. Legis- U. Rosario. Bogotá, 2004. Pág. 348.

derecho público, como en el caso del contrato administrativo, para el cual imponen ciertas variaciones. A veces se la llama ‘propiedad administrativa’ y se explica que el efecto de esta transposición se refleja en que paraliza las consecuencias habituales de la propiedad ordinaria en todos los casos en que ellas serían incompatibles con la afectación.”

Continúa la Sala con el análisis de las consecuencias que resultan de las normas constitucionales transcritas, y se llega entonces a la enumeración de las especiales protecciones dadas por la Carta a este tipo de bienes, pues son **imprescriptibles**, esto es, no son bienes susceptibles de adquirir por prescripción, con lo cual se protege la propiedad pública y su fin último que es el uso por la comunidad; son **inalienables**, es decir, se encuentran fuera del comercio y no pueden ser materia de actos jurídicos que impliquen disposición o pérdida de la finalidad del bien, sin perjuicio de que el Estado pueda permitir su utilización, con fines públicos o privados, mediante instrumentos como la concesión, la licencia o el permiso, los cuales no pueden afectar en manera alguna ni la propiedad que detenta la Nación, ni la naturaleza pública y la destinación al uso común, que les son característicos; y son **inembargables**, de manera que no hacen parte del activo o patrimonio de la Nación y por lo mismo no constituyen la prenda general de los acreedores, de allí que ninguna medida de ejecución judicial puede restringir el uso directo e indirecto del bien.

Los anteriores atributos son connaturales a los bienes de uso público y también a los demás enumerados por el artículo 63 *ibidem*, autorizando esta misma norma al legislador para extenderlos a otros bienes, como sucede con la inembargabilidad e imprescriptibilidad de los bienes fiscales⁴⁴⁰. Como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, la extensión de tales privilegios, “no por ello puede concluirse que en la actualidad se unificaron tales conceptos, o que la clasificación hubiese dejado de existir, o que los bienes fiscales pasaron a ser de uso público. Aconteció, simplemente, que lo que otrora fue uno de los criterios de diferenciación hoy dejó de serlo, sin que por tal razón la disimilitud se haya esfumado.”⁴⁴¹

Uno de los efectos de la inalienabilidad, como privilegio propio de los bienes de uso público, consiste en que no es necesario el registro del dominio público en la Oficina de Registro, bajo las premisas que se exponen enseguida. Es lógico que si “son bienes de la Unión todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño”, es necesario probar la propiedad privada mas no la pública, pues esta última es la regla general. Si además de lo anterior, los bienes de uso público no están en el comercio, es por demás claro que no se requiere de la existencia del folio de matrícula inmobiliaria, pues no hay vocación de traditarlos ni de ejercer el derecho en forma diferente de su utilización conforme a la afectación del mismo bien. Ahora bien, cuando la Nación adquiere un inmueble de propiedad privada para construir sobre él una vía pública, o para entregarlo a un resguardo indígena o efectuar algún otro tipo de actividad que implique su salida del comercio, es necesario registrar al folio correspondiente esta

440 Sobre la imprescriptibilidad, ver artículo 2519 (bienes de uso público) del Código Civil en concordancia con el artículo 407 numeral 4 (bienes de propiedad de las entidades de Derecho Público) del Código de Procedimiento Civil. Sobre la inembargabilidad, ver artículo 684 incisos 1°, 2° y 3° del Código de Procedimiento Civil.

441 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha julio 29 de 1999. Radicación expediente 5074. M.P. Dr. Jorge Castillo Rugeles.

transacción, con el fin de dar seguridad jurídica a los asociados, pues un bien que había salido del patrimonio público y por lo mismo era objeto de propiedad particular, devino en bien de uso público y por lo mismo se convierte en inalienable.

El artículo 52 del decreto ley 1250 de 1970, que contiene el estatuto de Registro de Instrumentos Públicos, prohíbe la inscripción de cualquier título cuando en él no se indique “la procedencia inmediata del dominio o del derecho respectivo”

La imprescriptibilidad de los bienes de uso público, además de su consagración constitucional y legal, ha sido invariablemente reconocida y protegida por la jurisprudencia civil, contencioso administrativa y constitucional. La Sala considera de especial interés detenerse en la Sentencia de tutela T-294 del 25 de marzo del 2004⁴⁴², que versó sobre providencias proferidas en primera instancia por el Juzgado 6º Civil del Circuito de Cartagena el 30 de noviembre de 1987 y en el grado de consulta por el Tribunal Superior de Cartagena, Sala Civil el 31 de marzo de 1989, respectivamente, que declararon la prescripción extraordinaria adquisitiva a favor de un particular sobre un terreno colindante a la Ciénaga de la Virgen, en Cartagena; la Corte decidió habilitar el término para instaurar el recurso extraordinario de revisión contra las providencias en cuestión, ante la comprobación de que se había desconocido el derecho de la Nación al debido proceso, por cuanto: **1)** el proceso de pertenencia se adelantó con observancia plena del tenor literal de las reglas establecidas en el artículo 413 (hoy 407) del Código de Procedimiento Civil, pero omitiendo “aplicar normas civiles y ambientales vigentes en la época que establecían que el terreno descrito en los testimonios y en la inspección judicial realizada por el Juez del Circuito, **podía ser un bien de uso público, y por ende, era imprescriptible;** **2)** a pesar de haberse allegado el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y haber hecho los emplazamientos de ley, no se analizó “**la hipótesis de que el bien del cual se buscaba la declaración de prescripción fuere de uso público y por ende, que no se encontrara registrada en la oficina de instrumentos públicos**” pues “no es cierto que cuando el registrador de instrumentos públicos emite un certificado en sentido negativo, se habilita al juez que conduce el proceso de pertenencia a declararla frente a un bien imprescriptible”, dado que éste “cuenta con las facultades y poderes suficientes para tratar de ubicar a los eventuales propietarios del bien cuya usucapión se pretende y determinar la naturaleza jurídica del mismo. Por una parte, a través del ya mencionado edicto emplazatorio, y por otra parte, mediante una actividad probatoria por medio de la cual se decreten pruebas de oficio (C.P.C., arts. 179 y 180) en la medida en que se estimen útiles para la comprobación de los hechos relacionados con el proceso, especialmente, el de la naturaleza jurídica del bien objeto del litigio, a fin de darles su correspondiente valoración y poder así resolver sobre la pretensión de pertenencia, deber inaplazable y exigible a los jueces del conocimiento de estas causas...”⁴⁴³; **3)** en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuando *por una u otra razón* no se vincula al propietario del inmueble cuya declaración de prescripción se pretende, la sentencia incurre en causal

442 Sentencia T-294-04 (marzo 25), Exp. T-663828, Acción de tutela instaurada por Rafael Vergara Navarro contra el Juzgado 6to Civil del Circuito de Cartagena y la Sala Civil del Tribunal Superior de Cartagena, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

443 Sentencia C-383 de 2000, MP Álvaro Tafur Galvis.

de anulación “*sin atenuantes*”⁴⁴⁴, para cuyo ejercicio, previo repaso de los casos excepcionales en los cuales ha admitido la posibilidad de reabrir términos procesales por vía de tutela, consideró procedente en el caso analizado, como forma de resolver el conflicto entre los principios de la cosa juzgada y de la seguridad jurídica, y la violación del derecho al debido proceso de la Nación y sus consecuentes efectos respecto de los derechos ambientales de la población y de la eventual destinación al uso público del bien; **4)** “...el edicto emplazatorio no es un medio adecuado y suficiente para garantizar el derecho de defensa de la Nación en los procesos en los cuales se pretende usucapir un bien de uso público”, pues “*No es posible pretender que los organismos estatales estén obligados a verificar cada uno de los edictos emplazatorios que informen acerca del inicio de procesos de dominio, en la eventualidad de que éstos busquen la apropiación de bienes de uso público. Dada la cantidad de dichos bienes, y lo indeterminada de la identificación de éstos, la labor mencionada sería imposible, pues desbordaría los recursos humanos con que cuenta cualquier infraestructura estatal. Lo anterior no sucede con, por ejemplo, los bienes fiscales, pues cada entidad es propietaria de un número fijo de éstos, y a la vez, al ser transables, se encuentran inscritos en las oficinas de instrumentos públicos.*”⁴⁴⁵; **5)** el ejercicio del derecho de propiedad particular tiene como limitaciones constitucionales “el orden ecológico dispuesto por la Constitución y la destinación de los bienes de uso público”; respecto de esta última, precisa que “las normas legales, o los títulos de propiedad, no justifican la apropiación de un bien de uso público”, y que “*el artículo 407 ordinal 4º del Código de Procedimiento Civil señala que la declaración de pertenencia no procede respecto de los bienes de propiedad de las entidades de derecho público, lo cual significa que los bienes fiscales no pueden ser adquiridos, conforme a la ley, por prescripción. En esas circunstancias, una persona puede ocupar, por necesidad, un terreno fiscal para establecer su vivienda, pero no podrá nunca adquirirlo por prescripción, aun cuando lo poseyera por varias décadas.*”⁴⁴⁶; **6)** la ineficacia de las decisiones judiciales que declaran la pertenencia de

444 Sentencias de la Sala de Casación Civil, MP Manuel Ardila Velásquez, del 14 de enero de 2003.

445 El Estatuto del Registro de Instrumentos Públicos (Decreto 1250 de 1970) establece en su artículo 2º, que “[e]stán sujetos a registro: 1. Todo acto, contrato, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique Constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes raíces, salvo la cesión del crédito hipotecario y prendario.” Sin embargo, el registro no incluye los bienes, cuyas características han sido descritas por la Ley como de uso público, sin que se haya hecho una especificación acerca del terreno y sus linderos. En caso en que el juez tenga dudas acerca de la naturaleza de un bien del cual se solicita la declaración de pertenencia, éste debe acudir a la Capitanía de Puerto, que, como se ha constatado a lo largo de este proceso, es la entidad competente para evaluar si el inmueble es o no de uso público.

446 Sentencia C-256 de 1996 (MP Alejandro Martínez Caballero). Demanda sobre el artículo 58 de la Ley 9ª de 1989, que previó que bajo ciertas condiciones las entidades públicas del orden nacional cederían a título gratuito los inmuebles de su propiedad que fueran bienes fiscales y que hubieran sido ocupados ilegalmente para vivienda de interés social. La Corte declaró la exequibilidad de la norma precitada al considerar que la imprescriptibilidad de los bienes fiscales, además de los de uso público, no vulneraba los derechos a la igualdad, a la propiedad, ni el principio de prevalencia del derecho sustancial. Al respecto, ver la sentencia C-530 de 1996 (MP Jorge Arango Mejía). En el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia, al estudiar la concordancia del numeral 4º reseñado con el artículo 30 de la constitución anterior (derecho de propiedad). En dicha oportunidad la Corte Suprema consideró: “[A]l excluir los bienes fiscales de propiedad de las entidades de derecho público de la acción de pertenencia, como lo dispone la norma acusada, no se presenta infracción del artículo 30 de la Constitución, por desconocimiento de su función social, sino que ese tratamiento es el que corresponde al titular de su dominio, y a su naturaleza, de bienes del Estado y a su destinación final de servicio público.” Sentencia de noviembre 16 de 1978, MP Luis Carlos SÁCHICA.

un bien de uso público; al respecto cita el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado, Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa:

*“[L]a actora denuncia como violad[o] [su derecho de propiedad], en cuyo concepto de la violación emergen, como cuestión principal la de la eficacia que puede tener en el caso de la declaración judicial de pertenencia a favor de un particular, (...) así como la venta posterior que el beneficiario de la sentencia hizo de la actora de una parte del terreno objeto de dicha declaración (...)./ De entrada cabe decir que tales actos no tienen eficacia alguna respecto de playas y terrenos de bajamar, por ser ambos, bienes de uso público (...), lo cual determina dos consecuencias que les restan todo valor jurídico frente a estos bienes, a saber: de una parte, los bienes de uso público, no se prescriben en ningún caso (...), y otra, son de la Nación (...). / [L]a sala debe concluir que la decisión judicial y el acto contractual aducidos por la actora, no son oponibles en cuanto comprendan zona de playa y terrenos de bajamar, de suerte que si dentro de los linderos de los terrenos adquiridos por la sociedad ahora actora quedó comprendida algún área que esté constituida por playa o por terrenos de bajamar, el respectivo acto de enajenación no tiene eficacia alguna respecto de dicha área, por cuanto se entiende que ésta nunca ha salido del dominio de la Nación, y, a contrario sensu, nunca ha entrado al dominio de la actora, ni de quien pretendió transferírsela, por fuerza de las razones jurídicas y geopolíticas anotadas. / En consecuencia, si en la actuación administrativa (...) se verificó que el muro que ordenó remover está construido en zona de playa, y en el proceso no se ha desvirtuado que dicha orden no está desconociendo la sentencia judicial, dado que no es oponible, en cuanto al área de mención, y menos, vulnera derechos adquiridos o de propiedad de la actora, por sustracción de materia, ya que no se pueden desconocer derechos que nunca han nacido a la vida jurídica. Tampoco se desconoce la cosa juzgada, por cuanto ésta no puede predicarse o consolidarse respecto de decisiones judiciales que por su objeto son oponibles.”*⁴⁴⁷

En síntesis, la Corte recoge todas las razones jurídicas que sustentan y preservan la imprescriptibilidad de los bienes públicos, tanto no patrimoniales como fiscales, en tanto garantía de protección de los intereses generales que en ellos se radican.

La doctrina también clasifica este tipo de bienes, en *bienes de uso público naturales*, refiriéndose a aquellos que se encuentran en el estado en que la naturaleza los ofrece, como los parques naturales o las playas; y en *bienes de uso público artificiales*, porque su creación depende de hechos humanos, como las calles, plazas y puentes. Como se verá mas adelante, esta distinción es bien interesante al momento de analizar la desafectación de estos bienes, con el fin de convertir su régimen en el de bienes fiscales.

Como se ha dicho, el artículo 102 de la Constitución Política utiliza la expresión bienes públicos del territorio, indicando la institución que se ha venido comentando de bienes de uso público. En esta categoría es esencial que el uso de tales bienes pertenezca a todas las personas, por lo que procede la Sala a efectuar un breve análisis de esta afectación, para efectos de sustentar sus respuestas.

447 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 23 de marzo de 2001, CP Manuel S Urueta Ayola, Actor, Inversiones Araujo Perdomo Ltda. En el mismo sentido se pronunció la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de septiembre de 1996, expediente S-404.

Corresponde pues, a la ley, regular el uso y goce universal de los bienes de uso público por parte de todas las personas, quienes tienen acceso a ellos sin necesidad de permiso o autorización particular, aunque obviamente su utilización se debe hacer conforme a derecho. Como excepción a esta regla general, el uso de estos bienes puede ser objeto de aprovechamiento particular, generalmente mediante su *ocupación*, bien para satisfacer necesidades propias o las de la colectividad, sin modificación de su titularidad. Con sujeción al Código Civil y a la legislación especial que los rige, se requiere en todo caso, “permiso de autoridad competente”⁴⁴⁸, pues es deber del Estado proteger su integridad y el uso común que les es propio. Advierte la Sala que el vocablo “permiso” es usado ahora como término genérico que connota la necesaria intervención de una autoridad pública, según disponga la ley para cada caso. Esta autorización es esencialmente temporal (sea que incluya plazo o no), revocable, y no puede generar derecho alguno que implique cambio en la titularidad o en la naturaleza jurídica del bien. Esta forma excepcional de utilización de los bienes de uso público, puede hacerse con dos finalidades: una pública, de manera que el autorizado detente el bien para continuar con la utilización colectiva; u otra, privada, porque lo utilice para su propio beneficio, con exclusión de las demás personas. La autorización para su utilización, su ocupación o para construir obras, no conlleva la posibilidad de adquirir el suelo ocupado, y las construcciones revertirán a la Nación, para su propio uso o para el uso general, según lo tenga previsto la ley⁴⁴⁹.

Siguiendo con los comentarios a los cánones constitucionales transcritos, encuentra la Sala que al lado de los bienes de uso público, y dentro de los que se ha definido como *bienes no patrimoniales*, es posible identificar otros bienes con regímenes especiales en el artículo 63 *ibídem*. Sin pretender hacer más que enunciar los rasgos que permitan delimitar las distintas figuras, procede la Sala a trazar algunas de las líneas generales de estos diferentes tipos de propiedad considerados en la Constitución, como se hace enseguida.

- b. *Los parques naturales*. En general poseen las características de los bienes de uso público pero se distinguen de ellos en cuanto a la afectación de las tierras que los componen, pues los bienes de uso público o universales se encuentran afectados al uso de todos los habitantes, el cual les pertenece, según la definición del Código Civil, mientras que la finalidad de los parques es eminentemente ecológica, respondiendo a un derecho colectivo y no a la satisfacción de una necesidad individual, que es lo que predomina en los de uso público.
- c. El patrimonio arqueológico. Están afectados a la identidad cultural de la Nación, y por este motivo gozan de las protecciones constitucionales y legales, una de ellas la de estar por fuera del comercio y ser inalienables inembargables e imprescriptibles. Se reconoce que puede haber bienes que se encuentran en esta categoría que pertenecen a particulares, y la ley debe establecer los mecanismos para que la Nación los recobre.
- d. *Tierras comunales, de grupos étnicos y tierras de resguardo*: De ellas tratan los artículos 55 transitorio y 329 de la Constitución Política, tienen como característica que

448 Artículo 679. “Nadie podrá construir, sino por permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales, y demás lugares de propiedad de la Unión.”

449 Cfr. Decreto ley 1355/70, Arts. 16, 17 y 18; y Decreto ley 2324/84, Arts. 174, 175 y 176. &S

el titular de los derechos es la comunidad en sí misma, su afectación opera por razones culturales como marco geográfico de unión de la comunidad y de producción colectiva de sus bienes y servicios. Cabe anotar que mientras las tierras de grupos étnicos pueden ser enajenables “en los términos que señale la ley”, la Carta directamente establece que “los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.”

Cada uno de estos tipos de bienes públicos tiene su propio desarrollo legal, al que remite la Sala para efectos de la profundización que pueda requerirse.

Para concluir esta perspectiva constitucional sobre los bienes públicos, es necesario hacer unos pocos comentarios sobre los bienes patrimoniales o bienes fiscales. Ante todo, es necesario anotar que están constituidos por verdaderos derechos reales, bajo las mismas reglas del derecho de los particulares. Lo anterior no significa que el régimen jurídico sea exclusivamente de derecho privado, y menos aún que los conflictos que se susciten alrededor de los mismos sean de la jurisdicción civil. En este orden de ideas, la distinción que hace la doctrina francesa de dominio público y dominio privado no es de recibo de manera automática en derecho colombiano. Es característico de este conjunto de bienes que sobre ellos se ejerce el derecho de dominio y *gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares* según la definición constitucional. Estos bienes hacen parte del patrimonio de cada una de las personas jurídicas públicas dueñas de los mismos. El artículo 332 habla del *Estado* como titular del derecho de propiedad sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables, quien recibe una contraprestación por la explotación de los mismos, denominada regalía. La Corte Constitucional ha entendido que la locución Estado que utiliza este artículo, abarca a la Nación y las entidades territoriales que pudieran tener derechos sobre estos recursos⁴⁵⁰.

Por ser de especial interés para las respuestas, procede la Sala a analizar los mecanismos que posee la administración para hacer efectivos los privilegios propios de los bienes de uso público.

1.3. Los medios de defensa y protección de los bienes de uso público

El uso general que es propio de los bienes de uso público, se garantiza en el ordenamiento jurídico, por vía administrativa y por vía jurisdiccional; en el primer caso se trata del ejercicio de funciones de policía reguladas por el legislador, y en el segundo de las acciones populares, las que fueron consagradas inicialmente en el Código Civil. Pasa la Sala a tratar someramente estos puntos, con referencia especialmente a las preguntas formuladas.

1.3.1. La protección de los bienes de uso público ante los jueces

El Código Civil, en los artículos 1005, 1006 y 1007, consagra y desarrolla a favor de “la municipalidad o cualquier persona del pueblo”, una acción popular resarcitoria y con recompensa para el actor, en iguales términos a “los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados”, como mecanismo para defender “los caminos, plazas u otros lugares de uso público”. Obsérvese que son acciones populares de creación legal anterior a la Carta vigente en la actualidad.

450 Ver, entre otras, Sentencia C-1063-03 (noviembre 11) Exp. D-4655, Normas demandadas Arts. 159 y 160, DL. 2811/74, M.P. Jaime Araújo Rentería.

La Constitución de 1991 incluye en el artículo 88⁴⁵¹, las denominadas “acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos” dejando a la ley su regulación; y en el artículo 89⁴⁵² ordena que la ley podrá establecer otros recursos, acciones y procedimientos que sean necesarios para la defensa de los derechos colectivos, entre otros, por omisión o acción de las autoridades.

Las acciones populares establecidas en el artículo 88 de la Constitución, están desarrolladas en la Ley 472 de 1998⁴⁵³, como acciones “orientadas a garantizar la defensa de los derechos e intereses colectivos” y “son medios procesales” para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, amenaza vulneración o agravio, por parte de autoridades públicas o de particulares, sobre los derechos e intereses colectivos o restituir las cosas a su estado anterior si ello es posible; en el artículo 3º enlista, de manera enunciativa, los bienes protegidos, entre los cuales incluye “... d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; (...)” y en el párrafo de este artículo estatuye que “*Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley.*” Interesa destacar, porque corresponde a una de las inquietudes planteadas en la consulta, que la Acción Popular de la Ley 472 de 1998 comparte con las acciones consagradas en el Código Civil, la posibilidad de ser interpuesta en cualquier tiempo “mientras subsista la amenaza o peligro al derecho o interés colectivo”.

Como se expuso anteriormente, la Corte Constitucional, en sede de tutela, ha protegido el derecho fundamental al debido proceso en caso de procesos y sentencias judiciales en las que se declara titular del derecho de propiedad por usucapión a un particular sobre las playas y terrenos de bajamar, que son claramente bienes de uso público.

1.3.2. La policía administrativa

En el Derecho Constitucional y Administrativo, la “policía administrativa” significa un poder jurídico de tomar decisiones que limitan la libertad y la propiedad de los particulares; en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, el tema se ha abordado en la triple perspectiva de poder, función y actividad material, así⁴⁵⁴:

451 Constitución Política, Art. 88. “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. / También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. / Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.”

452 Constitución Política, Art. 89. “Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.”

453 Ley 472 de 1998, “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 43.357, (agosto 6/98), que entró a regir un año después de su promulgación por mandato del artículo 86 de la misma ley.

454 Cita de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, contenida en la Sentencia de la Corte Constitucional C-024-94, Exp. D-350, Normas demandadas: Arts. 56 (parcial), 57 (parcial), 62 (parcial), 64, 70 (parcial), 71 (parcial), 78, 79, 81 (parcial), 82, 84, 102 (parcial), 105 (parcial) del Decreto ley 1355 de 1970, y Arts. 111 y 118 del Decreto ley 522 de 1971, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

“a) El poder de policía es normativo: legal o reglamentario. Corresponde a la facultad legítima de regulación de la libertad. En sentido material es de carácter general e impersonal. Conforme al régimen del estado de derecho es, además, preexistente. b) La función de policía es reglada y se halla supeditada al poder de policía. Supone el ejercicio de competencias concretas asignadas por éste a las autoridades administrativas de policía. Más repárese en que dicha función no otorga competencia de reglamentación ni de regulación de la libertad. c) La actividad de policía, asignada a los cuerpos uniformados, es estrictamente material y no jurídica, corresponde a la competencia de ejercicio reglado de la fuerza, y está necesariamente subordinada al poder y la función de policía. Por lo tanto, tampoco es reglamentaria ni menos reguladora de la libertad.”

Es, pues, de la competencia del legislador regular el ejercicio de los derechos y de las libertades individuales, pudiendo limitar la realización de algunas actividades o prohibirla de manera general pero estableciendo condiciones de excepción en las cuales el cumplimiento de determinados requisitos habilita al particular para adelantarlas. Y entonces, es de competencia de las autoridades administrativas que la ley señale, el otorgamiento de la concesión, la licencia o el permiso, esto es, de la autorización legalmente exigida. La Corte Constitucional⁴⁵⁵ ha dicho:

“3.1. De las autorizaciones administrativas. De manera general puede decirse que la autorización administrativa comporta la existencia de una prohibición previa sobre actividades que en principio se consideran propias de los particulares⁴⁵⁶. En el Estado Social de Derecho el ámbito de esas autorizaciones administrativas se ha visto ampliado de manera extraordinaria puesto que, como lo han puesto de presente Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, ya no opera exclusivamente a partir de la noción de orden público, concebido en la triple dimensión de tranquilidad, seguridad y salubridad, sino que se ha extendido al campo de la actividad económica, dentro del cual adquiere una nueva dimensión, en función del papel que al Estado le corresponde en la dirección de la economía y la promoción del interés general.⁴⁵⁷ Dentro de la tipología de las autorizaciones administrativas presentada por los citados autores importa destacar, para los efectos de esta providencia, en primer lugar, las que corresponden a la distinción entre autorizaciones para la realización de una operación determinada, que se agotan una vez realizada la operación, y las que se conceden para una actividad que se prolonga en el tiempo, caso en el cual su vigencia se supedita a la persistencia de las condiciones que se tuvieron en cuenta para su otorgamiento. En segundo lugar, es necesario tener en cuenta que las autorizaciones pueden responder a competencias estrictamente regladas, evento en el cual, satisfechas por el particular las condiciones generales previstas en la norma, la autorización debe concederse necesariamente, o pueden estar previstas bajo la modalidad de una potestad discrecional de la Administración, la cual puede tener un margen de apreciación en torno a la oportunidad o las condiciones de la autorización. Finalmente García de Enterría y Fernández, distinguen entre autorizaciones personales, reales y mixtas, según que su centro de atención se sitúe en la persona del peticionario, caso en el cual tendrán el carácter de intuitu personae, o en las condiciones del objeto, evento en el cual, en principio, no cabría

455 Corte Constitucional, Sentencia C-1078-02 (Diciembre 5), Exp. D-4095, Normas demandadas: Arts. 13, 18 (parcial) y 60 (parcial) de la ley 336 de 1996 (Estatuto Nacional de Transporte), M.P. Rodrigo Escobar Gil.

456 En este sentido ver Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ Curso de Derecho Administrativo, tomo II, pp. 118 y ss., Editorial Civitas, Madrid, España, 1986.

457 Op. Cit p. 121.

restricción alguna a la libre transmisión de las mismas. Es frecuente, sin embargo, como lo ponen de presente estos autores, que las autorizaciones tengan el carácter de mixtas, caso en el cual están presentes los elementos característicos de los dos extremos. / Las autorizaciones comportan, en general, una limitación de la libre iniciativa y de la libertad económica y no pueden, conforme al régimen constitucional colombiano, establecerse sino por disposición de la ley. En cuanto que medida de intervención del Estado en la economía, dichas autorizaciones, en relación con sus fines y modalidades deben sujetarse las previsiones de los artículos 150 numerales 21 y 23, y 334 de la Constitución, y, en todo caso, a los principios de razonabilidad y proporcionalidad / Cabe señalar, finalmente que, tal como lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Corte, las autorizaciones administrativas no constituyen derechos adquiridos para sus beneficiarios, sino que, particularmente las que se refieren al ejercicio continuo de una actividad y tienen vocación de permanencia, -como las que, precisamente, se conceden para la actividad de transporte-, dan lugar a una situación legal y reglamentaria, en la que los derechos y las obligaciones que de ellas se derivan, están referidos a la norma que establece la restricción para la actividad de los particulares y el régimen de la respectiva autorización. Este tipo de autorizaciones, como lo han puesto de presente García de Enterría y Fernández, ...responden, en efecto, con carácter general al esquema de los actos condición (concepto que perfiló León DUGUIT); son, pues, títulos jurídicos que colocan al administrado en una situación impersonal y objetiva, definida abstractamente por las normas en cada caso aplicables y libremente modificables por ellas, una situación, en fin, legal y reglamentaria, cuyo contenido, en su doble vertiente, positiva y negativa (derechos y obligaciones), hay que referir en cada momento a la normativa en vigor.⁴⁵⁸

En el ordenamiento legal actualmente vigente, los vocablos “permiso”, “licencia” y “concesión”, denotan las autorizaciones administrativas conferidas en actos unilaterales; pero también el término “concesión” refiere a actos bilaterales de la autoridad administrativa, tipificados como el “contrato de concesión” en el estatuto contractual público. Como ya se enunció, la terminología legal no es unívoca al respecto. El Decreto ley 2324 de 1984, es un ejemplo de ello, según se lee en el Título IX, “Concesiones y permisos de construcción”. Para efectos de la consulta, la Sala hace las siguientes consideraciones a la luz de la legislación vigente.

El Decreto Ley 1355 de 1970, “por el cual se dictan normas sobre policía”⁴⁵⁹, contempla bajo el concepto de “permiso” dos situaciones diferentes: 1ª) Ante prohibiciones de carácter general establecidas en la ley o el reglamento de policía que admitan expresamente excepciones, esta actividad puede ejercerse mediante “permiso de policía”, que será otorgado cuando el solicitante del permiso acredite que el ejercicio de la actividad prohibida “no acarrea peligro alguno para el orden público”⁴⁶⁰; 2ª) actividades permitidas cuyo ejercicio se supedita a condiciones o requisitos de carácter legal⁴⁶¹, de manera que

458 Ibid.

459 Diario Oficial No. 33.139 de septiembre 4 de 1970; vigente parcialmente con modificaciones de los Decretos Leyes 2055/70, 522/71, 2737/89 y las Leyes 232/95 y 746/02, y de las decisiones jurisprudenciales de constitucionalidad proferidas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

460 DL.1355/70, Art. 14. “Cuando la ley o el reglamento de policía estatuya una prohibición de carácter general, y no obstante admita expresamente excepciones, la actividad exceptuada sólo podrá ejercerse mediante permiso de policía. / Se otorgará el permiso cuando se acredite que el ejercicio por parte del solicitante de la actividad exceptuada no acarrea peligro alguno para el orden público.”

461 Artículo 333 de la Constitución Política: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.”

comprobado su cumplimiento se otorga el permiso⁴⁶². Ejemplo de la primera situación es la prohibición constitucional y legal de la ocupación por los particulares de los bienes de uso público, la que puede darse con “permiso especial de la autoridad competente”. Ejemplo de la segunda, son las licencias ambientales definidas en la Ley 99 de 1993, en los siguientes términos:

Artículo 50: “De la Licencia ambiental. Se entiende por Licencia ambiental la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada”.

La concesión en la legislación vigente corresponde a un contrato estatal, que la ley 80 de 1993⁴⁶³, define en el artículo 32, numeral 4º, así:

*Artículo 32 De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...) 4o. **Contrato de Concesión.** Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”*

En la legislación citada, y sin perjuicio del análisis de algunas leyes en particular como consecuencia de la disparidad en la terminología empleada, encuentra la Sala que se presentan estas situaciones:

- a. La concesión es un contrato, uno de cuyos objetos es el de los bienes de uso público, cuyo uso puede concederse siempre que se garantice cumplir el uso público al que está destinado. Dicho de otra manera, no hay concesión para uso exclusivo o excluyente de los terceros al contrato, pues a juicio de la Sala, la concesión se ha establecido para que el concesionario preste el servicio a que está afectado el bien de uso público que se le entrega. Es por esto por lo que la concesión en cuanto contrato tiene *efectos a favor de terceros* también llamados por la doctrina *efectos reglamentarios* enfatizando con esto que la concesión obliga al concesionario a permitir el uso del bien concesionado a todos los usuarios, como si fuera

462 DL. 1355/70, Art.15. “Cuando la ley o el reglamento de policía subordine el ejercicio de una actividad a ciertas condiciones o al cumplimiento de determinados requisitos, dicha actividad no podrá ejercerse sino mediante permiso otorgado previa la comprobación de aquellas o el cumplimiento de éstos.”

463 Ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Diario Oficial No. 41.094, octubre 28 de octubre de 1993.

la misma administración, y es por esta actividad que recibe su remuneración. Bajo ningún punto de vista, el concesionario deviene en propietario del bien de uso público, ni la concesión significa una desafectación del bien. Esta afirmación es viable hacerla a partir de la ley 80 de 1993, dada la generalidad que tiene tanto la definición transcrita como la ley misma por ser el Estatuto General de Contratación de la Administración. Cabe anotar que las leyes anteriores a este estatuto, que denominan “concesiones” a verdaderas autorizaciones, siguen vigentes en tanto permisos, pero sus reglas no pueden interpretarse bajo las normas del contrato de concesión de la Ley 80 de 1993.

- b. Los vocablos licencia y permiso, y en veces incluso el de concesión, invocan autorizaciones de una autoridad administrativa para que los particulares puedan desarrollar determinadas actividades que en principio están prohibidas, o que, estando permitidas, su ejercicio se supedita al cumplimiento de determinados requisitos y condiciones. En materia de bienes de uso público, por lo general la licencia o el permiso se confieren para la ocupación o el uso exclusivo total o parcial del bien, por lo que por regla general es precario.

Al regular la función de policía, el legislador además de lo expuesto, tipifica conductas, por lo general denominadas contravenciones, con sus correspondientes sanciones, y determina la autoridad competente para su investigación y decisión. La ley general es el ya citado Decreto Ley 1355 de 1970, con sus varias modificaciones; y para el caso de la consulta, se encuentra el Decreto ley 2324 de 1984, que atribuye a DIMAR competencias de investigación y sanción relacionadas con conductas que vulneren o amenacen los bienes de uso público bajo su jurisdicción.

2. Las nociones constitucionales de espacio público y ambiente sano, y su relación con los bienes de uso público

La noción de *espacio público*, fue incorporada en el artículo 82⁴⁶⁴ a la normativa constitucional para consagrar como específico deber del Estado el de “velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular”. La norma constitucional también incluye como previsión adicional, que en el ámbito urbano “las entidades públicas” regularán su utilización “en defensa del bien común” y tendrán derecho a participar en la plusvalía que genere su actividad urbanística.

Este concepto había sido introducido en nuestro ordenamiento por la Ley 9ª de 1989⁴⁶⁵ y está definido en el artículo 5º como “*el conjunto de inmuebles públicos y los*

464 Constitución Política, Art. 82. “Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. / Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.”

465 Ley 9 de 1989, Art. 5º: “Entiéndese por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes. / Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los

elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes...”, agregando una relación enunciativa en la cual se incluyen “...los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales ...”. Tanto la norma constitucional como la legal, permiten entender que el espacio público está compuesto por bienes públicos y algunos elementos de los inmuebles de propiedad privada, que, al estar organizados en la ciudad, componen este elemento urbano que goza de especial protección y regulación legal, recalcando que el centro de esta regulación está en proteger es determinada forma de organización de los bienes que lo conforman. La integración y ordenación de este conjunto de bienes, la realiza en cada distrito o municipio el Plan de Ordenamiento Territorial, POT, que se expide siguiendo los lineamientos legales.

En relación con el ambiente sano, generalmente conocido como medio ambiente o simplemente ambiente, tiene consagración constitucional como uno de los derechos colectivos que goza de especial protección en la Carta y en la ley, al punto que se han establecido acciones populares para su protección, es uno de los fines que debe cumplir la educación, y somete la propiedad privada a una *función ecológica* que le es inherente⁴⁶⁶. Si bien en la anterior Constitución no se encontraba regulado, fueron múltiples las leyes que se expidieron buscando su protección, casi todas ellas bajo la concepción del poder policía, pues la actividad particular se limitaba en aras del mantenimiento de este bien colectivo. Como se expondrá más adelante, tanto el Código de los Recursos Naturales, como la Ley 99 de 1993, “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones” regulan especialmente este tema.

Del esquema trazado hasta ahora, resalta entonces la Sala que un mismo bien, por ejemplo una playa, puede estar sometido a variadas regulaciones, pues en sí misma es un bien de uso público, pero también puede hacer parte del espacio público de una determinada ciudad, y además puede existir una zona de manglares que debe ser protegida en forma tal que garantice el ambiente sano, de suerte que bajo estas tres regulaciones puede haber tres autoridades administrativas que tengan a su cargo el ejercicio de unas funciones orientadas a ejecutar cada una de estas regulaciones, de allí la necesidad de haber aclarado estos conceptos para proceder al estudio de las competencias propias de la DIMAR y demás autoridades con las que se relaciona.

elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo.”

466 Artículo 58 Constitución Política.

3. Las funciones de la Dirección General Marítima DIMAR sobre los bienes de uso público bajo su jurisdicción

3.1 Los bienes de uso público bajo jurisdicción de DIMAR

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1983⁴⁶⁷, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2324 de 1984, por el cual reorganizó la “Dirección Marítima (y Portuaria)”⁴⁶⁸, DIMAR, dependencia del Ministerio de Defensa Nacional.

En el artículo 2º del Decreto ley 2324 de 1984, el legislador extraordinario estableció que DIMAR “ejerce su jurisdicción hasta el límite exterior de la zona económica exclusiva, en las siguientes áreas: aguas interiores marítimas, incluyendo canales intercostales y de tráfico marítimo; y todos aquellos sistemas marinos y fluvio-marinos; mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva, lecho y subsuelo marinos, aguas suprayacentes, litorales, incluyendo playas y terrenos de bajamar, puertos del país situados en su jurisdicción; islas, islotes y cayos y, sobre los ríos” que relaciona el mismo artículo 2º.

Observa la Sala que todos los bienes incluidos en el artículo en comento, desde la perspectiva del derecho interno corresponden a la categoría de bienes de uso público, que algunos de ellos como el mar territorial y la zona económica exclusiva están regulados por el derecho internacional, y todos están ontológicamente vinculados con la configuración del concepto constitucional y de derecho internacional de territorio⁴⁶⁹, que por tanto, guardan una relación estrecha con la identidad del Estado colombiano y del ámbito espacial en el cual ejerce su soberanía. Estas condiciones, a su vez, sustentan la calificación de bienes de uso público que consagra el artículo 166 del Decreto ley 2324 de 1984, respecto de algunos de los bienes bajo jurisdicción de DIMAR, en los siguientes términos:

“Artículo 166. Bienes de uso público. Las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas son bienes de uso público, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley y a las disposiciones del presente Decreto. En consecuencia, tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni subsuelo.”

La calificación de las playas, los terrenos de bajamar y las playas marítimas, como de uso público, tiene como consecuencia su sujeción al régimen jurídico según el cual son de uso general, se predicán de ellos las características atribuidas directamente por la Carta de ser imprescriptibles, inembargables e inalienables, y por excepción pueden ser usados de manera privativa por los particulares siempre que medie autorización de autoridad

467 Ley 19 de 1983, Por la cual se otorgaron facultades extraordinarias para reorganizar algunas dependencias del Ministerio de Defensa Nacional.

468 A partir de la Ley 1ª de 1991, el tema portuario no es de competencia de DIMAR.

469 C. P. Art. 101: “Los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la Nación. (...) / Forman parte de Colombia, además del territorio continental, el archipiélago de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y Malpelo, además de las islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen. / También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el Derecho Internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales.”

competente, sin que en caso alguno tal autorización pueda conferir derecho distinto al del uso para el cual se confiere.

Así mismo cabe destacar que estos bienes que el legislador determina como de uso público bajo la jurisdicción de DIMAR, tienen en común ser elementos naturales en los que no interviene el hecho humano para su conformación, o, en los términos empleados por la doctrina, se trata de bienes de uso público naturales.

Entonces puede afirmarse que la calificación legal obedece tanto a su condición de bienes de uso público naturales, como al de su integración al territorio en su connotación de elemento configurante de la noción de Estado. De manera que, bajo estas premisas, la decisión de poner estos bienes bajo jurisdicción de DIMAR, que ha sido siempre una dependencia del Ministerio de Defensa Nacional, implica no sólo el reconocimiento de su uso común sino la necesidad de su defensa y preservación en términos de ejercicio de la soberanía nacional. Con el efecto, en criterio de la Sala, que las razones supremas de los intereses públicos y colectivos que lleva envuelta la decisión legal en comento, deben prevalecer sobre la competencia del legislador para modificarla. Dicho de otra manera, afectados como están *“las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas”* al uso público y a la defensa del territorio, no entiende la Sala que haya motivos suficientes para su desafectación.

Lo anterior conlleva la necesidad de analizar con mucho detenimiento la constitucionalidad de una ley que pretendiera desafectar los bienes bajo jurisdicción de la DIMAR, autorizando su enajenación a los particulares, pues como se ha visto, son bienes que forman parte del territorio y como tales pertenecen a la Nación, según las voces del artículo 102 de la Constitución Política. Esta advertencia la formula la Sala en vista de una de las preguntas planteadas en la consulta.

Se destaca ahora que respecto de los bienes de uso público bajo jurisdicción de DIMAR, la legislación especial contenida en el Decreto ley 2324 de 1984, contempla la posibilidad de uso y goce por los particulares, mediante *“concesiones, permisos o licencias”* (Art. 166, DL.2324/84), en armonía con las normas generales del Código Civil. En términos gramaticales, los vocablos empleados por el legislador están indicando una facultad de hacer algo pero mediada por el consentimiento de otro; y en términos jurídicos remite al tema de la policía administrativa, porque se trata de la regulación del ejercicio de libertades y derechos individuales con referencia a los intereses generales.

3.2 Los bienes de uso público y la protección del medio ambiente

Dado que en varias preguntas se le solicita a la Sala aclarar algunos aspectos de las competencias entre DIMAR y las autoridades ambientales, es necesario ocuparse de este tema bajo el supuesto, ya explicado, según el cual un mismo bien puede ser objeto de variadas competencias administrativas, cada una de las cuales está orientada a proteger una finalidad diferente, advirtiéndose que en lo posible, el legislador debe hacer un esfuerzo para simplificar las competencias concurrentes, en aras de los principios constitucionales de la función administrativa.

Desde la entrada en vigencia del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente, contenido en el Decreto ley 2811 de 1974⁴⁷⁰, el Estado y los particulares deben participar en la preservación, manejo aprovechamiento y conservación del ambiente y los recursos naturales renovables. La Ley 99 de 1993⁴⁷¹, creó el Ministerio del Medio Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial⁴⁷²) y reordenó el sector encargado de su gestión y conservación. La misma ley señaló que el Ministerio sería el organismo rector de la gestión del medio ambiente y de los recursos naturales renovables,⁴⁷³ le asignó funciones de política y de reglamentación general, y otras de carácter particular entre las cuales está el otorgamiento de licencias ambientales en los casos que taxativamente relaciona,⁴⁷⁴ y le confirió una competencia general para ejercer las funciones en materia ambiental “que no hayan sido expresamente atribuidas por la ley a otra autoridad.⁴⁷⁵”; así mismo reorganizó las Corporaciones Autónomas Regionales, a las cuales encargó de la administración del medio ambiente y de los recursos naturales renovables “dentro del área de su jurisdicción”, atribuyéndoles, entre otras, el otorgamiento de licencias ambientales⁴⁷⁶.

La Ley 768 del 2002⁴⁷⁷, que introduce un “régimen especial para el fomento, conservación y aprovechamiento de los bienes y recursos para el desarrollo industrial, portuario, turístico y cultural de los Distritos de Barranquilla, Cartagena de Indias y Santa Marta”, confiriendo a sus órganos y autoridades “determinadas atribuciones de carácter especial en lo relacionado con el manejo, uso, preservación, recuperación, control y aprovechamiento de tales recursos y de los bienes de uso público o que forman parte del espacio público o estén afectados al uso público dentro del territorio de sus respectivas jurisdicciones; los cuales estarán sujetos a las disposiciones y reglamentaciones que expidan los órganos y autoridades distritales encargadas de tales asuntos, sin perjuicio de las funciones de la Dimar.” (Art. 11); en cuanto a los bienes de uso público, establece:

“Artículo 12. De los bienes de uso público. El manejo y administración de los bienes de uso público que existan en jurisdicción de los Distritos Especiales, susceptibles de explotación turística, recreativa, cultural, industrial y portuaria, corresponde a las autoridades del orden distrital. Se exceptúan las zonas de bajamar y aguas marítimas y fluviales bajo la jurisdicción de Dimar, así como las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales.”

Y en el artículo 13, asigna a los Distritos de Cartagena, Santa Marta y Barranquilla, “las mismas funciones atribuidas a las Corporaciones Autónomas Regionales... en los mismos

470 Decreto ley 2811 de 1974 (diciembre 18) Diario Oficial No 34.243, 27 de enero de 1975.

471 Ley 99 de 1993, Diario Oficial No. 41.146, diciembre 22 de 1993.

472 Decreto ley 216 del 2003, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el Art. 16 de la ley 790 del 2002, en armonía con el párrafo 4º y el Art. 7º de la misma ley. En su artículo 2º, el Decreto 216 expresamente asigna al nuevo ministerio las funciones establecidas en la ley 99 de 1993; y en el artículo 33, prevé: “Referencias Normativas. Todas las referencias que hagan las disposiciones legales vigentes al Ministerio del Medio Ambiente deben entenderse referidas al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.”

473 Artículo 2º.

474 Artículo 5º.

475 Artículo 6º.

476 Artículos 23 y 31 ibídem.

477 Por la cual se adopta el Régimen Político, Administrativo y Fiscal de los Distritos Portuario e Industrial de Barranquilla, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta.

términos del artículo 66 de la Ley 99 de 1993”, las cuales ejercerán “dentro del perímetro urbano de la cabecera a distrital”.

Con relación a DIMAR, en el parágrafo 2, del artículo 31, la Ley 99 de 1993, ordena:

“Previa declaratoria favorable de viabilidad ambiental por la Corporación Autónoma Regional de la respectiva jurisdicción la Dirección General Marítima (y Portuaria) del Ministerio de Defensa, DIMAR, como autoridad marítima nacional tiene la función de otorgar autorizaciones, permisos y concesiones para la ocupación temporal de las playas y terrenos de bajamar.”

En el artículo 103 la misma Ley 99 también dispone:

“Del apoyo de las Fuerzas Armadas. Las Fuerzas Armadas velarán en todo el territorio nacional por la protección y defensa del medio ambiente y los recursos naturales renovables y por el cumplimiento de las normas dictadas con el fin de proteger el patrimonio natural de la nación, como elemento integrante de la soberanía nacional. La Armada Nacional tendrá a su cargo el ejercicio de las funciones de control y vigilancia en materia ambiental y de los recursos naturales, en los mares y zonas costeras, así como la vigilancia, seguimiento y evaluación de los fenómenos de contaminación o alteración del medio marino.”

Se tiene entonces que a partir del Decreto ley 2811 de 1974, la legislación sobre el ambiente y los recursos naturales renovables se caracteriza por establecer relaciones de colaboración y coordinación entre las entidades públicas de todos los niveles y sectores⁴⁷⁸, como lógica consecuencia del deber del Estado de participar en la preservación, manejo, aprovechamiento y conservación de esos bienes públicos. Esta perspectiva es necesario tenerla presente para identificar el objeto y alcance de las responsabilidades de las distintas autoridades, cuando deben intervenir, en el ejercicio de sus propias competencias, sobre los bienes bajo administración de DIMAR, pues este es el sentido de las normas de la Ley 99 de 1993 que se han dejado transcritas. Entonces debe tenerse presente que, en los términos de las disposiciones ambientales, las competencias que apuntan a la preservación, conservación, etc., del ambiente y de los recursos naturales renovables, ubicados en bienes de uso público, corresponden a la autoridad ambiental regional bajo cuya jurisdicción territorial se encuentren.

De las normas transcritas se desprende la necesidad de solicitar concepto previo y vinculante a la autoridad ambiental, antes de entregar cualquier tipo de autorización para intervenir una playa o terreno de bajamar. Y también que es esta autoridad quien deberá adelantar las actuaciones administrativas e imponer las sanciones legalmente establecidas, respecto de las actividades prohibidas que afecten, en materia de la conservación del ambiente, los bienes de jurisdicción de DIMAR. Es factible que esas actividades prohibidas configuren una indebida ocupación de los mismos, caso en el cual a esta última dependencia compete adelantar y fallar las investigaciones atinentes a la ocupación sin autorización. En uno y otro caso, la autoridad que intervenga inicialmente, deberá dar aviso a la otra, dando aplicación a los principios de coordinación y colaboración, de una parte, y cumpliendo el deber constitucional de preservar la integridad tanto de los recursos naturales como del suelo en el que se encuentran.

478 A partir de la Constitución Política de 1991 (art. 209) y más adelante en la Ley 489 de 1998 (art. 6º), los principios de colaboración y coordinación están referidos a toda la función pública.

Tal es el caso de los manglares, que, según señala una de las preguntas que se han formulado a la Sala, por lo general se encuentran en terrenos de bajamar y por lo mismo en jurisdicción de DIMAR, pero también, son de especial interés ecológico, por lo que han sido regulados por las autoridades ambientales. En dicha pregunta se cita la Resolución 1602 de 1995, por la cual el Ministerio de Ambiente adoptó medidas especiales para su protección, adicionada por la resolución 20 de 1996, del mismo Ministerio para prohibir varias actividades que pueden afectarlos, entre las cuales se incluyen el relleno de terrenos, el dragado o construcción de canales en los manglares que no sean para su recuperación, la construcción de muros, diques o terraplenes y otras que los puedan contaminar. Estas reglamentaciones se refieren genéricamente a las “autoridades ambientales regionales”, para su aplicación, es decir, a las corporaciones autónomas regionales y a algunos distritos y municipios, según lo establecido en la Ley 99 de 1993 y en sus desarrollos reglamentarios.

3.3 La Dirección General Marítima, DIMAR, su naturaleza y las funciones relacionadas con los bienes de uso público bajo su jurisdicción

En la estructura vigente de la administración pública nacional, la Dirección General Marítima es una dependencia del Ministerio de Defensa Nacional, adscrita directamente a la Armada Nacional, que también integra la estructura del Ministerio en mención. Si bien desde su creación ha formado parte de dicho Ministerio, la diferencia está dada porque hoy goza de autonomía administrativa y financiera, como se reglamenta por el artículo 54, literal j) de la ley 489 de 1998,⁴⁷⁹ otorgada en el artículo 30 del Decreto 1512 del 2000⁴⁸⁰, a cuyo tenor:

“Artículo 30. Dirección marítima. A la Dirección Marítima, DIMAR, dependencia interna del Ministerio de Defensa Nacional, con autonomía administrativa y financiera, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54, literal j) de la ley 489 de 1998, le corresponde, de acuerdo con las directrices impartidas por el Ministro de Defensa nacional, ejercer las funciones señaladas en las disposiciones legales vigentes, en coordinación con la Armada Nacional.”

El Decreto 1512 del 2000 fue modificado parcialmente por el Decreto 1561 del 2002, en el sentido de adicionar la estructura de la Dirección General Marítima y determinar las funciones de sus dependencias. El artículo 2º del Decreto 1561 señala las funciones de la Dirección, de las cuales atañen a la consulta, las siguientes:

479 Ley 489 de 1998, “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial No. 43.464, diciembre 30 de 1998. Art. 54. Principios y reglas generales con sujeción a las cuales el gobierno Nacional puede modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás organismos del orden nacional. Con el objeto de modificar, esto es, variar, transformar o renovar la organización o estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, las disposiciones aplicables se dictarán por el Presidente de la República conforme a las previsiones del numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política y con sujeción a siguientes principios y reglas generales: (...) j) Se podrán fusionar, suprimir o crear dependencias internas en cada entidad u organismo administrativo, y podrá otorgárseles autonomía administrativa y financiera sin personería jurídica; (...) Declarado exequible mediante Sentencia C-702-99 (20 de septiembre), M.P. Fabio Morón Díaz

480 Decreto 1512 de 2000, “por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y se dictan otras disposiciones.”

“... 3. Expedir los actos y realizar las operaciones para el cumplimiento de las funciones de la Dirección General Marítima conforme a las disposiciones legales estatutarias (sic). (...) 5. Imponer multas o sanciones contempladas por la ley, los decretos, o las reglamentaciones especiales de la Dirección General Marítima y conocer por vía de apelación de las que impongan los Capitanes de Puerto. (...) 11. Dictar fallos en instancia acerca de..., construcción u ocupación ilegal de bienes de uso público (...) 13. Las demás que le señale la ley y las que refiriéndose expresamente a la marcha de la Dirección General Marítima no estén expresamente atribuidas a otra autoridad.”

La disposición transcrita no es sustancialmente diferente a la contenida en el artículo 5º del Decreto ley 2324 de 1984 (con las derogatorias de la ley 1ª de 1990 en materia de actividad portuaria), pero además, en virtud del numeral 13 transcrito, conservan su vigencia las atribuciones en materia de “concesiones, permisos y licencias” para el uso y goce de los bienes de uso público bajo su jurisdicción contenidas en el Título IX del citado Decreto ley 2324, que requieren como condición previa “la declaratoria de viabilidad ambiental” por parte de la Corporación Autónoma Regional en cuya jurisdicción estén ubicados los bienes (ley 99/93, Art.31, par. 2º)⁴⁸¹ Igualmente permanece como instancia en la aplicación de sanciones “contempladas en la ley”, que para el caso es el mismo Decreto ley 2324, y en las decisiones sobre “construcción y ocupación ilegal de bienes de uso público”.

Estas competencias de DIMAR respecto del uso y goce de los bienes de uso público bajo su jurisdicción, como se dejó analizado, son expresión de la función de policía administrativa regulada por la ley y ejercida por medios y procedimientos también de policía. Siendo una dependencia interna de un Ministerio, su ejercicio sin subordinación jerárquica quedó preservado con la aplicación del literal j) del artículo 54 de la ley 489 de 1998, al configurarla como dependencia con autonomía administrativa y financiera, que igualmente le permite integrar el Sector Transporte bajo una relación de coordinación con el Ministerio de este ramo, desde la ley 105 de 1993.⁴⁸² El Decreto 2053 del 2003, actualmente vigente, en el artículo 3º y el párrafo 1º, dispone:

“Artículo 3º. Integración del Sector Transporte. El Sector Transporte está integrado por el Ministerio de Transporte, sus entidades adscritas y la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional, Dimar, en los términos de la ley 105 de 1993. (...) Párrafo 1º. Para los efectos previstos en este decreto, la Dirección General Marítima, Dimar, también formará parte del Sector Transporte y estará sujeta a una relación de coordinación con el Ministerio de Transporte, en los términos de la ley 105 de 1993.”

481 La ley 99 de 1993, Art. 31, establece las funciones de las Corporaciones Autónomas Regionales, y en su párrafo 2, ordena: “Prevía declaratoria favorable de viabilidad ambiental por la Corporación Autónoma Regional de la respectiva jurisdicción, la Dirección General Marítima (y Portuaria) del Ministerio de Defensa, DIMAR, como autoridad marítima nacional tiene la función de otorgar autorizaciones, permisos y concesiones para la ocupación temporal de las playas y terrenos de bajamar.” El texto entre paréntesis fue derogado por la Ley1/91.

482 Ley 105/93, “Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones”. Art. 1º, primer inciso: “Sector y Sistema Nacional de Transporte. Integra el sector Transporte, el Ministerio de Transporte, sus organismos adscritos o vinculados y la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional, en cuanto estará sujeta a una relación de coordinación con el Ministerio de Transporte (...). Art. 3º, sobre los “principios del transporte público”, entre los cuales está el “De la colaboración entre entidades. Los diferentes organismos del Sistema Nacional del Transporte velarán porque su operación se funde en criterios de coordinación, planeación, descentralización y participación.”

De otra parte, DIMAR cuenta con estructura propia, actualmente establecida en el Decreto 1561 del 2002, conformada por dependencias centrales, un centro de investigaciones oceanográficas e hidrográficas, un centro de control de contaminación marina del Pacífico, y unas dependencias desconcentradas, las Capitanías de Puerto, ubicadas geográficamente “según las necesidades de la Dirección”, que son la “autoridad marítima” en el territorio de su respectiva jurisdicción y en éste ejercen en primera instancia parte de las funciones policivas de DIMAR.

De las normas reseñadas puede hacerse una síntesis de sus funciones respecto de los bienes de uso público bajo su jurisdicción, así:

- a. Velar por su protección y su destinación al uso común, como deber que le compete en su condición de ente estatal;
- b. Otorgar “concesiones, permisos o licencias” para su uso y goce privados, con aplicación del capítulo I del título IX del decreto ley 2324 de 1984, de cuya lectura se advierte que no se trata de tres medios diferentes sino de tres denominaciones de la autorización que se configura como acto administrativo unilateral y se denomina resolución, que no contempla contraprestación de ninguna clase, y en cuyo trámite se prevé tanto la intervención de terceros opositores y los recursos propios de la vía gubernativa, como unas causales de “invalidez” que se traducen en pérdida de valor de la autorización por cambio de las condiciones bajo las cuales se confiere;
- c. Otorgar “permiso” para exploraciones costeras y sísmicas, regulado en el Capítulo II del mismo Título IX, en el que sí se prevé que en caso de que la exploración “conduzca a la explotación económica de cualquier recurso”, de las regalías que correspondan a la Nación, la ley destinará un porcentaje para financiar las investigaciones de oceanografía que emprenda DIMAR;
- d. Investigar y fallar sobre las construcciones y ocupaciones ilegales, esto es, no autorizadas;
- e. Imponer las sanciones que la ley contempla.

Con relación al otorgamiento de las “concesiones, permisos o licencias” reguladas en el Capítulo I del Título IX del decreto ley 2324 de 1984, debe agregarse que el ejercicio de las competencias de DIMAR está condicionado por:

- a. la previa la declaratoria de viabilidad ambiental exigida por la Ley 99 de 1993, en todos los casos, según se expuso anteriormente;
- b. la sujeción a las normas sobre uso del suelo que haya definido el distrito o municipio en su Plan de Ordenamiento Territorial, según lo ordena el parágrafo del artículo 9º de la Ley 810 del 2003⁴⁸³,
- c. las competencias de otras autoridades, de conformidad con lo dispuesto en el mismo artículo 9⁴⁸⁴ de la Ley 810 del 2003, a cuyo tenor se diferencian:

483 Ley 810 de 2003 (junio 13) Por medio de la cual se modifica la ley 388 de 1997 en materia de sanciones urbanísticas y algunas actuaciones de los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 45.220, de 16 de junio de 2003

484 Ley 810/03, Art. 9º: “El artículo 101 de la ley 388 de 1997 quedará así: Artículo 101. Curadores urbanos. El curador urbano es un particular encargado de (...) / El curador urbano o la entidad competente encargada de ejercer la función pública de verificación

- i. Licencias de construcción que afecten “los bienes de uso bajo la jurisdicción de la Autoridad Marítima Nacional”, cuyo otorgamiento compete al curador urbano o a la entidad encargada de verificar el cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el distrito, el municipio o el departamento de San Andrés y Providencia, “previo concepto técnico favorable” de DIMAR;
- ii. Licencias de “ocupación temporal del espacio público” sobre los bienes de uso público bajo jurisdicción de DIMAR, que serán otorgadas por “la autoridad municipal o distrital competente”, y en el departamento de San Andrés, por quien delegue el gobernador, respecto de las cuales la ley no prevé intervención de DIMAR.

Por su parte, el Decreto 1600 del 2005, reglamentario de las Leyes 9ª de 1989, 388 de 1997, 810 y 812 del 2003, en el numeral 3, del artículo 11, define la “licencia de intervención y ocupación temporal de playas marítimas y terrenos de bajamar”, como la autorización dada por alguna de las autoridades que relaciona el artículo 9º de la Ley 810 del 2003, “para ocupar o intervenir temporalmente las playas y zonas de bajamar, sin perjuicio de las concesiones cuyo otorgamiento le corresponda ya sea a la Dirección General Marítima, DIMAR, o a la Superintendencia de Puertos y Transporte”; precisa que ella procede siempre que se garantice el libre tránsito de la ciudadanía “y no se vulnere la utilización de las zonas de playas marítimas y terrenos de bajamar al uso común”; e invoca el artículo 177 del Decreto ley 2423 de 1984, para reiterar que en ningún caso podrá autorizarse la construcción de vivienda en esas zonas y terrenos.

- d. Para el caso de los distritos de Barranquilla, Santa Marta y Cartagena, debe observarse lo previsto en la Ley 768 del 2002, en cuanto a las competencias que les fueron asignadas como autoridades ambientales, con las excepciones expresamente referidas a las áreas rurales y a las zonas de bajamar y aguas marítimas y fluviales.

En relación con las construcciones y ocupaciones ilegales en los bienes de uso público bajo su jurisdicción, se destaca que la competencia legal de DIMAR no incluye la de obtener la restitución física del bien. Recuérdense entonces el artículo 121 de la Constitución, a cuyo tenor: “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley” y, en consecuencia, ha de acudir al Decreto ley 1355 de 1970, artículo 132, que establece:

“Cuando se trate de restitución de bienes de uso público, como vías públicas urbanas o rurales o zona para el caso de trenes, los alcaldes, una vez establecido, por los medios que estén a su alcance, el

del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el distrito, municipios o en el departamento de San Andrés y Providencia y Santa Catalina, serán la entidad encargada de otorgar las licencias de construcción que afecten los bienes de uso bajo la jurisdicción de la Autoridad Marítima Nacional, de acuerdo con lo dispuesto en el Plan de Ordenamiento Territorial y previo el concepto técnico favorable de la Dirección General Marítima, Dimar, del Ministerio de Defensa Nacional. La licencia de ocupación temporal del espacio público sobre los bienes de uso públicos bajo jurisdicción de la Dimar será otorgada por la autoridad municipal o distrital competente, así como por la autoridad designada para tal efecto por la Gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. / El Gobierno Nacional reglamentará la distribución del recaudo que realiza la Dimar por los derechos por concesiones o permisos de utilización de los bienes de uso público bajo su jurisdicción, entre la Dimar y el respectivo municipio, distrito o la Gobernación de San Andrés y Providencia, según el caso. (...) Parágrafo. En todo caso las concesiones y permisos que otorgue la Dimar deberán otorgarse con sujeción a las normas que sobre usos del suelo haya definido el municipio o distrito en su Plan de Ordenamiento Territorial.

*carácter de uso público de la zona o vía ocupada, procederán a dictar la correspondiente resolución de restitución que deberá cumplirse en un plazo no mayor de treinta días. Contra esta resolución procede recurso de reposición.*⁴⁸⁵

Esta disposición forma parte del Libro II del Decreto ley 1355 de 1970, que trata “Del ejercicio de algunas libertades públicas” y en el Capítulo V, concerniente al Derecho de propiedad, regula la protección que a éste deben dar las autoridades de policía; regla el procedimiento de intervención de la policía para evitar las perturbaciones a la posesión y a la mera tenencia, (sin que sea viable discutir la propiedad ni considerarse su prueba), en el que la verificación de la perturbación se realiza mediante la práctica de una inspección ocular con intervención de peritos y de los declarantes que presenten querellante y querellado. También incluye varias disposiciones respecto de los bienes de uso público, además del artículo 132 transcrito; en especial el artículo 124, a cuyo tenor:

“A la policía le corresponde de manera especial prevenir los atentados contra la integridad de los bienes de uso público.”

En el artículo 132, específicamente referido a la restitución de los bienes de uso público, lo que la ley ordena al alcalde como fundamento de la orden de restitución es que haya comprobado *por los medios de que pueda disponer*, que en efecto se trata de un bien de uso público.

Encuentra la Sala que con relación a los bienes de uso público bajo jurisdicción de DIMAR, las construcciones u ocupaciones no autorizadas pueden dar lugar a la actuación policiva del Alcalde expresada en la resolución de restitución, por dos vías: oficiosamente, o a solicitud de DIMAR, previa comprobación en ambos casos de que se trata de un bien de uso público; pero en el segundo, el medio que el Alcalde tiene a su alcance, más expedito y fidedigno, es la actuación previa adelantada por DIMAR en ejercicio de sus competencias legales y bajo el supuesto de que ella haya concluido jurídicamente, esto es, que la decisión administrativa esté ejecutoriada en legal forma; con fundamento en los principios que rigen la función administrativa, particularmente los de eficacia, economía, celeridad, coordinación y colaboración, podrá entonces el Alcalde incorporar a su actuación dichas diligencias y proferir la resolución de su competencia.

Finalmente, teniendo en cuenta una de las preguntas formuladas en la consulta, es pertinente referirse a la competencia que cabría a DIMAR para alinderar las áreas de la zona costera que constituyen bienes públicos bajo su jurisdicción. Al efecto retoma la Sala el criterio ya expuesto en este concepto en el sentido de que uno de los efectos de la inalienabilidad de los bienes de uso público es la necesidad de probar la propiedad privada. En este orden de ideas, la función general de control sobre las construcciones y ocupaciones en los bienes bajo su jurisdicción, que le asignan tanto el Decreto Ley 2324 de 1984 como los Decretos 1512 del 2000 y 1561 del 2002, conlleva la delimitación de dichas áreas particularmente en casos ciertos o controvertibles de derechos particulares que en ellas se aleguen.

485 El recurso de apelación que esta disposición preveía para ante el Gobernador del Departamento respectivo, fue declarado inexecutable mediante Sentencia C-643-99.

Concluido el estudio de la normatividad vigente respecto de los bienes de uso público bajo jurisdicción de DIMAR, es clara la concurrencia de distintas autoridades con competencias legales propias, que la Sala procede a resumir:

La Dirección General Marítima: Ejerce jurisdicción sobre “las playas, terrenos de bajamar y aguas marítimas”, como norma general; tratándose de playas y terrenos de bajamar, está sujeta al Plan de Ordenamiento Territorial del Distrito o Municipio en el que se ubican geográficamente, y sus competencias en materia de construcciones y ocupaciones temporales son:

- a. Emitir concepto técnico favorable, como requisito previo para las licencias de construcción que corresponde otorgar a las autoridades distritales, municipales o del Departamento de San Andrés y Providencia, cuando las playas o los terrenos de bajamar han sido incorporados al perímetro urbano;
- b. Otorgar la autorización, léase, licencia o permiso, para construcción u ocupación temporal de las playas o terrenos de bajamar, cuando éstos se encuentran en la zona rural, con sujeción a las normas que sobre usos del suelo haya definido el municipio o distrito en su Plan de Ordenamiento Territorial.

La autoridad distrital, municipal o del Departamento de San Andrés y Providencia, además de las licencias de construcción, otorga las licencias para ocupación temporal de las playas o terrenos de bajamar, sin que la ley prevea intervención alguna de DIMAR. Aunque la ley tampoco precisa la temporalidad, ha de entenderse que, se exprese o no, la licencia es temporal y esencialmente revocable.

La autoridad ambiental, esto es para el caso en estudio las Corporaciones Autónomas Regionales y los distritos de Santa Marta, Barranquilla y Cartagena, dentro de cuya jurisdicción se encuentren playas o terrenos de bajamar, deben expedir, en todos los casos, la declaratoria de viabilidad ambiental como requisito previo para el otorgamiento de la licencia o permiso.

4. La posibilidad de cobro del impuesto predial sobre bienes de uso público y las edificaciones en ellos realizadas

Por ser objeto de una pregunta específica, se detiene la Sala para analizar que las construcciones autorizadas por la autoridad competente sobre bienes de uso público, pueden ser generadoras del impuesto predial y sus complementarios, siempre y cuando *medie una autorización legal especial* a los concejos municipales para establecer este tributo. Así se desprende de las consideraciones hechas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-183-03⁴⁸⁶, al declarar exequible parcialmente el numeral 3º del artículo 6º de la ley 768 del 2002⁴⁸⁷, que adicionó las competencias constitucionales y legales de los concejos de los distritos de Barranquilla, Cartagena y Santa Marta, con la “*atribución especial*”, de “...3. Gravar con impuesto predial y complementarios las construcciones, edificaciones o cualquier tipo de mejora sobre bienes de uso público de la Nación, cuando (por cualquier razón) estén en manos de particulares./ Los particulares ocupantes serán responsables

486 Sentencia C-183-03 (marzo 4), Exp. D-4244, Norma demandada: Art.6º, num. 3 (parcial), ley 768/02, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

487 “Por la cual se adopta el Régimen Político, Administrativo y Fiscal de los Distritos Portuario e Industrial de Barranquilla, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta”

exclusivos de este tributo.” Del pronunciamiento jurisprudencial en cita se destacan los siguientes apartes:

“A juicio de la Corte, la posibilidad de gravar con el impuesto predial las construcciones, edificaciones o mejoras realizadas sobre bienes de uso público que estén en manos de particulares, se aviene con el objeto y finalidad de la ley 768 de 2002 de la cual hace parte la norma acusada, cual es dotar a los Distritos Especiales de Barranquilla, Cartagena de Indias y Santa Marta “de las facultades, instrumentos y recursos que les permitan cumplir las funciones y prestar los servicios a su cargo; promover el desarrollo integral de su territorio para contribuir al mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes, a partir del aprovechamiento de sus recursos y ventajas derivadas de las características, condiciones y circunstancias especiales que presentan éstos, considerados en particular”. / Por otra parte, también es importante recordar que “los distritos especiales de Cartagena, Santa Marta y Barranquilla son entidades territoriales y están reguladas por un estatuto político, administrativo y fiscal especial, en desarrollo de los Actos Legislativos de su creación, por remisión del artículo 328 de la Constitución y del Acto Legislativo No. 1 de 1993. Hacen parte de este estatuto especial las normas constitucionales sobre entidades territoriales y las que con carácter especial determine el legislador” . / La autorización que confiere la ley 768 de 2002 a los Concejos Distritales de Barranquilla, Santa Marta y Cartagena, para gravar con impuesto predial y complementarios a los particulares conforme a lo previsto en el artículo 6°, numeral 3° de dicha ley, instituye como hecho generador del gravamen la explotación económica que se realiza sobre un bien de uso público, o su aprovechamiento por un particular en beneficio propio, avaluable en dinero, es decir, con contenido y significación patrimonial. Por ello, no resulta contradictorio desde el punto de vista constitucional que simultáneamente se persiga la restitución del bien cuando exista detentación de hecho o cuando expire la licencia, permiso o concesión, y que mientras ella se realiza, quien obtiene un beneficio de contenido patrimonial sea también sujeto del tributo a que se refiere la ley, previa decisión del concejo distrital respectivo para ese efecto.

Para la Sala el pronunciamiento de constitucionalidad del impuesto predial sobre las construcciones que ocupan bienes de uso público está expresamente fundamentado en el objeto y las finalidades de la Ley 768 del 2002 y en el régimen especial de las entidades territoriales reguladas en dicha ley; de donde la Sala infiere que la hipótesis analizada no es predicable de la generalidad de los municipios, salvo ley especial que lo autorice.

Con fundamento en lo anterior,

LA SALA RESPONDE:

1. ¿Los bienes de uso público bajo la jurisdicción de la Dirección General Marítima pueden ser desafectados mediante ley a favor de particulares? En caso afirmativo, ¿en qué casos y bajo qué modalidad?

En virtud de los artículos 101 y 102 de la Constitución, la Sala estima que las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, que por su naturaleza son bienes de uso público, no pueden ser desafectados en favor de particulares, porque además de ser propiedad de la Nación por expresa disposición constitucional, corresponden a la parte del territorio en la cual está claramente comprometido el ejercicio de la soberanía y la defensa nacionales.

2. De conformidad con la Resolución 1602 de 21 de diciembre de 1995 del Ministerio de Medio Ambiente, los manglares son ecosistemas frágiles por ser vitales para la biodiversidad, básicos para la conservación de la línea litoral y cumplir una función filtradora de las cargas orgánicas provenientes de fuentes terrestres, los cuales se encuentran bajo la protección del hoy denominado Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, encontrándose generalmente en áreas de bajamar.

En este orden de ideas cual es la autoridad competente para adelantar las investigaciones por destrucción, relleno y ocupación de los mismos?

Las investigaciones y decisiones sobre los manglares como recursos naturales renovables que son, competen bien a la autoridad ambiental regional (Corporaciones Autónomas Regionales) o bien distrital (Distritos de Barranquilla, Cartagena y Santa Marta) en cuya jurisdicción territorial se encuentren. Como la actividad ilegal puede constituir una ocupación no autorizada de un bien de uso público bajo jurisdicción de DIMAR, ésta tiene competencia para la respectiva investigación. Estas autoridades tienen el deber constitucional y legal de intervenir, en el ámbito de sus competencias; y dando aplicación a los principios de coordinación y colaboración, la primera que tenga conocimiento de las conductas prohibidas o no permitidas deberá informar a la otra para hacer efectiva y oportuna la intervención que a cada una corresponde.

3. La Dirección General Marítima, dependencia del Ministerio de Defensa Nacional, otorga concesiones de playas y terrenos de bajamar bajo su jurisdicción.

En caso de realizarse la solicitud de concesión por parte de otra dependencia del mencionado Ministerio (Ejército Nacional, Armada Nacional) quién sería el beneficiario de la concesión, partiendo que el representante legal de las mismas, es el Ministro de Defensa Nacional?

La autorización que solicite el Ejército Nacional o la Armada Nacional, puede referirse tanto a un uso privativo de la Fuerza como a la necesidad que ésta tenga de realizar actividades propias de la función pública a su cargo sin restricciones al uso común del bien solicitado. En el primer caso, es competencia legal propia de DIMAR, expresada en acto unilateral suscrito por su Director, otorgar la autorización en los términos y con los procedimientos establecidos en el Capítulo primero del Título IX del Decreto ley 2324 de 1984. En el segundo caso, lo procedente es el trámite y celebración del contrato de concesión, de carácter interadministrativo con aplicación de la Ley 80 de 1993; el Director de DIMAR puede, previa delegación y en ejercicio de la autonomía administrativa atribuida a la dependencia a su cargo, suscribir el contrato correspondiente.

4. Al entregarse el uso y goce de los bienes de uso público en concesión, cuya titularidad recae en la Nación, se hace sin contraprestación económica alguna de conformidad con el Decreto ley 2324 de 1984.

¿Es viable jurídicamente el cobro de impuesto predial sobre estos bienes, por parte del Municipio?

Es viable solamente en virtud de disposición legal especial que expresamente faculte a los concejos municipales en general o al concejo de un municipio en particular, para gravar las construcciones que con autorización de la autoridad competente se levanten en bienes de uso público y sólo mientras esté vigente esta autorización; la condición de gratuidad bajo la cual se haya entregado el uso y goce de estos bienes no es elemento a considerar salvo lo que al respecto prevea el legislador.

5. Los bienes de uso público son imprescriptibles, inembargables e inalienables.

¿Qué validez legal tiene la inscripción realizada por los registradores de instrumentos públicos, de escrituras públicas sobre los mismos, así como la asignación de número catastral?

Con fundamento en el artículo 63 de la Constitución Política, las inscripciones de títulos de propiedad y la asignación de números catastrales, sobre bienes de uso público, carecen de efecto alguno, habida cuenta de que los bienes de uso público no prescriben en ningún caso.

6. En desarrollo del concepto de poder general de policía, ¿es posible entender que el Gobernador o el alcalde Municipal tiene la facultad de ordenar la suspensión inmediata de las construcciones en bienes de uso público bajo la jurisdicción de la Autoridad Marítima, que no cuenten con el debido permiso, así como el retiro del material, incluso el utilizado en la obra?

De conformidad con el artículo 124 del Decreto ley 1355 de 1970, en armonía con el artículo 121 de la Constitución Política, a las autoridades públicas con funciones de policía, les corresponde “de manera especial” actuar siempre que se atente contra la integridad de un bien de uso público; los gobernadores y los alcaldes son autoridades de policía pero en su respectiva entidad territorial; como respecto de los bienes de uso público bajo jurisdicción de la autoridad marítima, la ley ha conferido a ésta una competencia propia y específica, la actuación de los gobernadores y de los alcaldes está referida a la suspensión de las construcciones en los términos del Decreto ley 1355 de 1970, como medida de prevención, debiendo inmediatamente informar a DIMAR para que adelante y falle la investigación que le compete y tome las medidas que correspondan en cuanto a la obra y el material utilizado.

7. De conformidad con el artículo 5 numeral 27 del Decreto-Ley 2324 de 1984, los Capitanes de Puerto son competentes para adelantar y fallar investigaciones por construcciones indebidamente o no autorizadas en bienes de uso público.

¿Con fundamento en la decisión proferida dentro de las mismas el inspector de policía debe proceder inmediatamente a realizar la restitución de los mismos? ¿o es necesario adelantar una querrela? ¿en caso tal, las pruebas recaudadas dentro de la investigación administrativa constituyen plena prueba para el trámite que debe adelantar el inspector de policía para la restitución de los mismos?

DIMAR y sus Capitanías de Puerto, tienen la competencia legal para investigar y sancionar las ocupaciones y construcciones, incluyendo las acciones de destrucción y relleno, cuando son ilegales porque quien las adelanta no tiene la autorización exigida en la ley; y deberá requerir la intervención del Alcalde, que es la autoridad de policía competente para dar la orden de restitución y hacerla efectiva. La actuación administrativa de DIMAR, debidamente ejecutoriada, configura el medio procesal óptimo y eficaz para que el alcalde fundamente su decisión, en los términos exigidos por el artículo 132 del Decreto ley 1355 de 1970; un nuevo trámite policivo desconocería además los principios de economía, celeridad y eficacia de la función pública y podría facilitar la consolidación de las actividades ilegales generando daños irreversibles o de alto costo social y económico para su reversión.

8. Tratándose de bienes de uso público bajo jurisdicción de la Dirección General Marítima, esta tiene la competencia de adelantar investigación administrativa por construcción indebida o no autorizada en bien de uso público. Se pregunta ¿tiene la autoridad marítima la facultad de establecer con fundamento en los estudios técnicos-científicos de caracterización, realizados en desarrollo de las funciones legalmente establecidas, por los Centros de Investigación de la Autoridad Marítima, que áreas de la zona costera constituyen bienes públicos bajo su jurisdicción?

Sí, por cuanto del ejercicio de dicha función es factible la clarificación de un derecho legalmente adquirido en cabeza de titular distinto a la Nación o la prevención de controversias derivadas de decisiones judiciales o administrativas o de pretendidos derechos por ocupación u otras formas de uso.

9. De conformidad con el artículo 682 del Código Civil y el 178 del Decreto-Ley 2324 de 1984, una vez ordenada por parte de la autoridad marítima la restitución de un bien de uso público, junto con las construcciones allí levantadas, ya sea mediante fallo de una investigación administrativa por construcción indebida o no autorizada en bien de uso público, por acto administrativo que declare la pérdida de fuerza ejecutoria de la concesión otorgada o el término de la misma, ¿cuál es autoridad competente para llevar a cabo la restitución física del mismo? y ¿cuál la encargada de señalar el destino de los bienes restituidos o recuperados?

La restitución física del bien de uso público y las construcciones en él levantadas, cualquiera sea la razón por la cual deba procederse a ella, es competencia de los alcaldes, al tenor de lo dispuesto en el artículo 132 del Decreto ley 1355 de 1970. En cuanto a su destino, retornan al uso y goce general “por ministerio de la ley”, como ordena el artículo 682 del Código Civil, esto es, sin que se requiera actuación especial de ninguna autoridad.

10. ¿Cómo se debe interpretar el alcance de la expresión “Pero no se entiende lo dicho si la propiedad del suelo ha sido concedida expresamente por la Unión”, contenida en el artículo 682 del Código Civil?

El artículo 682 del Código Civil, en armonía con el artículo 674 ibídem, se refiere al género “bienes públicos”, por lo cual incluye tanto los de uso público como los fiscales; como sobre los bienes públicos fiscales bien puede haberse autorizado su uso con transferencia

de la propiedad, el inciso final del artículo 682 hace referencia a esta posibilidad; que por supuesto, no aplica a los bienes de uso público.

11. Teniendo en cuenta la definición de contrato de concesión que consagra la ley 80 de 1993, ¿es posible incluir dentro de la misma, las concesiones que otorga la Dirección General Marítima sobre playas y terrenos de bajamar con fundamento en el Decreto-Ley 2324 de 1984, a pesar de que la norma vigente en materia de contratación al momento de su expedición era el Decreto 222 de 1983, en cuya definición no era factible incluirla?

Conforme se explicó, la concesión del Decreto ley 2324 de 1984 es la autorización conferida unilateralmente por DIMAR a un particular para el uso y goce privados de un bien de uso público bajo jurisdicción de esa dependencia. Diferente situación ocurre con el contrato de concesión, por el que un ente estatal, habilitado para celebrar contratos, acuerda con una persona natural o jurídica, pública o privada, las condiciones en las cuales ésta se obliga, siempre a cambio de una remuneración, a explotar el bien conservando su destinación general, con sujeción a la Ley 80 de 1993. La cronología de las normas planteada en la pregunta, carece de efecto alguno.

12. ¿Cuál es la autoridad competente para conocer de una acción popular por violación a los derechos colectivos del goce de bienes de uso público, cuando por vía judicial se declaró la propiedad de un bien de esta naturaleza a favor de un particular, teniendo en cuenta que ya caducó la acción de revisión?

La decisión judicial que declaró de propiedad particular un bien de uso público es evidentemente contraria al artículo 63 de la Constitución Política, por lo que la tenencia del bien es una situación de hecho inconstitucional, cuya terminación debe buscarse por los medios legales establecidos para preservar el uso común de los bienes de uso público, entre los cuales está la Acción Popular consagrada en el artículo 88 de la Carta y desarrollada en la ley 472 de 1998. De ella conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, como se explicó, no caduca mientras subsista la amenaza al derecho colectivo.

13. ¿Cómo se debe interpretar el alcance de las funciones de “control” y “vigilancia” asignadas a la Armada Nacional en materia ambiental y de los recursos naturales, contenidas en el artículo 103 de la ley 99 del 22 de diciembre de 1993, considerando su naturaleza de Fuerzas Militares contemplada en la Constitución Política de Colombia?

La Armada Nacional, como parte de la Fuerza Pública, tiene unas funciones y competencias expresamente señaladas en la Constitución y en la ley, en ejercicio de las cuales puede tener conocimiento directo e inmediato de actividades no autorizadas o prohibidas sobre el ambiente y los recursos naturales renovables. La función que le atribuye el artículo 103 de la Ley 99 de 1993 debe entenderse en el contexto completo de la ley en cita, referido al necesario apoyo a las autoridades ambientales para facilitar su rápida intervención cuando se amenaza o vulnera un recurso natural, de manera que la actuación oportuna de esas autoridades en ejercicio de sus competencias específicas, evite o reduzca el daño y sancione a quien lo causa, de conformidad con lo establecido en la ley.

Transcríbase al señor Ministro de Defensa Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: GUSTAVO EDUARDO APONTE SANTOS, Presidente de la Sala. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Consejero. FLAVIO RODRÍGUEZ ARCE, Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Consejero. LIDA YANNETTE MANRIQUE, Secretaria de la Sala.

2. Bienes de uso público bajo jurisdicción de la Dirección General Marítima, DIMAR. Aclaración del concepto de fecha 2 de noviembre de 2005 por solicitud del Ministerio de Defensa Nacional. Radicado 1682 (Aclaración)

Radicado 1682 (Aclaración)

Consejero Ponente:

Fecha: 16/03/2007

Levantamiento de la reserva mediante auto del 26 de julio de 2011 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

El señor Ministro de Defensa Nacional, doctor Juan Manuel Santos, solicita a la Sala aclaración del concepto emitido el 2 de noviembre del 2005, radicado bajo el número 1682, referente a los bienes de uso público bajo jurisdicción de DIMAR, por cuanto “se considera pertinente que la Sala fije claramente la respuesta al interrogante número 9”, el cual se formula de nuevo así:

“¿Quién es la autoridad competente para llevar a cabo la restitución física de los bienes de uso público? y

¿Cuál es la autoridad encargada de señalar el destino de estos bienes restituidos o recuperados?”

En la solicitud que suscribe el señor Ministro de Defensa Nacional, se manifiesta también que discrepa de unos apartes del concepto cuya aclaración se solicita, en cuanto hace referencia a la naturaleza de la Dirección General Marítima y a la aplicación de las leyes 9 de 1989 y 388 de 1997 a los bienes bajo jurisdicción de DIMAR. Como quiera que las diferencias expresadas pueden generar dificultades que no derivan del concepto emitido por esta Sala, es preciso iniciar aclarando los dos temas enunciados para luego sí sustentar la ampliación solicitada, dando respuesta a las preguntas que se han formulado nuevamente.

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

1. Aclaraciones previas

1.1. Sobre la naturaleza de la Dirección General Marítima

Dice el consultante que aunque este punto no incide en la respuesta, “... es importante aclarar que legalmente se ha establecido, que esta es una dependencia interna del Ministerio de Defensa Nacional que cuenta con autonomía administrativa y financiera en los

términos del literal j del artículo 54 de la Ley 489 de 1998, la cual desarrolla sus funciones en coordinación con la Armada Nacional – artículo 30, Decreto 1512 de 2000.” Estima el consultante que en el concepto emitido, la Sala “consideró que la Dirección General Marítima es una entidad adscrita a la Armada Nacional.”

La Sala no tiene duda alguna acerca de que la Dirección General Marítima, DIMAR, es una dependencia interna del Ministerio de Defensa Nacional, y no una “entidad”, entendiendo esta última palabra como comprensiva de las personas jurídicas públicas. Ese criterio aparece a lo largo del texto del concepto que se pide aclarar, y, en particular, cuando al tratar de manera específica sobre su naturaleza en el numeral 3.3., se dice que “es una *dependencia* del Ministerio de Defensa Nacional”, que *integra la estructura* de ese Ministerio, que es una *dependencia interna*, y se destaca que el ejercicio de sus competencias “sin subordinación jerárquica” está preservado con la aplicación de la ley 489 de 1998, artículo 54, literal j. El uso del vocablo “entidad” vinculado a DIMAR en el aparte en el que se comenta el decreto 2324 de 1984⁴⁸⁸ en cuanto regula los bienes “bajo la jurisdicción” de esa Dirección, no tiene ni la intención ni el alcance de alterar su naturaleza de dependencia ministerial, por demás reiterada a lo largo del concepto.

También en el primer párrafo del numeral 3.3. del concepto que se aclara se encuentra la expresión “adscrita directamente a la Armada Nacional”; y aunque el significado gramatical del vocablo “adscrito/a” denota pertenencia⁴⁸⁹ y en ese sentido fue usado en el concepto, es lo cierto que a la luz de la ley 489 de 1998⁴⁹⁰ dicho vocablo expresa la relación de los órganos principales de la administración pública con las entidades que integran el sector descentralizado.

De manera que si bien los términos “entidad” y “adscrita” no se relacionan en el concepto con la naturaleza de DIMAR, es pertinente hacer esta aclaración a fin de evitar que continúe la inquietud expresada en el escrito enviado a la Sala, pues sin duda los vocablos en comento son impropios para referirse a esa dependencia.

1.2. Sobre la aplicación de las leyes 9 de 1989 y 388 de 1997, a los bienes objeto de la consulta

Se señala por el Ministerio consultante que al analizar la naturaleza jurídica de los bienes de uso público, el concepto de noviembre del 2005 considera que “estos se encuentran sujetos al régimen de la Ley 9 de 1989 y por tanto son parte integrante de los planes de ordenamiento territorial de los municipios costeros”; y se explica que en criterio del mismo Ministerio, a los bienes nacionales no les son aplicables las leyes 9 de 1989 y 388 de 1997, para lo cual cita el concepto emitido por esta Sala el 4 de junio de 1990, en el que se dijo que el ámbito de aplicación de la ley 9 de 1989, “comprende exclusivamente las áreas urbanas y aquellas que constituyen el entorno de las ciudades”, siendo prevalente

488 En el concepto del 2 de noviembre del 2005 se destaca la terminología usada por el decreto 2324 de 1984, cuando al definir la relación entre DIMAR y los bienes de uso público relacionados en el artículo segundo del mismo decreto, la expresa como “ejercicio de jurisdicción” y no como “derecho de propiedad”, pues en efecto la titular de ese derecho es la Nación, persona jurídica.

489 Diccionario de la Real Academia de la Lengua, ADSCRITO, TA, (De adscrito). 1. part. irreg. de adscribir. ADSCRIBIR, 1. tr. Inscribir, contar entre lo que corresponde a alguien o algo.

490 Cfr. art. 39 y concordantes.

el “régimen especial de orden público asignado a DIMAR por el Decreto con fuerza de Ley 2324 de 1984”.

Al respecto la Sala encuentra que, conforme se analiza en el concepto de noviembre del 2005, la sujeción de los bienes de uso público a los planes de ordenamiento territorial y normas urbanísticas está dispuesta en el **artículo 9º y su parágrafo, de la ley 810 de 2003**⁴⁹¹, sin que el tema sea ajeno a las previsiones de las leyes 9ª de 1989 y 388 de 1997.

En efecto, entre las modificaciones que la ley 810 del 2003⁴⁹² introduce a la ley 388 de 1997⁴⁹³, están las relativas a algunas actuaciones de los curadores urbanos, extendiendo a éstos y a las entidades a las que corresponda verificar el cumplimiento de las normas urbanísticas, la competencia sobre los bienes bajo la jurisdicción de DIMAR. Dice la norma, específicamente en su inciso cuarto y su parágrafo:

Ley 810 de 2003, artículo 9º:

“El artículo 101 de la ley 388 de 1997 quedará así:

“Artículo 101. Curadores urbanos. “...”

“El curador urbano o la entidad encargada de ejercer la función pública de verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el distrito, municipios o en el departamento de San Andrés y Providencia y Santa Catalina, serán la entidad encargada de otorgar las licencias de construcción que afecten los bienes de uso bajo la jurisdicción de la Autoridad Marítima Nacional, de acuerdo con lo dispuesto en el Plan de Ordenamiento Territorial y previo el concepto técnico favorable de la Dirección General Marítima, Dimar, del Ministerio de Defensa Nacional. La licencia de ocupación temporal del espacio público sobre los bienes de uso públicos bajo jurisdicción de la Dimar será otorgada por la autoridad municipal o distrital competente, así como por la autoridad designada para tal efecto por la Gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

“...

“Parágrafo. En todo caso las concesiones y permisos que otorgue la Dimar deberán otorgarse con sujeción a las normas que sobre usos del suelo haya definido el municipio o distrito en su Plan de Ordenamiento Territorial”.

Además de la claridad de su texto, la norma transcrita modifica sustancialmente el régimen legal vigente para la época en la que esta Sala emitió el concepto de septiembre de 1990⁴⁹⁴, citado en la solicitud de aclaración.

Así mismo, forma parte del análisis que sustenta el concepto de noviembre del 2005, el que cabe sintetizar así:

491 Cfr. página 25 y pie de página número 56.

492 Ley 810 de 2003 (junio 13) “Por medio de la cual se modifica la Ley 388 de 1997 en materia de sanciones urbanísticas y algunas actuaciones de los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial No. 45.220, de 16 de junio de 2003.

493 Ley 388 de 1997 (Julio 18), “Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial No. 43.091, de 24 de julio de 1997 – Fe de erratas Diario Oficial No. 43.127, de 12 de septiembre de 1997.

494 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 4 de junio de 1990, C. P. Javier Henao Hadrón, Referencia: Consulta sobre la competencia para la restitución de bienes de uso público y la concesión de permisos o licencias a particulares en las playas marítimas. Radicación No. 355.

- a. Acerca de la titularidad del derecho de dominio sobre los bienes de uso público, el concepto de noviembre del 2005 se refiere a las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales en torno a si realmente puede predicarse que haya un titular de ese derecho, y si el único titular es la nación o también otras entidades administrativas, expresando que “... **una cosa es la titularidad del derecho y otra la asignación de las competencias necesarias para la construcción, administración, mantenimiento y protección de estos bienes...** Bajo esta última perspectiva es muy interesante, por lo precisa, la expresión del decreto 2324 de 1984 sobre la DIMAR que origina esta consulta, según la cual esta entidad *ejerce su jurisdicción* hasta el límite exterior de la zona económica exclusiva, comprendiendo entre otros las playas y los terrenos de bajamar que ocupan este concepto, indicando que no es la titular del derecho de dominio, pero que posee todas las competencias necesarias para su administración y conservación, incluyendo las propias del poder de policía...”⁴⁹⁵ (Las negrillas no son del texto).
- b. El legislador, sin entrar a considerar quién es el titular de los bienes, ha regulado las competencias administrativas de policía, ambientales y urbanísticas, además de otras jurisdiccionales, con el propósito de preservar el uso general de los bienes de uso público, o de permitir su uso en interés particular bajo ciertas condiciones, y, en todo caso, de hacer efectiva su protección.⁴⁹⁶ En el concepto que por este se aclara, se analizan las competencias de las autoridades administrativas que concurren en los bienes de uso público bajo jurisdicción de DIMAR, particularmente en cuanto atañe al tema ambiental dado que, como se señaló allí, tales bienes “tienen en común ser elementos naturales en los que no interviene el hecho humano para su conformación”⁴⁹⁷.
- c. c) La normatividad sobre espacio público y planes de ordenamiento territorial, incluye los bienes de uso público bajo jurisdicción de DIMAR, desde la ley 9ª de 1989; siendo igualmente claro que en la legislación hoy vigente el alcance de sus competencias originales ha variado en razón del tratamiento constitucional de tales temas⁴⁹⁸, dados los cambios introducidos en la Carta Política de 1991.

Así, en la definición del artículo 5º de la ley 9ª de 1989, el “espacio público de la ciudad” se constituye por “...las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y

495 Cfr. página 6, concepto de noviembre 2 del 2005, radicación 1682

496 Cfr. numeral 1.3 del concepto de noviembre del 2005, Rad. 1.682.

497 Cfr. numeral 3.1, del concepto de noviembre del 2005, Rad. 1.682

498 Cfr. páginas 25 y 26 del concepto de noviembre del 2005, Rad. 1.682, sobre el otorgamiento de “concesiones, permisos y licencias” reguladas en el capítulo I del título IX del decreto ley 2324 de 1984.

artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo.” (Resalta la Sala).

Las negrillas destacan la incorporación hecha por el legislador, de los bienes bajo jurisdicción de DIMAR, en el concepto de espacio público, con antelación a la Constitución Política de 1991; circunstancia ésta que explica la continuidad de las competencias atribuidas a la Dirección General Marítima por el legislador extraordinario en el decreto 2324 de 1984.

En vigencia la Constitución de 1991, el tratamiento superior dado a los bienes públicos y de uso público, al espacio público, al ordenamiento territorial, a los asuntos ambientales, a las competencias entre la nación y las entidades territoriales, ha exigido del legislador la adecuación de múltiples disposiciones y competencias a ese marco constitucional.

Tal es el caso de los bienes de uso público bajo jurisdicción de DIMAR, respecto de los cuales no se discute la titularidad de la Nación, pero que también geográficamente están ubicados en jurisdicción de entidades territoriales: el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, los Distritos Especiales de Cartagena, Barranquilla y Santa Marta, los municipios costeros – marítimos y fluviales -. Esa ubicación, hace necesario que el legislador regule su sujeción a las normas y actuaciones de las entidades territoriales respectivas, en desarrollo de los mandatos constitucionales. En esta línea están las disposiciones contenidas en las leyes 388 de 1997, 768 del 2002, 810 del 2003, entre otras, tal como se dejó explicado en el concepto del 2 de noviembre del 2005.⁴⁹⁹

En síntesis: en virtud del inciso cuarto y el parágrafo del artículo 9º de la ley 810 del 2003, los bienes de uso público bajo jurisdicción de DIMAR están expresamente sujetos a los planes de ordenamiento territorial municipales y distritales y a la competencia de los curadores urbanos y demás autoridades territoriales encargadas de verificar el cumplimiento de las normas urbanísticas en los municipios, distritos y el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

2. La autoridad competente para llevar a cabo la restitución física de los bienes de uso público y la autoridad encargada de señalar el destino de los bienes restituidos

Dice la solicitud de aclaración:

“De otra parte, encuentra este Despacho que efectivamente, de conformidad con el artículo 682 del Código Civil y el 178 del Decreto-Ley 2324 de 1984, una vez ordenada por parte de la autoridad marítima la restitución de un bien de uso público, junto con las construcciones allí levantadas, procede por Ministerio de la Ley, es decir sin que se requiere (sic) actuación especial de ninguna autoridad.” / No obstante “para mayor claridad conceptual se considera pertinente que la Sala fije claramente la respuesta al interrogante número 9”, de la consulta inicial, cuyo texto es el siguiente:

499 Cfr. el numeral 2. y las páginas 25 y 26, del concepto de noviembre 2 del 2005, Radicación 1.682

“¿Quién es la autoridad competente para llevar a cabo la restitución física de los bienes de uso público? Y ¿Cuál es la autoridad encargada de señalar el destino de estos bienes restituidos o recuperados?”

Atendidos los términos de la solicitud de aclaración, encuentra la Sala pertinentes las siguientes precisiones:

- a. La orden de restitución proferida por DIMAR en ejercicio de sus competencias legales, es un acto administrativo, que como tal, goza de presunción de legalidad, es decir, que se presume ajustado a derecho hasta tanto sea suspendido o anulado por la jurisdicción contenciosa; como consecuencia, el acto administrativo tiene, por regla general, eficacia inmediata y es ejecutable directamente por la misma administración, esto es que, una vez en firme y sin mediar actuación adicional, la autoridad administrativa, puede hacer efectiva la decisión en él contenida.
- b. Lo dicho en el literal precedente significa que encontrándose ejecutoriado debidamente el acto administrativo proferido por DIMAR, su destinatario – el ocupante ilegítimo de un bien de uso público bajo jurisdicción de esa autoridad marítima -, está obligado a entregar el respectivo bien, sin que para ello se requiera actuación adicional ni de la Dirección Marítima ni de ninguna otra autoridad.
- c. Pero si el ocupante ilegal no cumple la orden y en consecuencia no entrega el bien, no lo restituye, entonces DIMAR debe acudir ante el alcalde con jurisdicción por razón de la ubicación geográfica del bien, para que proceda, en ejercicio de la competencia dada por el artículo 132 del Código Nacional de Policía, a obtener la restitución *física*, esto es real, tangible, efectiva, del bien de que se trate.

Sin perjuicio de las precisiones precedentes, observa la Sala que, atendiendo a su redacción, la pregunta 9ª de la consulta inicial se dirige a determinar *cuál es la autoridad competente para dos actuaciones diferentes*: (i) la restitución física del bien; y (ii) la definición del destino del bien restituido⁵⁰⁰.

Por ello, en el concepto emitido en noviembre del 2005 se explica, respecto de la *restitución física del bien de uso público*, que el artículo 132 del Código Nacional de Policía (Decreto ley 1355 de 1970), confiere a los alcaldes la responsabilidad de establecer “por los medios que estén a su alcance”, el carácter público del bien, y les asigna las competencias de: (i) dictar la resolución que ordene la restitución y (ii) y cumplirla, esto es hacerla efectiva. Reza la norma en cita:

“Cuando se trate de restitución de bienes de uso público, como vías públicas urbanas o rurales o zona para el caso de trenes, los alcaldes, una vez establecido, por los medios que estén a su alcance, el carácter de uso público de la zona o vía ocupada, procederán a dictar la correspondiente resolución de restitución que deberá cumplirse en un plazo no mayor de treinta días. Contra esta resolución procede el recurso de reposición.”

Es decir, que por disposición legal la autoridad competente para llevar a cabo la restitución física de los bienes de uso público, es el alcalde; competencia a la cual hace refe-

500 Cfr.: página 26 y respuesta a la pregunta 9 en la página 31.

rencia la primera parte de la respuesta dada en el concepto de noviembre del 2005 a la 9ª pregunta de la consulta inicial; dice la respuesta:

“La restitución física del bien de uso público y las construcciones en él levantadas, cualquiera sea la razón por la cual deba procederse a ellas, es competencia de los alcaldes, al tenor de lo dispuesto en el artículo 132 del Decreto Ley 1355 de 1970.” (Las negrillas no son del texto original).

En la segunda parte de la misma respuesta se expresa:

“En cuanto a su destino, retornan al uso y goce general “por ministerio de la ley”, como ordena el artículo 682 del Código Civil, esto es, sin que se requiera actuación especial de ninguna autoridad.”

Para la Sala cabe ampliar el fundamento de esta parte de la respuesta inicialmente dada, así:

Conforme se analiza en el acápite 1.2. del concepto que se pide aclarar, los bienes de uso público están destinados al uso y goce por parte de todas las personas y corresponde a la ley regular tales uso y goce.⁵⁰¹ Se tiene entonces que el *destino* de los bienes de uso público es el de ser usados y disfrutados por todos, sin perjuicio de que puedan “ser objeto de aprovechamiento particular, generalmente mediante su *ocupación*, bien para satisfacer necesidades propias o de la colectividad”, contando con el permiso de autoridad competente, en los términos que establezca la ley.⁵⁰²

La respuesta de esta Sala en el concepto que ahora se aclara⁵⁰³, indica, con fundamento en el artículo 682 del Código Civil⁵⁰⁴, que los bienes de uso público cuando son restituidos “retornan al uso y goce general”, pues tal es su destino. Como éste opera “por ministerio de la ley”, no se requiere “actuación especial de ninguna autoridad” para efectos de señalarlo.

Con base en las premisas anteriores,

LA SALA RESPONDE:

“¿Quién es la autoridad competente para llevar a cabo la restitución física de los bienes de uso público”

Los alcaldes son las autoridades competentes para llevar a cabo la restitución física de los bienes de uso público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 132 del decreto ley 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía).

501 Cfr. páginas 8 y 11.

502 Cfr. página 11 del concepto que se pide aclarar.

503 Cfr. página 31 del concepto que se pide aclarar: “La restitución física del bien de uso público y las construcciones en él levantadas, cualquiera sea la razón por la cual deba procederse a ella, es competencia de los alcaldes, al tenor de lo dispuesto en el artículo 132 del Decreto ley 1355 de 1970. En cuanto a su destino, retornan al uso y goce general “por ministerio de la ley”, como ordena el artículo 682 del Código Civil, esto es, sin que se requiera actuación especial de ninguna autoridad.”

504 Código Civil, Art. 682: “Sobre las obras que con permiso de la autoridad competente se construyan en sitios de propiedad de la Unión, no tienen los particulares que han obtenido este permiso, sino el uso y goce de ellas, y no la propiedad del suelo.

“Abandonadas las obras o terminado el tiempo por el cual se concedió el permiso, se restituyen ellas y el suelo, por el ministerio de la ley, al uso y goce privativo de la Unión o al uso y goce general de los habitantes, según prescriba la autoridad soberana. Pero no se entiende lo dicho si la propiedad del suelo ha sido concedida expresamente por la Unión.”

“¿Cuál es la autoridad encargada de señalar el destino de estos bienes restituidos o recuperados?”

No hay autoridad encargada de señalar el destino de esos bienes restituidos o recuperados, pues tal destino es el de “uso y goce general” y opera por ministerio de la ley, según lo ordena el artículo 682 del Código Civil.

Transcríbase al señor Ministro de Defensa Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: FLAVIO RODRÍGUEZ ARCE, Presidente de la Sala. GUSTAVO EDUARDO APONTE SANTOS, Consejero. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Consejero. LIDA YANNETTE MANRIQUE, Secretaria de la Sala.

3. Viabilidad de enajenación de la totalidad de las acciones objeto de venta a través de programas de enajenación regidos por la ley 226 de 1995

Radicado 1820

Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Fecha: 03/05/2007

Levantamiento de la reserva mediante auto del 18 de mayo de 2011 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

Los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía solicitan concepto de la Sala sobre la viabilidad jurídica de condicionar la venta al sector solidario de la participación accionaria de las entidades públicas, a la condición de que se enajene la totalidad de las acciones objeto de oferta en el respectivo programa de enajenación.

Destacan la existencia de empresas en las que el Estado posee el 51 % o más de las acciones, *“lo cual genera que, de acuerdo con el Código de Comercio, se detente el control de la sociedad”*, situación relevante no sólo desde el punto de vista de la administración de la empresa sino también desde la perspectiva financiera, dado el valor económico que dicho control implica y que debe ser tenido en cuenta al momento de la valoración de la empresa y la estructuración del proceso de enajenación.

Estiman que *“el efectivo traspaso del control de la empresa a inversionistas calificados es el que garantiza que se pueda efectuar una gestión efectiva del servicio prestado por ésta, como es el caso de las ventas de las empresas de servicios públicos. Por lo tanto, una venta en donde no se realice dicho efectivo traspaso del control podría poner en riesgo la gestión futura de la empresa.”*

Hacen referencia al marco constitucional y legal de estas operaciones, esto es, al artículo 60 de la Carta y a la ley 226 de 1995, en cuanto establecen la obligación de formular, en una primera etapa, un ofrecimiento preferente al sector solidario; y en una segunda, al público en general de las acciones no enajenadas en la primera; proceso de enajenación que además debe estar informado por los principios de democratización y de

protección del patrimonio público, los cuales *“se deben armonizar (...) pues los mismos no son opuestos y en esa medida la ponderación de tales principios deben permitirle al Estado la enajenación de su participación mediante el ofrecimiento de sus acciones, en primer lugar, bajo las condiciones especiales de que trata la ley 226 al sector solidario pero, permitiéndole, a su vez, sujetar dicha enajenación a la venta del total de acciones del Estado, ya sea en la primera y/o segunda etapa.”*

Consideran que la venta de *“todo o nada”* garantiza que el patrimonio público no se vea menguado o deteriorado, pues la venta parcial podría implicar la pérdida del control accionario y de la posibilidad de obtener un valor adicional por concepto de la denominada prima de control que se reconoce en los procesos de enajenación, cuando se involucra el control accionario, lo cual en su criterio *“en ningún momento implica una limitación al acceso a la propiedad que en forma preferente, y que por mandato constitucional, se le reconocería a los destinatarios de las condiciones especiales.”*

Poniendo de presente la existencia actual de varios procesos de enajenación en curso, formulan la siguiente pregunta:

“¿Es viable jurídicamente que en los Programas de Enajenación de Acciones de propiedad accionaria estatal, cuando por las razones expuestas sea necesario, se establezca que las aceptaciones de las ofertas por parte de los destinatarios de las condiciones especiales queden sujetas a que la enajenación de participación accionaria se lleve a cabo en aquellos eventos en los cuales se enajene la totalidad de las acciones objeto de venta, es decir, que se enajene el cien por ciento de las acciones ofrecidas, toda vez que dicha condición supone la preservación del patrimonio público sin que desconozca el principio de la democratización?”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

Procede la Sala a analizar el régimen aplicable a la enajenación de acciones de propiedad del Estado, en particular el alcance de los principios de democratización y de protección del patrimonio público, con el fin de establecer la viabilidad jurídica de condicionar la venta de las acciones ofrecidas al sector solidario, al hecho de que la enajenación tenga por objeto la totalidad de la participación accionaria.

1. La democratización de la propiedad accionaria estatal es un mandato constitucional desarrollado por la ley

La Constitución Política de 1991 establece que el Estado tiene el deber genérico de promover el acceso a la propiedad y específicamente con respecto a la propiedad pública, consagra en la misma preceptiva constitucional⁵⁰⁵, tanto un mandato de democratización, como un mecanismo específico para darle eficacia cuando se enajena la participación estatal en una empresa, que consiste en la adopción de medidas conducentes a democratizar la titularidad de la propiedad estatal mediante el ofrecimiento de condiciones especiales de acceso a dicha propiedad en favor de los trabajadores y las organizaciones solidarias.

505 En relación con la democratización de la propiedad y el mecanismo de oferta preferencial en la enajenación de propiedad estatal, pueden consultarse los debates en Comisión y en Plenaria en la Asamblea Nacional Constituyente (Gaceta Constitucional Nos 46 pág 27 y 82 pág. 6.).

En efecto, el artículo 60 de la Constitución Política, que ha de interpretarse en el contexto del concepto de Estado Social de Derecho, democrático, participativo y pluralista, que tiene como fines esenciales los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los derechos - entre ellos el de iniciativa privada, de libre concurrencia y de propiedad, incluida la solidaria, - y facilitar la participación de todos en la vida económica y política de la Nación (arts. 1o, 2o), dispone textualmente:

“Artículo 60.-El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad.

Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia.”

Tanto esta Sala⁵⁰⁶ como la Corte Constitucional, en distintas providencias han interpretado el alcance y contenido del principio de promoción de acceso a la propiedad y de la regla específica tendiente a la democratización en caso de enajenación accionaria.

Sobre este respecto la Corte Constitucional ha sostenido:

“4. La Constitución, al adoptar la fórmula política del Estado Social de Derecho (CP art. 1º), propugna por la democratización de la propiedad, que tiene como objeto generar condiciones propicias para permitir que ciertos grupos tengan acceso a ésta más fácilmente—. Esta opción constitucional se materializa en diversas normas constitucionales, y en especial en el artículo 60 de la Carta, el cual, como esta Corte lo ha señalado, contiene dos mandatos diferenciados, pues simultáneamente establece un principio general y una regla. Así, el inciso primero establece el principio según el cual es obligación del Estado facilitar y promover el acceso a la propiedad. Y seguidamente, el inciso segundo del mismo artículo desarrolla ese principio, por medio de una regla especial, ya que consagra un derecho preferencial de los trabajadores y de las organizaciones solidarias, en la enajenación que haga el Estado de su participación en alguna empresa en la cual tenga parte.

Esta forma de interpretar el contenido del artículo 60 de la Constitución parte de las mismas consideraciones que hizo esta Corporación en la sentencia C-392 de 1996, MP Alejandro Martínez Caballero, en donde distinguió las dos diversas estructuras normativas del artículo en cuestión. La Corte aclaró en esa providencia que el primero de los incisos incluía una cláusula “programática y promocional”, a través de la cual el Constituyente consagró un derecho de todas las personas de acceder a la propiedad, que el Estado “debe intentar realizar en la medida de sus posibilidades jurídicas y fácticas”. El

506 Esta Sala el Concepto N 1015 de 1997 expresó: “En relación con la propiedad pública se establecen en el artículo 60 constitucional dos obligaciones diferentes a cargo del Estado, adicionales a la promoción del acceso a la propiedad, cuando se trate de enajenar su participación en una empresa: - la primera de contenido genérico consistente en tomar las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y - la segunda instrumental y concreta consistente en el ofrecimiento a sus trabajadores, y a las organizaciones solidarias y de trabajadores, de condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria, quedando esta materia sujeta a la reglamentación de la ley.” Por su parte, en el Concepto No 1358 de 2001 se dijo: “La Constitución de 1991 en su artículo 60 no sólo proclama el deber estatal de promover el acceso a la propiedad, sino que establece directamente en su preceptiva instrumentos destinados a lograr la eficacia de su contenido dogmático en el caso de la enajenación de su participación en una empresa. Prevé las medidas conducentes a democratizar la titularidad de las acciones de propiedad estatal mediante el ofrecimiento de condiciones especiales para acceder a la propiedad accionaria por parte de los trabajadores y de las organizaciones solidarias.”

segundo inciso, precisó esa sentencia, tiene una característica normativa distinta, pues está construido a la manera de una regla, ya que establece una obligación específica para el caso concreto de enajenaciones de participación de capital del Estado en una empresa. En otras palabras, este segundo inciso consagra “una regla clásica bajo la forma de mandato definitivo, puesto que a una determinada hipótesis fáctica (la enajenación de participación estatal en una empresa) atribuye una consecuencia ineluctable: el derecho de preferencia de los trabajadores y organizaciones solidarias.”⁵⁰⁷

Puede afirmarse entonces que el objetivo de democratización buscado por el constituyente consiste en propiciar la participación de la mayor cantidad de personas en los procesos de enajenación accionaria estatal, cometido que puede lograrse, entre otros mecanismos, garantizando condiciones especiales de acceso a favor de los trabajadores y del sector solidario. En palabras de la Corte Constitucional “*Las medidas conducentes, que deben adoptarse a través de la ley, necesariamente han de estar dirigidas a que efectivamente se cumpla el designio democratizador de la norma que, a juicio de la Corte, apunta a eliminar la concentración de la riqueza, lo que naturalmente supone que las acciones han de quedar en manos del mayor número de personas.*”⁵⁰⁸

Con el fin de completar el régimen jurídico aplicable a estas operaciones, la Carta atribuye al legislador la competencia para reglamentar la materia, la cual ha sido ejercida de modo general⁵⁰⁹ mediante la ley 226 de 1995 en la que se determina su campo de aplicación (art. 1°), los principios que rigen la enajenación de la participación estatal, a saber, los de democratización, preferencia, protección del patrimonio público y continuidad del servicio (arts. 2 a 5°), el procedimiento que debe seguirse y las actuaciones administrativas que deben cumplirse en los distintos órdenes administrativos (art. 6° a 13 y 17), el imperativo de utilizar mecanismos que garanticen condiciones de amplia publicidad y libre concurrencia, así como la posibilidad de realizar la enajenación mediante operaciones de martillo (art. 9°) y algunas disposiciones sobre el tratamiento presupuestal y destinación de los recursos producto de la enajenación (arts. 4° y 23).

1.1. Campo de aplicación de la ley 226 de 1995

La ley 226 de 1995 se refiere a la enajenación de cualquier forma de participación del Estado en el capital de una empresa⁵¹⁰, incluidos los bonos convertibles en acciones, según lo dispone el artículo 1°⁵¹¹, norma que determina su campo de aplicación, teniendo en cuenta

507 Sentencia C-1260 de 2001.

508 Sentencia C-037 de 1994.

509 El artículo 18 de la ley dispone que cuando se trate de de la enajenación de participación del Estado o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en instituciones financieras o entidades aseguradoras, se aplicarán las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

510 Esta Sala expresó en el Concepto No 1513 de 2003: “*Resulta claro entonces, que la enajenación de la participación del Estado en el capital social de las empresas, en condiciones especiales a los trabajadores y a las organizaciones solidarias y sindicales, se refiere a acciones o a cuotas o partes de interés, conforme al artículo 60 de la Constitución y la ley 226 de 1995 que regula el procedimiento para ello.*”

511 “**Artículo 1o. Campo de aplicación.** La presente ley se aplicará a la enajenación, total o parcial a favor de particulares, de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de propiedad del Estado y, en general, a su participación en el capital social de cualquier empresa. // La titularidad de la participación estatal está determinada bien por el hecho de que las acciones o participaciones sociales estén en cabeza de los órganos públicos o de las personas jurídicas de la cual éstos hagan parte, o bien porque fueron adquiridas con recursos públicos o del Tesoro Público. // Para efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a la propiedad accionaria o a

que otras disposiciones de la ley excluyen de su regulación algunas enajenaciones, como la participación del Estado o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en instituciones financieras o entidades aseguradoras regidas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (art. 18), o la enajenación accionaria de los fondos ganaderos (art. 22), o la que se realice entre órganos estatales, o la de activos distintos de acciones o bonos convertibles en acciones⁵¹², (salvo cuando se trate de la venta de activos que equivalga a la enajenación de la participación del Estado en una empresa de acuerdo a la decisión de exequibilidad condicionada del artículo 20 por la Corte Constitucional⁵¹³, en cuyo caso habrá de aplicarse el mecanismo de ofrecimiento preferencial a los trabajadores previsto en el artículo 60 de la Carta y el régimen legal contenido en la ley 226 de 1995).

Por tratarse la hipótesis objeto de consulta, de la enajenación de participación accionaria estatal, no cabe duda alguna sobre la aplicación del artículo 60 de la Carta y de la ley 226 de 1995, que pasa a analizarse a continuación.

1.2. Principios que deben observarse en la enajenación de la propiedad estatal

La ley 226 de 1995 reserva un capítulo especial a la consagración de los siguientes principios conforme a los cuales ha de desarrollarse todo proceso de enajenación de las participaciones estatales:

(i) **Democratización** - desarrollo del mandato constitucional -, definido como la posibilidad de que todas las personas naturales o jurídicas accedan a la propiedad accionaria que el Estado enajene, y en consecuencia dispone que en los procesos administrativos que se surtan se utilicen mecanismos que garanticen amplia publicidad, libre concurrencia y procedimientos que promuevan la masiva participación en la propiedad (art. 2°).

En palabras de la Corte Constitucional *“la democratización, según la Carta, constituye una estrategia del Estado en desarrollo de la cual, se busca facilitar, dentro de los procesos de privatización, el acceso de los trabajadores y organizaciones solidarias, al dominio accionario de las empresas de participación oficial, otorgándoles para tal fin, “condiciones especiales” que les permitan lograr dichos objetivos. Como resultado de tal estrategia*

cualquier operación que sobre ella se mencione, se entenderán incluidos los bonos obligatoriamente convertibles en acciones, lo mismo que cualquier forma de participación en el capital de una empresa.”

512 *“Artículo 20.- La enajenación accionaria que se realice entre órganos estatales no se ajusta al procedimiento previsto en esta Ley, sino que para este efecto, se aplicarán únicamente las reglas de contratación administrativa vigentes. Así mismo, la venta de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones sólo se sujetará a las reglas generales de contratación”.*

513 En relación con venta de activos estatales, la Corte Constitucional mediante la sentencia C -392 de 1996 declaró la exequibilidad condicionada el artículo 20, en la cual expresó: *“8- De otro lado, si bien la venta de activos estatales no está sujeta al derecho de preferencia del inciso segundo del artículo 60 de la Carta, pues una cosa es la venta de propiedad accionaria y otra la venta de activos estatales, la Corte recuerda que en anteriores decisiones ya había establecido que esa distinción debe ser interpretada y aplicada “con prudencia”. En efecto, la Corte ha señalado que pueden presentarse “situaciones límite”, en las que “al socaire de una aparente venta de activos de una empresa estatal, en el fondo, se lleve a cabo la enajenación de su participación”, sustrayendo por esta vía a los trabajadores y organizaciones solidarias la posibilidad que les depara la norma constitucional. Es evidente que en estos eventos, a los cuales se refiere la sentencia anterior de esta Corte, la distinción carece de sustento y no podrá formularse. El examen de la realidad de una particular negociación, deberá hacerse caso por caso”. // Lo anterior significa entonces que la norma es exequible en el entendido de que ella es ejercida para la venta de activos estatales, y no para que se encubra la enajenación de la participación del Estado en una empresa bajo la forma de venta de activos, pues de ser así, estaríamos en frente de una clásica desviación de poder que implica la posibilidad de que se anule lo actuado. Sin embargo, esa eventualidad, señalada por el actor y reconocida por la Corte, no implica en manera alguna la inconstitucionalidad de una regulación que, en sí misma considerada, se ajusta perfectamente a la Carta.” (Destaca la Sala)*

tiene que alcanzarse el crecimiento y consolidación de las organizaciones solidarias, multiplicar su participación en la gestión empresarial nacional (arts. 57, 58 y 333), y por contera, reducir el tamaño de la concentración del dominio empresarial, que tradicionalmente ha constituido una forma de obstaculizar la democratización de la propiedad”⁵¹⁴.

(ii) **Preferencia**, también en desarrollo del precepto constitucional, prevé el otorgamiento imperativo de condiciones especiales a trabajadores y al sector solidario, con el fin de garantizar y facilitar su acceso efectivo a la propiedad accionaria del Estado (art. 3°).

Incluye como sujetos destinatarios exclusivos de las condiciones especiales a los trabajadores activos y pensionados de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria, los extrabajadores de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria siempre y cuando no hayan sido desvinculados con justa causa por parte del patrono, las asociaciones de empleados o exempleados de la entidad que se privatiza, los sindicatos de trabajadores, las federaciones de sindicatos de trabajadores, las confederaciones de sindicatos de trabajadores, los fondos de empleados, los fondos mutuos de inversión, los fondos de cesantías y de pensiones y las entidades cooperativas definidas por la legislación cooperativa.

Las condiciones especiales que deben garantizar las facilidades de acceso al sector destinatario, son las siguientes reguladas por el artículo 11 de la ley:

1. Ofrecimiento en primer lugar y de manera exclusiva de la totalidad de las acciones que se pretenda enajenar. Conforme a esta regla, no es posible ofrecer al sector beneficiario sólo una parte de las acciones o participaciones objeto de venta.
2. Determinación de un precio accionarío fijo equivalente al precio resultante de la valoración, el cual tendrá la misma vigencia que el de la oferta pública, siempre y cuando, dentro de la misma, no hubiesen existido interrupciones.
3. La ejecución del programa de enajenación se iniciará cuando el titular o una o varias instituciones hayan establecido líneas de crédito o condiciones de pago para financiar la adquisición de las acciones en venta, que impliquen una financiación disponible de crédito no inferior, en su conjunto, al 10% del total de las acciones objeto del programa de enajenación, las cuales tendrán las siguientes características:
 - a. El plazo de amortización no será inferior a 5 años;
 - b. La tasa de interés aplicable a los adquirentes destinatarios de las condiciones especiales no podrá ser superior a la tasa de interés bancario corriente certificada por la Superintendencia Financiera, vigente al momento del otorgamiento del crédito,
 - c. El período de gracia a capital no podrá ser inferior a un año. Los intereses causados durante dicho período de gracia podrán ser capitalizados para su pago, junto con las cuotas de amortización a capital;
 - d. Serán admisibles como garantía las acciones que se adquieran con el producto del crédito. El valor de las acciones, para determinar la cobertura de la garantía, será el precio fijo, inicial o ajustado, de venta de aquéllas.

4. Cuando los adquirentes sean personas naturales, tendrán la posibilidad de utilizar las cesantías que tengan acumuladas, con el objeto de adquirir estas acciones.

Con el mismo propósito de promocionar el acceso a la propiedad pública de los beneficiarios de condiciones especiales, el legislador autoriza a las empresas vendedoras para que realicen actividades de promoción de los programas de enajenación para facilitar su participación y organización, y al efecto prevé un término no menor de dos meses para la presentación de sus ofertas, según lo dispone el artículo 25 de la ley 226 de 1995.

(iii) Protección del patrimonio público, expresado en los siguientes términos por el artículo 4° de la ley:

“Artículo 4o. Protección del patrimonio público. La enajenación de la participación accionaria estatal se hará en condiciones que salvaguarden el patrimonio público. El recurso del balance en que se constituye el producto de esta enajenación, se incorporará en el presupuesto al cual pertenece el titular respectivo para cumplir con los planes de desarrollo, salvo en el caso de que haga parte de los fondos parafiscales, en cuyo evento se destinará al objeto mismo de la parafiscalidad.

Aquí el legislador condiciona la actividad administrativa que se adelante, a la preservación del patrimonio público, lo cual entraña no sólo que se garantice que con ocasión de la enajenación, los activos estatales y la propiedad pública no van a sufrir detrimento o menoscabo alguno, sino también la mejor utilización de los recursos fiscales obtenidos con la venta, estableciendo la destinación de su producto al presupuesto público como recurso de capital y determinando una afectación de los mismos al cumplimiento de los planes de desarrollo, como ya lo ha precisado esta Sala⁵¹⁵.

(iv) Continuidad del servicio, conforme al cual cuando se trata de la enajenación de la propiedad accionaria en una empresa que preste servicios de interés público, el legislador exige la adopción de medidas que se requieran para garantizar la continuidad de los mismos, de manera que los usuarios o vinculados a dichos servicios no se vean afectados en su prestación adecuada con ocasión de la venta de sus acciones o activos, pues es claro que por mandato constitucional el Estado debe garantizar su prestación eficiente (art. 365).

La interpretación armónica de estos principios trae como consecuencia la estructuración de un régimen que debe garantizar la amplia y libre concurrencia de los participantes, la adquisición de las participaciones públicas por el mayor número de personas, preferentemente trabajadores y miembros del sector solidario, con apoyo en las condiciones especiales que han de ofrecerse en la primera etapa del proceso de enajenación, de modo que del proceso resulte la democratización de la propiedad que se enajena, sin que se afecte la continuidad de la prestación de servicios de interés público.

Es de anotar que de acuerdo con lo dispuesto por la ley 226 la inobservancia de los principios expuestos se sanciona con la ineficacia de las conductas que persigan negociaciones antidemocráticas.

515 Esta Sala ha destacado la correlación entre la enajenación de las participaciones estatales y los objetivos del plan de desarrollo, en los siguientes términos: “Debe resaltarse la conexidad sustancial entre la actividad estatal de enajenación del patrimonio público y la destinación de las rentas obtenidas a la financiación del plan de desarrollo, la cual persigue una adecuada utilización de los recursos públicos disponibles en la obtención de las metas de la administración pública y el cumplimiento de los fines del Estado.” Concepto No 1358 de 2001.

1.3. El procedimiento de enajenación prevé un programa de enajenación para cada caso en particular

La ley atribuye competencia al Gobierno para decidir, en cada caso concreto, la enajenación de la propiedad accionaria a nivel nacional, así como la adopción de un programa de enajenación concebido para cada evento en particular, el cual debe sujetarse a las disposiciones de la ley 226.

El artículo 6º de la ley 226 dispone:

*“Artículo 6º.- El Gobierno decidirá, en cada caso, la enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional, a que se refiere el artículo 1º de la presente ley, adoptando un programa de enajenación, diseñado para cada evento en particular, que **se sujetará a las disposiciones contenidas en esta ley.**” (Destaca la Sala)*

Corresponde al Ministerio titular o a aquél al cual estén adscritos o vinculados los titulares de la participación social, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la función de diseñar el respectivo programa de enajenación (art. 7º).

Asimismo el legislador dispone que el programa de enajenación debe tener una sustentación técnica y reflejar la valoración de la entidad, la rentabilidad de la institución y la debida aplicación del principio de protección del patrimonio público (art. 4º).

Como es apenas obvio, el programa de enajenación debe contener también las medidas necesarias para evitar el desconocimiento de los principios que informan el proceso de venta, según lo ordena el artículo 14 del siguiente tenor:

*“Artículo 14. **El programa de enajenación que para cada caso expida el Gobierno dispondrá las medidas correspondientes para evitar las conductas que atenten contra los principios generales de esta ley.** Estas medidas podrán incluir la limitación de la negociabilidad de las acciones, a los destinatarios de condiciones especiales, hasta por 2 años a partir de la fecha de la enajenación: en caso de producirse la enajenación de dichas acciones antes de dicho plazo se impondrán multas graduales de acuerdo con el tiempo transcurrido entre la adquisición de las acciones y el momento de enajenación, dichas sanciones se plasmarán en el programa de enajenación.*

Sin perjuicio de las disposiciones penales que le sean aplicables, si en cualquier momento se determina que la adquisición se realizó en contravención a estas disposiciones o a las que la reglamenten para cada caso en particular sobre el beneficiario o adquirente real, el negocio será ineficaz.

Sin perjuicio de las limitaciones que se puedan imponer a los destinatarios de condiciones especiales, los cargos del nivel directivo de la entidad en el proceso de privatización, sólo podrán adquirir acciones por un valor máximo de 5 veces su remuneración anual.” (Negrillas de la Sala)

Esta norma impone a la administración responsable de expedir el programa de enajenación, adicionalmente a la obligación de observancia del régimen legal ordenado en el ya transcrito artículo 6º de la ley, el deber legal de prever las medidas necesarias tendientes a evitar el desconocimiento de los principios analizados, entre ellos, además del de preferencia, los de democratización y protección del patrimonio público, que constituyen el marco esencial de actuación de las autoridades.

Sobre esta materia, la Sala ha resaltado el ámbito de actuación de la autoridad administrativa a través de los programas de enajenación, así:

“3.2 Cuando el precepto citado señala que corresponde al gobierno disponer un “programa de enajenación” preventivo (“para evitar”) de conductas contrarias a los principios de la ley 226, es porque quiere que las enajenaciones se sujeten a una regulación administrativa programática - complementaria de la sustancial - la que tiene, por objeto, entre otros, precaver, conductas negativas antidemocráticas, bajo el apremio de multas graduales.”⁵¹⁶

Dicho razonamiento pone de presente que la facultad atribuida al gobierno para adoptar medidas que limiten la negociación de las acciones una vez adquiridas por el sector solidario, se sustenta precisamente en la protección del principio de democratización, de manera que dicha primera etapa no sea utilizada irregularmente para evadir la democratización.

El alcance del artículo 14 fue también precisado por la Corte Constitucional al declarar su exequibilidad condicionada, teniendo en cuenta que la regulación de la enajenación corresponde al legislador y que dentro de este ámbito deben interpretarse las atribuciones del ejecutivo, de manera que el Gobierno sólo puede expedir medidas en un todo sujetas a la ley, sin que le quepa la posibilidad de establecer limitaciones a este tipo de protección constitucional de acceso a la propiedad accionaria, pues ésta es una materia reservada a la ley⁵¹⁷.

Es claro entonces que el programa de enajenación debe contener medidas que eviten el desconocimiento de los principios y en ningún caso puede imponer limitación al acceso a la adquisición de la propiedad accionaria.

2. Condicionamiento de enajenación a la venta total de las acciones a los destinatarios de condiciones especiales

Se interroga a la Sala sobre la viabilidad jurídica de que en los programas de enajenación se incluya la posibilidad de condicionar la venta de las acciones ofrecidas al sector solidario, a su adquisición total; razón por la cual debe determinarse si tal condicionamiento se aviene con los principios de democratización o de protección del patrimonio público o puede acarrear su desconocimiento.

La hipótesis expuesta en la consulta parte del supuesto de que la participación mayoritaria del Estado en una empresa, en la medida que le permite tener el control de la misma,

⁵¹⁶ Concepto No 1215 de 1999.

⁵¹⁷ En la Sentencia C-384 de 1996 se lee: *“En primer término, el artículo en estudio ordena al Gobierno, es decir, al Presidente de la República y a los ministros de los ramos afectados (artículo 115 de la Constitución), la responsabilidad de disponer, en el respectivo programa de privatización, las medidas enderezadas a evitar las conductas que atenten contra los principios de la Ley. // Si bien el texto no lo especifica, debe entenderse, dentro del ámbito de las atribuciones del Ejecutivo, que se trata de medidas administrativas, sujetas en todo a la ley, destinadas a preservar el sentido y los fines de la normatividad legal puesta en vigencia // Por lo tanto, en modo alguno se atribuye al Gobierno facultad legislativa, y, en consecuencia, en nada resulta transgredida la Constitución Política. // (...) No podría ser de otra manera, pues el artículo 60 de la Carta Política, al disponer las reglas básicas relativas a la enajenación de acciones de empresas estatales, haciendo imperativas las condiciones especiales para los sectores que menciona, ordena de manera terminante que sea la ley la que reglamente la materia. // Bien se sabe, además, que todo lo relativo a la propiedad y lo concerniente a las condiciones de negociabilidad de las acciones de sociedades y, en general, el régimen de éstas corresponde al legislador. // Sin embargo, no es éste el caso en que se desconozcan tales reservas, pues se repite que el legislador, por sí mismo, estableció la normatividad excepcional aplicable a los adquirentes que la Ley buscó proteger, según la Constitución, y confió al Gobierno tan sólo la definición del tiempo durante el cual permanecerá, en cada programa de venta, la restricción de origen legal. // No hay, entonces, motivo que permita declarar inconstitucional la norma acusada. // En todo caso, dado que los términos de la disposición podrían dar lugar a extender o a ampliar el alcance de las atribuciones del Gobierno en su desarrollo, la Corte Constitucional condicionará la exequibilidad, de acuerdo con las consideraciones precedentes.”. El numeral Segundo de la parte resolutoria dispuso: “Segundo.- Decláranse EXEQUIBLES las palabras “sin perjuicio de las limitaciones que se puedan imponer a los destinatarios de condiciones especiales”, pertenecientes al inciso 3º de la misma norma, **siempre que se entienda que el único facultado por la Constitución para imponer las limitaciones en cuestión es el legislador.**” (Resalta la Sala)*

debe “transferirse” al momento de la enajenación, con el fin de obtener una mejor contraprestación económica y evitar el menoscabo, que a través de una venta parcial, podría ocasionarse al patrimonio público.

Si bien la situación descrita aparece conciliable con el principio de protección del patrimonio estatal, en criterio de la Sala, admitir la procedencia de la venta solamente a los casos de enajenación total de las acciones ofrecidas en venta al sector de trabajadores y de la economía solidaria, significa aceptar que por la vía del programa de enajenación se establezca una restricción de acceso a la propiedad estatal, pues es evidente que un ofrecimiento parcial y condicionado sería contrario a los fines que se buscan con este tipo de enajenaciones y por lo tanto se vería limitado el objetivo contemplado por la Constitución y la ley sobre democratización de la propiedad de las acciones del Estado.

En otros términos, el condicionamiento de la enajenación a la venta total de lo ofrecido, se opone al principio de democratización, dado que el objetivo constitucional trazado en el artículo 60 persigue precisamente el acceso de un sector de la economía que en criterio del constituyente amerita protección, al punto de concebir directamente un instrumento que facilite su acceso, mediante el otorgamiento de condiciones especiales, como lo ha señalado el juez constitucional:

“Bajo la perspectiva analizada, el proceso de democratización debe adelantarse en condiciones de total claridad y bajo parámetros que garanticen el hecho de que la propiedad accionaria estatal se traslada preferencial y efectivamente a los trabajadores y a las organizaciones solidarias, y se consolida en forma real en cabeza de estos, sin perjuicio de la opción que, a posteriori, tienen otras personas para adquirir las referidas acciones.”⁵¹⁸

Ahora bien, desde la perspectiva del acto jurídico que daría origen a la restricción o limitación, según lo ya expuesto, corresponde al legislador establecer las limitaciones al acceso a la propiedad accionaria estatal, como consecuencia de la competencia que la Carta atribuye a la ley para regular la materia (art. 60), de manera que mediante el acto administrativo por medio del cual se adopta el programa de enajenación, no puede válidamente establecerse restricción al acceso a la propiedad. Debe recordarse que finalmente se trata de la protección de derechos, que conforme al sistema jurídico y a la organización unitaria con un solo centro de emisión legislativa, solamente está radicada en cabeza del Congreso.

LA SALA RESPONDE:

No es jurídicamente viable que mediante el acto administrativo de adopción de los programas de enajenación de acciones de propiedad estatal, se establezca que las aceptaciones de las ofertas presentadas por los titulares de las condiciones especiales, se condicionen a la adquisición de la totalidad de las acciones objeto de venta.

Transcríbase a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía, y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: FLAVIO RODRÍGUEZ ARCE, Presidente de la Sala. GUSTAVO EDUARDO APONTE SANTOS, Consejero. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Consejero. (Con Salvamento de Voto). LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Consejero. LIDA YANNETTE MARIQUE, Secretaria de la Sala.

SALVAMENTO DE VOTO: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, me aparto del concepto citado en la referencia, pues considero que la respuesta dada al gobierno debió ser la contraria, esto es, que jurídicamente es posible establecer dentro del programa de enajenación de una empresa estatal, que la aceptación de ofertas parciales de compra de acciones, puede estar sometida a la venta de la totalidad de las mismas, de conformidad con las razones que sucintamente expongo enseguida.

De acuerdo con la ley 226 de 1995, la decisión de enajenar la propiedad accionaria estatal en una empresa, la adopta el gobierno de acuerdo con el procedimiento en ella previsto. Es del resorte del gobierno la definición del objeto de la enajenación. Según el artículo 1° de la misma, la decisión de venta puede recaer sobre la totalidad o una parte de las acciones de que sea dueño el Estado, de manera que el gobierno al definir el objeto de la venta, determina si lo hace sobre la totalidad o una parte de los títulos que representan el capital de la empresa y que son de su propiedad.

Determinar si se debe vender total o parcialmente una empresa o unas acciones, es una decisión política que se toma teniendo en cuenta la conveniencia pública en la que juegan múltiples factores, como la mejor prestación del servicio público o actividad de la empresa, la protección del patrimonio público, la obligación de democratizar la propiedad estatal, etc.

Uno de los efectos de ésta decisión política, tiene que ver con la naturaleza jurídica de la empresa que se vende, por ejemplo, si el Estado es propietario de la totalidad del capital y decide traspasar tan solo una parte, se estaría transformando una empresa industrial y comercial en una sociedad de economía mixta, pero si decide vender la totalidad de las acciones se transformaría en una sociedad comercial enteramente privada. Por tanto el gobierno define también la naturaleza final de la entidad que se enajena, decisión que es de su resorte exclusivo, como se ha dicho.

Bajo esta perspectiva, el gobierno puede legítimamente definir que no es conveniente, desde el punto de vista de las finanzas públicas, de la prestación de un servicio público o por cualquier otro motivo de conveniencia general, que si no se transfiere la totalidad o la mayoría del paquete accionario ofrecido bajo el procedimiento de la ley 226 de 1995, es preferible no enajenar dicha entidad pública, decisión a todas luces válida, obviamente siempre que se trate de razones de conveniencia general. Esta decisión política se adopta dentro del programa de enajenación de acciones, y por lo mismo es obligatoria para todos los posibles compradores, incluyendo al sector solidario. No se puede olvidar que el sector solidario hace parte del sector privado, y por lo mismo debe primar el interés general sobre el particular.

Por estas razones, la decisión pública no puede estar subordinada a la actitud que adopte el sector solidario o el resto de los compradores privados, que pueden entorpecer la ejecución de un programa de enajenación total de una entidad, aceptando parcialmente la oferta de venta de sus acciones.

Además, es bueno advertir, que en las condiciones de la oferta que el Estado hace de su propiedad debe estar consignada la condición de venta total, de manera que ésta hace

parte de los elementos del negocio ofrecido, que deben tomar en cuenta los destinatarios de la oferta, la que aceptarán o rechazarán libremente, de acuerdo con el postulado de la autonomía de la voluntad privada.

Argumentando por el absurdo, sostener, como lo hace el concepto del que me aparto, que no es posible que el gobierno condicione la aceptación de ofertas parciales de compra a la venta de la totalidad del paquete accionario ofrecido, lleva a la conclusión que la conveniencia pública de venderla totalmente y la definición de la naturaleza final de la entidad que se enajena, están subordinadas a los avatares del mercado accionario.

Fecha ut supra.

SUSCRIBE EL SALVAMENTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Consejero.

4. Impuesto sobre vehículos automotores. Sujeto pasivo. El impuesto recae sobre el propietario o poseedor del vehículo. Prueba legal de la propiedad. Necesidad de prever en el presupuesto la apropiación para el pago del impuesto. Responsabilidad fiscal y disciplinaria por no cancelar el impuesto. Posibilidad de registrar la venta a solicitud del vendedor

Radicado 1843

Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos

Fecha: 01/11/2007

Levantamiento de la reserva mediante auto del 2 de noviembre de 2011 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Oscar Iván Zuluaga, formula a la Sala una consulta acerca de la procedencia de generar un gasto para pagar obligaciones tributarias (impuesto, sanción e intereses) derivadas de vehículos automotores que no están registrados en la contabilidad del Ministerio, ni son administrados por éste en razón de que no tiene su posesión o tenencia, pero, respecto de los cuales, la Secretaría de Hacienda del Distrito Capital de Bogotá ha requerido el pago del correspondiente impuesto, con base en que tales vehículos aparecen como de su propiedad en los historiales de la firma concesionaria Servicios Especializados de Tránsito y Transporte –SETT.

1. Antecedentes

Inicialmente, el Ministro cita las normas de la ley 488 de 1998 y el decreto distrital 352 de 2002, que establecen que el hecho generador del impuesto sobre vehículos automotores es la propiedad o posesión de los vehículos gravados, y el sujeto pasivo, el propietario o poseedor de éstos.

Luego, manifiesta en relación con los vehículos objeto de la consulta:

“La Dirección Distrital de Impuestos de la Secretaría de Hacienda de Bogotá, ha venido solicitando en reiteradas oportunidades al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cancelación del impuesto

sobre vehículos de una serie de automotores, **cuya propiedad aparece registrada a nombre de esta entidad.**

Efectuado el estudio respectivo, se pudo constatar que dichos vehículos **no aparecen dentro de la contabilidad de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, así como tampoco, se cuenta con documento alguno, diferente al enviado por el SETT, que permita esclarecer la situación y el destino de dichos automotores.

Existe incertidumbre respecto a la propiedad que se endilga a la entidad, debido a que un gran número de estos vehículos, aparecieron registrados inicialmente en algunos historiales expedidos por el SETT, a nombre de esta entidad, y en otros, se registra información de los mismos vehículos, en propiedad de un particular” (Resalta la Sala).

En los últimos meses, el Ministerio ha estado recibiendo varios requerimientos de la Dirección Distrital de Impuestos – Secretaría de Hacienda de Bogotá D.C., mediante los cuales se le solicita el pago del impuesto de vehículos, sobre automotores que figuran en los historiales de la firma concesionaria SETT –Servicios Especializados de Tránsito y Transporte, como de propiedad del Ministerio desde hace muchos años, pero que en realidad no están relacionados en la contabilidad del Ministerio y de los cuales, además de no tener su posesión ni tenencia, se desconoce su estado actual y su paradero.

El Ministerio ha emprendido diversas actuaciones ante la administración distrital, para verificar la información y ha encontrado que en los registros del SETT aparecen cuarenta y cinco (45) de tales vehículos, como de propiedad particular, razón por la cual ha solicitado al Subdirector Jurídico Tributario de la Dirección Distrital de Impuestos, mediante memorial del 8 de junio de 2007, la revocatoria directa de los respectivos actos administrativos de requerimiento.

Queda por aclarar el dominio de aproximadamente setenta y cuatro (74) vehículos, en relación con los cuales la administración distrital requiere el pago del impuesto y es sobre éstos, a los cuales, se debe entender, se contrae la consulta.

2. Interrogantes

El consultante presenta a la Sala los siguientes interrogantes:

“1. ¿Cómo se podría generar un gasto por obligaciones tributarias (impuesto, sanción e intereses), de unos bienes que no aparecen registrados en la contabilidad interna de la entidad y de los cuales se tiene incertidumbre de su titularidad y existencia, a pesar de que en los historiales del SETT se registra como titular del derecho de dominio desde hace 15 o más años al Ministerio de Hacienda y Crédito Público?

2. ¿Existiría detrimento fiscal al cancelar las obligaciones tributarias que recaen sobre estos automotores, en cumplimiento de los insistentes requerimientos efectuados por la Secretaría de Hacienda Distrital, y con el fin de evitar los mayores costos que resulten en un posible proceso de cobro coactivo que se llegare a iniciar en contra de esta entidad, el cual incluye decretar las medidas cautelares respectivas?

3. ¿Qué clase de responsabilidad acarrearía y a quién, la cancelación de obligaciones tributarias de una serie de vehículos que no aparecen registrados en la contabilidad interna de la entidad y de los cuales no se tienen los soportes documentales que permitan tener certeza de su actual situación y ubicación. Que por el contrario, su titularidad genera incertidumbre, debido a que un gran número de estos bienes aparecieron registrados inicialmente en algunos historiales expedidos por el SETT, a nombre de esta entidad, y en otros, se registra información de los mismos vehículos en propiedad de un particular?
4. ¿Qué clase de responsabilidad acarrearía la NO cancelación de las obligaciones tributarias de estos bienes?
5. ¿Cuál mecanismo debe utilizar esta entidad, para que cese la obligación tributaria actual y futura que pesa sobre unos bienes automotores de los cuales ha perdido su posesión o tenencia?”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

3.1 Impuesto sobre vehículos automotores. Sujeto pasivo. Causación

El artículo 138 de la ley 488 del 24 de diciembre de 1998, “Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las entidades territoriales”, creó el impuesto sobre vehículos automotores, en sustitución de otros anteriores. Dice así esta norma:

“Artículo 138.- Impuesto sobre vehículos automotores.- Créase el impuesto sobre vehículos automotores el cual sustituirá a los impuestos de timbre nacional sobre vehículos automotores, cuya renta se cede, de circulación y tránsito y el unificado de vehículos del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, y se regirá por las normas de la presente ley.

El Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá podrá mantener el gravamen a los vehículos de servicio público que hubiere establecido antes de la vigencia de esta ley”.

El artículo 140 de la ley establece el hecho generador de este impuesto en los siguientes términos:

“Artículo 140.- Hecho generador.- Constituye hecho generador del impuesto, la propiedad o posesión de los vehículos gravados”.

En cuanto al sujeto pasivo del tributo que interesa a la consulta, el artículo 142 de la ley 488 prescribe:

“Artículo 142.- Sujeto pasivo.- El sujeto pasivo del impuesto es el propietario o poseedor de los vehículos gravados”.

En consonancia con las disposiciones anteriores, el decreto **distrital** 352 del 15 de agosto de 2002, “Por el cual se compila y actualiza la normativa sustantiva tributaria vigente, incluyendo las modificaciones generadas por la aplicación de nuevas normas nacionales que se deban aplicar a los tributos del Distrito Capital, y las generadas por

acuerdos del orden distrital”, regula lo referente al impuesto sobre vehículos automotores en Bogotá D.C. y en la parte pertinente al tema consultado, dispuso, en los artículos 60, 61 y 64, lo siguiente:

“Artículo 60.- Autorización legal.- El impuesto sobre vehículos automotores reemplaza al impuesto unificado de vehículos. Este impuesto se encuentra **autorizado por el artículo 138 de la ley 488 de 1998** y fue adoptado por el artículo 20 del acuerdo 26 de 1998”.

“Artículo 61.- Hecho generador.- Constituye hecho generador del impuesto, **la propiedad o posesión de los vehículos gravados**, que estén matriculados en el Distrito Capital de Bogotá”.

“Artículo 64.- Sujeto pasivo.- El sujeto pasivo del impuesto es **el propietario o poseedor de los vehículos gravados** matriculados en el Distrito Capital de Bogotá, incluidos los vehículos de transporte público”.

Como se aprecia, la obligación tributaria del impuesto sobre vehículos automotores recae claramente en el propietario o en el poseedor del vehículo, cualquiera de los dos. El poseedor fue incluido en la norma en razón de la práctica un tanto frecuente en las negociaciones de vehículos, de omitir la realización de las diligencias de traspaso de la propiedad.

A este respecto, la Subdirección Jurídica Tributaria de la Secretaría de Hacienda Distrital, en el concepto No. 1142 del 18 de octubre de 2006, sostuvo:

*“En el concepto 1001 del 24 de noviembre de 2003, este despacho al contestar unas preguntas referentes al tema del sujeto pasivo del impuesto sobre vehículos automotores **cuando quien aparece como propietario no es el poseedor**, expresó:*

*‘(...) 1. Cuando se establece que el propietario que aparece como tal en el certificado de tradición es quien tiene la tenencia del automotor y por tanto el responsable del impuesto; en tal sentido, **todas las acciones de la Dirección Distrital de Impuestos se dirigirán contra él.***

*2. Cuando quien aparece en el certificado de tradición como propietario **no** corresponde a la misma persona que tiene el bien en calidad de poseedor, **las acciones de la Administración Tributaria Distrital se podrán dirigir contra propietario y poseedor.***

En la primera situación, entendemos que la acción se dirige al propietario y en este punto es importante recordar que los títulos traslativos de dominio deben registrarse, toda vez que por sí solos no confieren una posesión efectiva del respectivo derecho hasta tanto no se verifique el registro ante la oficina de tránsito, y así lo determinó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 10 de noviembre de 1976 ...

(...)

*En la segunda situación, si quien aparece en el certificado de tradición del vehículo, para la fecha de causación del tributo, es decir, el primero de enero de cada año, no corresponde a la misma persona que cuenta con la posesión, **el proceso puede adelantarse conjuntamente contra propietario y poseedor, o sólo contra propietario o sólo contra poseedor dependiendo de la calidad de las pruebas que como administración recopilamos sobre tal condición, ...”** (Resalta la Sala).*

Ahora bien, la causación del impuesto se produce por el hecho generador, esto es, la propiedad o la posesión del vehículo y se genera independientemente de que el sujeto pasivo del mismo tenga o no registrado en su contabilidad el bien objeto del tributo, ya que la ausencia de contabilización del bien no constituye ni puede constituir eximente del pago del impuesto, como tampoco lo es la falta de partida presupuestal en el caso de las entidades públicas, o de recursos económicos suficientes si se trata de un particular.

En el caso objeto de la consulta, se aprecia que respecto de un gran número de vehículos, la Secretaría de Hacienda Distrital ha observado que se encuentran a nombre del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el registro automotor. Sin embargo, el Ministerio no los tiene incorporados en su contabilidad interna ni tiene la posesión o la tenencia de los mismos, pues todo indica que se adjudicaron a terceros en diligencias de remate hace muchos años, por lo que no existe la apropiación presupuestal para atender ese impuesto.

La consulta interroga sobre la posibilidad jurídica de generar un gasto para cubrir las obligaciones tributarias derivadas de tales vehículos teniendo en cuenta que no figuran en la contabilidad del Ministerio y hay incertidumbre acerca de su titularidad y existencia. Al respecto, se observa claramente que la falta de contabilización de los bienes no constituye exoneración del pago del impuesto, porque jurídicamente la obligación de pago surge de la determinación legal del sujeto pasivo y no de su inclusión en la contabilidad.

3.2 Tradición del dominio y prueba de la propiedad del vehículo

En materia de vehículos automotores, por disposición del artículo 47 del actual Código Nacional de Tránsito Terrestre, la ley 769 de 2002, propietario es aquella persona natural o jurídica que aparezca inscrita en el registro del respectivo organismo de tránsito⁵¹⁹.

Como antecedente de esta norma, figura el artículo 922 del Código de Comercio (Decreto ley 410 de 1971), que dispone que la tradición del dominio de los vehículos automotores, se produce por medio de su entrega material y el registro de la venta o contrato en la oficina administrativa competente. Preceptúa esta norma:

“Artículo 922.- *La tradición del dominio de los bienes raíces requerirá, además de la inscripción del título en la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos, la entrega material de la cosa*⁵²⁰.

Parágrafo.- *De la misma manera se realizará la tradición del dominio de los vehículos automotores, pero la inscripción del título se efectuará ante el funcionario y en la forma que determinen las disposiciones legales pertinentes. La tradición así efectuada será reconocida y bastará ante cualesquiera autoridades”* (Resalta la Sala).

En la legislación anterior al Código de Tránsito, los efectos jurídicos del registro de cualquier acto o contrato relativo a vehículos automotores ante las autoridades de tránsito, eran los de *oponibilidad*, primero, frente a esas mismas autoridades, de acuerdo con el

519 El actual Código Nacional de Tránsito, la ley 769 de 2002, define, en el artículo 2º, a los organismos de tránsito, así: “Son unidades administrativas municipales, distritales o departamentales que tienen por reglamento la función de organizar y dirigir lo relacionado con el tránsito y transporte en su respectiva jurisdicción”.

520 El inciso del artículo 922 del Código de Comercio fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia No. 057 del 6 de agosto de 1985, M.P. Manuel Gaona Cruz.

artículo 5º del decreto ley 2157 de 1970 y luego, frente a todas las autoridades y a los terceros, de conformidad con la extensión hecha por el artículo 6º de la ley 53 de 1989 y la disposición número 76 del artículo 1º del decreto ley 1809 de 1990, que subrogó el artículo 88 del anterior Código Nacional de Tránsito, decreto ley 1344 de 1970, mientras que en la actualidad, los efectos del registro son los de servir de tradición del dominio, esto es, de *modo* de transferir la propiedad de los vehículos, conforme a lo dispuesto por el artículo 47 del Código Nacional de Tránsito vigente, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 47.- Tradición del dominio.- La tradición del dominio de los vehículos automotores requerirá, además de su entrega material, su inscripción en el organismo de tránsito correspondiente, quien lo reportará en el Registro Nacional Automotor en un término no superior a quince (15) días. La inscripción ante el organismo de tránsito deberá hacerse dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la adquisición del vehículo.

(...)” (Destaca la Sala).

Como se aprecia, esta norma fija un plazo de sesenta (60) días hábiles, para realizar el registro, pero no estipula quién debe hacerlo, **de donde se infiere que cualquiera de las partes, vendedor o comprador, puede llevarlo a cabo.**

Ahora bien, el propietario de un vehículo demuestra su derecho con la llamada comúnmente “Tarjeta de propiedad”, que el Código Nacional de Tránsito denomina “Licencia de Tránsito” y la define como “el documento público que identifica un vehículo automotor, **acredita su propiedad e identifica a su propietario** y autoriza a dicho vehículo para circular por las vías públicas y por las privadas abiertas al público” (art. 2º) (Resalta la Sala). Adicionalmente, el artículo 38 del Código, al enumerar los datos mínimos que debe contener la licencia de tránsito, menciona el del “Nombre del propietario, número del documento de identificación, huella, domicilio y dirección”.

En consecuencia, la licencia de tránsito constituye el documento idóneo para acreditar la propiedad de un vehículo automotor, por parte de una persona o entidad, y su expedición tiene como base el registro de automotores que posee el respectivo organismo de tránsito.

En este orden de ideas, si el Ministerio de Hacienda y Crédito Público aparece como el propietario de los vehículos objeto de la consulta, en el registro manejado por el SETT, dicho Ministerio, mientras no demuestre lo contrario, tiene jurídicamente la propiedad de esos vehículos y en tal virtud, constituye sujeto pasivo del impuesto sobre los mismos, aún cuando el tributo no necesariamente debe ser cobrado a quien aparezca como el propietario del vehículo sino que puede serlo al poseedor si se le identifica, por cuanto él también es sujeto pasivo.

3.3 Necesidad de presupuestar el pago del impuesto

Como se advierte, el Ministerio puede controvertir la propiedad de los mencionados vehículos, a efectos de exonerarse del impuesto y que éste sea pagado por los particulares que los adquirieron. Sin embargo, mientras no logre desvirtuar su propiedad es claro que permanece como sujeto pasivo del impuesto.

Así las cosas, el Ministerio debe apropiar en su presupuesto de gastos la partida correspondiente a este gravamen, para lo cual será necesario efectuar un traslado o una adición presupuestal, conforme a lo dispuesto por los artículos 79 y 80 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, el decreto compilador 111 de 1996, que establecen lo siguiente:

“Artículo 79.- Cuando durante la ejecución del Presupuesto General de la Nación **se hiciera indispensable aumentar el monto de las apropiaciones, para complementar las insuficientes**, ampliar los servicios existentes o establecer nuevos servicios autorizados por la ley, **se pueden abrir créditos adicionales** por el Congreso o por el Gobierno, con arreglo a las disposiciones de los artículos siguientes (Ley 38/89, art. 65)” (Resalta la Sala).

“Artículo 80.- El Gobierno nacional presentará al Congreso nacional, proyectos de ley sobre **traslados y créditos adicionales** al presupuesto, cuando sea indispensable **aumentar la cuantía de las apropiaciones autorizadas inicialmente o no comprendidas en el presupuesto** por concepto de gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública e inversión (Ley 38/89, art. 66, Ley 179/94, art. 55, incs. 13 y 17)” (Destaca la Sala).

En conclusión, se puede generar el gasto por las obligaciones tributarias (impuesto causado y no prescrito, sanción e intereses) surgidas de la propiedad registrada de estos vehículos y una vez se encuentre formalizada la apropiación correspondiente, el Ministerio podrá proceder al pago, dando así cumplimiento al principio de legalidad del gasto, establecido por los artículos 345 y 347 de la Constitución y desarrollado por los artículos 15, 36, 38 y 71 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

3.4 El eventual detrimento patrimonial debido a la falta de atención oportuna de los requerimientos tributarios y la consiguiente responsabilidad fiscal y disciplinaria

La consulta indaga también si existiría un detrimento patrimonial para la entidad, frente al hecho de no atender positivamente los requerimientos formulados por la administración tributaria distrital y exponerse a pagar un mayor valor en un eventual proceso de cobro coactivo, así como la responsabilidad en que podrían incurrir por esta causa los funcionarios competentes.

La noción de gestión fiscal de los servidores públicos y de los particulares que manejan recursos públicos, se encuentra definida en el artículo 3º de la ley 610 de 2000, “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, en los siguientes términos:

“Artículo 3º.- Gestión fiscal.- Para los efectos de la presente ley, se entiende por **gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos**, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”.

El ejercicio de la gestión fiscal puede generar responsabilidad fiscal, conforme lo establece el artículo 4º de la misma ley:

“Artículo 4º.- Objeto de la responsabilidad fiscal.- La responsabilidad fiscal tiene por objeto el **resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público** como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal⁵²¹.

Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Parágrafo 1º.- La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad⁵²²”.

Ahora bien, el contenido del daño patrimonial al Estado que da origen a la responsabilidad fiscal, lo precisa el artículo 6º de la ley 610 de 2000:

“Artículo 6º.- Daño patrimonial al Estado.- Para efectos de esta ley se entiende por **daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, (uso indebido⁵²³) o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado⁵²⁴, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, (inequitativa⁵²⁵) e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.**

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan⁵²⁶ al detrimento al patrimonio público”.

De acuerdo con lo anterior, la omisión de pagar el impuesto sobre los vehículos que figuren como de propiedad del Ministerio, eventualmente podría significar una gestión fiscal ineficiente o ineficaz, si se logra determinar la existencia de un daño patrimonial para la entidad, por efecto de la causación de intereses de mora, gastos procesales, etc., lo cual generaría un proceso de responsabilidad fiscal para los gestores fiscales competentes. Adicionalmente, es posible deducir responsabilidad disciplinaria por incumplimiento de los deberes del cargo.

Lógicamente, las citadas responsabilidades se deben determinar en los respectivos procesos, con observancia de las garantías constitucionales y solamente por actuación dolosa o gravemente culposa.

De otra parte, como la situación que motiva la consulta, se deriva de posibles omisiones acontecidas en el pasado, la Sala estima necesario señalar que en los casos en que

521 La expresión “mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal”, es exequible, de acuerdo con la sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001 de la Corte Constitucional.

522 El parágrafo 2º de esta norma fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, en sentencia C-619 del 8 de agosto de 2002.

523 La expresión “uso indebido” es inexecutable, según sentencia C-340 del 9 de mayo de 2007 de la Corte Constitucional.

524 La expresión “o a los intereses patrimoniales del Estado” es exequible. Sentencia C-340/07.

525 La expresión “inequitativa” es inexecutable. Sentencia C-340/07.

526 La expresión “contribuyan” fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001.

la acción disciplinaria no haya prescrito, sería procedente adelantarla en relación con los servidores que hubieran incurrido en una presunta falta disciplinaria por omitir, en su momento, las diligencias tendientes a perfeccionar los traspasos de la propiedad.

3.5 Los mecanismos para hacer cesar el cobro del impuesto de los vehículos automotores

Finalmente, el Ministerio pregunta sobre el mecanismo que se podría utilizar para que cese la obligación tributaria actual y futura que pesa sobre los vehículos automotores bajo examen.

En primer lugar, conviene señalar que el impuesto de los vehículos automotores mencionados que puede ser cobrado por la Secretaría de Hacienda Distrital, es el causado en los últimos cinco (5) años, en atención a la prescripción de la acción de cobro fijada en ese término, de acuerdo con el artículo 137 del decreto distrital 807 de 1993, el cual remite a lo dispuesto en esta materia por los artículos 817, 818 y 819 del Estatuto Tributario.

Adicionalmente, resulta oportuno indicar que no es viable solicitar la cancelación de la matrícula de los referidos vehículos, de acuerdo con el artículo 40 del Código Nacional de Tránsito, por cuanto con tal medida se pueden afectar los derechos de los particulares propietarios o poseedores de dichos vehículos, y además, se deberían pagar los impuestos causados y presentar la prueba de la destrucción total del vehículo o la pérdida definitiva o el hurto o la desaparición documentada.

Ahora bien, según se ha podido establecer, el origen del problema radica en que, en el pasado, el Ministerio se componía de seis Direcciones y cada una llevaba su propia contabilidad. Dos de tales Direcciones eran la de Impuestos y la de Aduanas Nacionales, las cuales recibían o incautaban vehículos que se registraban como de propiedad del Ministerio. Posteriormente esos vehículos se remataban en subasta pública, y se debía proceder a hacer el traspaso a los compradores particulares. Al crearse la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, como Unidad Administrativa Especial, mediante el decreto 2117 de 1992, los archivos respectivos pasaron a ella con la información de los remates, las adjudicaciones y los traspasos de esos vehículos.

En consecuencia, debe continuarse la búsqueda de los documentos de venta y de traspaso de la propiedad a los compradores particulares de los aludidos vehículos, para demostrar a la Administración Distrital que el Ministerio no es el propietario y en tal virtud, no es sujeto pasivo del impuesto generado por tales vehículos.

Conviene reiterar, que el texto del artículo 47 del Código Nacional de Tránsito vigente no distingue acerca de la persona habilitada para solicitar el traspaso del vehículo, y por lo tanto el vendedor como el comprador del mismo pueden inscribir el contrato de compraventa o el acto administrativo de adjudicación (en el caso de una entidad pública que haya vendido el vehículo en un remate), ante los organismos de tránsito, y la consiguiente formalización de la tradición del vehículo, para que el comprador aparezca como la persona responsable del pago de los comparendos y los impuestos del vehículo.

De otra parte, la entidad puede adelantar diligencias tendientes a demostrar quiénes son los poseedores de dichos vehículos, mediante indagaciones policiales, colaboración de las entidades aseguradoras o avisos de prensa, para exonerarse del tributo, conforme a lo expresado en el referido Concepto No. 1142 del 18 de octubre de 2006, de la Subdirección Jurídica Tributaria del Distrito, según el cual:

“En conclusión en los conceptos reseñados se estableció que la administración tributaria sólo puede conocer a quién aparece como propietario en el respectivo certificado de libertad y tradición del vehículo, razón por la cual inicia los procesos de determinación y cobro contra éste; lo que no obsta para que quién esté interesado compruebe y acepte que otro es el poseedor para que sea éste quien responda por las obligaciones tributarias” (Destaca la Sala).

En síntesis, si bien el Ministerio figura en los registros del SETT como propietario de los vehículos en cuestión y en tal carácter es sujeto pasivo del impuesto, tal circunstancia no es absoluta en el sentido de que la administración tributaria distrital puede cobrar dicho impuesto a los poseedores de los vehículos que sean identificados, para lo cual sería conveniente la colaboración entre las dos entidades.

LA SALA RESPONDE:

1. Es procedente generar un gasto por obligaciones tributarias (impuesto, sanción e intereses) de unos vehículos, con base en los registros que acreditan la propiedad de los mismos. Para la efectividad de tal gasto la entidad debe prever en su presupuesto, el gasto o apropiación por concepto de las mencionadas obligaciones tributarias.
2. No existe detrimento fiscal para la entidad, cuando se cancelan las obligaciones tributarias que recaen sobre los aludidos vehículos, siempre y cuando aparezcan en los registros como de su propiedad.
3. No acarrea responsabilidad fiscal y disciplinaria para los actuales gestores fiscales de la entidad, la cancelación de las obligaciones tributarias derivadas de los mencionados vehículos, en la medida en que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público aparece inscrito como último propietario en el Registro Automotor.

No obstante, si la acción disciplinaria no ha prescrito, sería procedente adelantarla en relación con los funcionarios que en su momento hubieran omitido sin justificación legal las diligencias tendientes al traspaso de la propiedad de los vehículos.

4. El no pago de las obligaciones tributarias derivadas de los vehículos que aparecen en los registros automotores a nombre del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, podría eventualmente acarrear responsabilidades fiscal y disciplinaria para los gestores fiscales competentes que se rehusaran a efectuar el pago.
5. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe continuar la búsqueda de los documentos que prueben la adjudicación o venta a terceros de los vehículos automotores objeto de la consulta, y con la información positiva, proceder a registrar la venta, o también demostrar, si logra determinarlo, quiénes son los respectivos poseedores.

Es viable para el Ministerio solicitar al SETT que registre la correspondiente transferencia de propiedad o el hecho de la posesión, según el caso, y de esta forma liberarse de la mencionada obligación tributaria.

Transcribábase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Presidente de la Sala. GUSTAVO APONTE SANTOS, Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Consejero. TATIANA ORJUELA VEGA, Secretaria de la Sala.

5. Clasificación de una acreencia a favor de Fogafin por concepto de anticipo de capitalización. Pasivo interno y externo

Radicado 1850

Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Fecha: 04/09/2007

Levantamiento de la reserva mediante auto del 2 de noviembre de 2011 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

El Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Oscar Iván Zuluaga Escobar, consultó a la Sala sobre el tratamiento jurídico que debe otorgársele a una acreencia reconocida a favor de Fogafin dentro del proceso de liquidación del Banco Central Hipotecario.

A tal fin formuló las siguientes preguntas:

“1. Desde el punto de vista jurídico, las sumas entregadas a título de anticipo de capitalización por un accionista de una entidad financiera, al no haberse convertido en acciones, y entrar dicha entidad en estado de liquidación, hacen parte del pasivo interno de la misma?

2. O, por el contrario, ¿las sumas entregadas a título de anticipo de capital deben considerarse como un bien excluido del patrimonio objeto de liquidación, y por tanto, deberían ser restituidas al inicio del proceso liquidatorio, por cuanto no pertenecen a la entidad en liquidación?”

Como antecedentes de su consulta, el señor Ministro relacionó, en orden cronológico, los siguientes:

1. En 1999 la Superintendencia Bancaria de Colombia, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, impartió una orden de capitalización al Banco Central Hipotecario, la cual no pudo ser cumplida por sus accionistas, toda vez que los mismos, no se encontraban en condiciones de atender el requerimiento de capitalización.

Considerando lo anterior, la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, en adelante Fogafin, en sesión del 26 de julio de 1999 y según el Acta No. 251 autorizó, con base en las atribuciones que le asigna el parágrafo del numeral 4º del artículo 320 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, capitalizar dicha entidad.

2. Entre el 30 de junio de 1999 y el 30 de septiembre del año 2000, Fogafin desembolsó al Banco Central Hipotecario con cargo a la reserva de Banca Pública y al Fondo de Contribución de Emergencia Económica –Banca Pública-, la suma de \$1.291.789.084.5 miles, de los cuales \$1.006.887.692.6 miles fueron efectivamente capitalizados, razón por la cual Fogafin quedó con una participación accionaria de 99.993153%.
3. El saldo restante de los recursos desembolsados por Fogafin, es decir, la suma de \$284.901.391.9 miles, el cual fue entregado con cargo a la reserva de Banca Pública y al Fondo de Contribución de Emergencia Económica, a título de anticipo de capital, fue contabilizado por dicho concepto y por ende, no acrecentó la participación accionaria de Fogafin en el Banco.

Las razones que impidieron la capitalización de la suma anterior, se refieren a que el BCH no realizó los procedimientos prescritos por la ley, para realizar el aumento de capital correspondiente, razón por la cual no entregó títulos de acciones a Fogafin y por ende, este último no acrecentó su participación accionaria por esta suma, ni realizó actividades como accionista con base en tales recursos.

Por lo anterior, la suma antes mencionada figura como una cuenta por cobrar en los registros contables de los estados financieros de Fogafin, y el recaudo de la misma, debe ser transferido directamente al Tesoro Nacional.

4. Al 12 de enero de 2001, fecha en la cual el Presidente de la República, mediante el decreto No. 20, ordenó la disolución y liquidación del BCH, la suma de \$284.901.391.9 miles entregada por Fogafin, no se había convertido en acciones o títulos representativos de acciones del Banco y se mantenía como un anticipo de capital. Una vez entró en vigencia el decreto en comento, se hizo inviable dicha capitalización.
5. El registro contable del anticipo de capital efectuado por Fogafin como una cuenta por cobrar, coincidió con el inventario presentado por el Gerente liquidador del BCH en liquidación, a la entonces Superintendencia Bancaria en el año 2001 y con los balances de la liquidación del Banco a esa fecha, en los cuáles, dentro del inventario de pasivos, se encontraba registrada la cuenta denominada “anticipo de capitalización” por la suma en mención, como **un pasivo externo** de la **categoría quinta clase**, registro que se mantuvo hasta el año 2006. Para todos los efectos es importante tener en cuenta que con base en el inventario de pasivos antes mencionado, el cual fue enviado a la Superintendencia Bancaria el 30 de noviembre de 2001 por el BCH en liquidación, se efectuaron pagos a otros acreedores distintos a Fogafin.
6. El registro contable de la acreencia a favor de Fogafin, fue modificado en los balances de la liquidación del Banco con corte a septiembre de 2006, con lo cual la acreencia apareció dentro de los **créditos de quinta clase como un pasivo interno**, sin que mediara autorización de Fogafin, ni explicación alguna.
7. En los estados financieros de la liquidación del Banco con corte a 31 de diciembre de 2006, la acreencia a favor de Fogafin aparece registrada como un pasivo interno.
8. Fogafin, dentro de la oportunidad legal conforme a las normas que regulan el proceso liquidatorio del BCH, mediante comunicación del 20 de noviembre de 2001 efectuó la solicitud de reconocimiento de su acreencia.

No obstante lo anterior, el gerente liquidador adoptó un trámite no contemplado en el procedimiento liquidatorio aplicable al BCH y, mediante avisos publicados el 28 de marzo y el 9 de abril de 2007, emplazó a los acreedores, razón por la cual Fogafin debió presentar una nueva reclamación de su acreencia por \$284.901.391.9 miles, no sin antes manifestar su desacuerdo con el procedimiento adoptado por el gerente liquidador, en la respectiva resolución de reconocimiento de acreencias. Contra esa decisión se interpuso el recurso de reposición, el cual se resolvió desfavorablemente para Fogafin.

Adicionalmente, se adjuntaron una serie de documentos, entre los cuales la Sala destaca por su relevancia, los siguientes:

- a. Copia de la acción de tutela, interpuesta ante un juez administrativo contra el gerente liquidador, el 23 de agosto de 2007.
- b. Copia de la acción popular de carácter preventivo interpuesta el 23 de agosto de 2007 ante un juez administrativo contra el gerente liquidador del Banco Central Hipotecario en Liquidación BCH.
- c. Copia de la acción de reparación directa interpuesta ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por el Fondo de Garantías e Instituciones Financieras Fogafin contra el Gerente liquidador del BCH en Liquidación. El Tribunal Administrativo mediante auto del 27 de junio de 2007, inadmitió esta demanda por considerar que *“la entidad actora ha debido demandar dichos actos mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no en vía de reparación directa”*. Contra este auto se interpuso recurso de reposición, el cual, se encuentra en trámite.
- d. Copia de la acción de tutela interpuesta el 18 de abril de 2007 y de la providencia del 7 de junio de 2007 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que la denegó por considerar la acción procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho contra la resolución por la cual se clasificó dicho crédito de Fogafin como un pasivo social interno.

1. Doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil

De acuerdo con sus funciones constitucionales y legales, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha mantenido un criterio constante de no conceptuar en aquellos casos en los cuales el tema objeto de la consulta se encuentra al mismo tiempo bajo el conocimiento de la Jurisdicción competente.

Esta Sala ha sostenido que no es procedente pronunciarse en asuntos que versen sobre la misma materia o una sustancialmente conexas, a aquellas que están sometidas a una decisión judicial, pues la controversia debe resolverse mediante sentencia que habrá de cumplirse con efectos de cosa juzgada.

La misión de la Sala de servir de órgano consultivo del Gobierno debe ejercerse en armonía y coordinación con las funciones judiciales asignadas a los Tribunales Contenciosos Administrativos y al Consejo de Estado, y contribuir al fortalecimiento y la unidad jurisprudencial de la Jurisdicción Contenciosa.

Igualmente, al ejercer la función consultiva debe respetar el marco de competencias atribuido en la Constitución y en la ley Estatutaria de la Administración de Justicia a la Jurisdicción Ordinaria y a la Fiscalía General de la Nación, que en el orden penal ejerce funciones jurisdiccionales.

2. El caso concreto

El problema jurídico objeto de la consulta consiste en determinar cuál debe ser el tratamiento jurídico de una acreencia reconocida a favor de Fogafin por valor de \$284.901.391.9 miles dentro del proceso de liquidación del Banco Central Hipotecario en liquidación.

De los documentos aportados se observa que actualmente cursan ante esta jurisdicción las acciones de tutela y popular interpuestas el 23 de agosto de 2007, en las cuales el apoderado de Fogafin, solicitó:

2.1 Acción de Tutela, interpuesta ante un juez administrativo contra el gerente liquidador del Banco Central Hipotecario en liquidación, el 23 de agosto de 2007

El apoderado de Fogafin, solicita tutelar el derecho al debido proceso y el derecho de petición consagrados en la Constitución Política, por considerar que la resolución 010 de 2007 proferida por el gerente liquidador del Banco Central Hipotecario en liquidación, no resolvió todas las cuestiones que fueron planteadas por Fogafin, en el recurso de reposición interpuesto contra la resolución 01 de 2007, por medio de la cual se efectuó el reconocimiento, calificación y graduación del pasivo a cargo de la masa liquidable del BCH en liquidación.

Concretamente, manifiesta en la demanda que el gerente liquidador en dicho acto administrativo dejó de contestar aspectos centrales del recurso, tales como, la necesidad de calificar y pagar la acreencia de Fogafin en igualdad de condiciones con otros acreedores de la liquidación que aparecen el inventario realizado el 30 de noviembre de 2001, el procedimiento de calificación y graduación de los créditos en la liquidación, el perfeccionamiento de la capitalización de las sumas entregadas a título de anticipo por Fogafin.

Mediante auto del 24 de agosto del presente año, el Juzgado Veinticuatro Administrativo del Circuito de Bogotá, Sección Segunda, avocó el conocimiento de esta acción.

2.2 Acción Popular de carácter preventivo interpuesta ante un juez administrativo contra el gerente liquidador del Banco Central Hipotecario en liquidación, el 23 de agosto de 2007

El derecho colectivo invocado como fundamento de esta acción es la protección del patrimonio público, teniendo en consideración la naturaleza pública de los recursos entrados por Fogafin al BCH a título de anticipo de capitalización.

La acción popular así interpuesta propende por la anulación de los artículos 9 y 11 de la resolución 001 de 2007, por medio de los cuales se rechazó la reclamación presentada por FOGAFIN, así como la objeción presentada, también por FOGAFIN, a los inventarios del patrimonio social del BCH, el 23 de marzo de 2007.

La anulación de los artículos 9, 10, 12 y 13 de la resolución 001 de 2007, por medio de los cuales se reconocen unos créditos quirografarios de la liquidación, en cuanto a la exclusión de Fogafin de la lista de acreedores.

La anulación de La resolución 010 de 2007, que resolvió el recurso de reposición interpuesto por FOGAFIN contra la resolución 001 de 2007.

El Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, admitió la demanda por reunir los requisitos de forma señalados en el artículo 12 de la ley 472 de 1998, mediante auto del 28 de agosto de 2007.

En consecuencia, se solicita que el juez ordene al Gerente liquidador del BCH tomar como base para el pago de las acreencias de Fogafin, los inventarios elaborados por el BCH y enviados a la Superintendencia Bancaria el 30 de noviembre de 2001, en el cual, figura la acreencia a favor de Fogafin por valor de \$284.901.391.947, como parte del pasivo externo del BCH, dentro de los créditos de la quinta clase; o, en subsidio, que se le ordene reconocer al FOGAFIN su condición de acreedor quirografario, y su calidad de pasivo externo a los recursos que reclama.

Por último, el accionante señala que el tratamiento de pasivo interno que el gerente liquidador le pretende dar a esta acreencia pone en peligro el patrimonio público, en la medida en que Fogafin no recibiría dinero alguno, pues de acuerdo con los informes del gerente liquidador, los recursos disponibles del BCH en liquidación sólo alcanzan para atender el 86% de las acreencias clasificadas en la quinta categoría.

Con fundamento en lo expuesto, se concluye que un pronunciamiento de la Sala sobre los problemas jurídicos planteados en la consulta, sería a todas luces improcedente, porque se solicita conceptuar sobre aspectos que deben ser analizados por el juez administrativo en cada una de las acciones en curso.

En consecuencia, lo procedente es que la Sala se declare inhibida para conocer del asunto, para que sea la jurisdicción que ha asumido su conocimiento por competencia, quien decida de fondo sobre la controversia que se ha suscitado en torno al tratamiento jurídico y clasificación legal del crédito a favor de Fogafin dentro del proceso de liquidación del Banco Central Hipotecario en liquidación.

Transcríbase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Presidente de la Sala. GUSTAVO APONTE SANTOS, Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Consejero. TATIANA ORJUELA VEGA, Secretaria de la Sala

6. Ley 1066 de 2006. Normalización de la cartera pública. Prescripción de cuotas partes pensionales. Cobro intereses de mora

Radicado 1853

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Fecha: 11/12/2007

Levantamiento de la reserva mediante auto del 2 de noviembre de 2011 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

El señor Ministro de Defensa Nacional, doctor JUAN MANUEL SANTOS CALDERON, formuló una consulta a la Sala, sobre la viabilidad de aplicar el término de prescripción del derecho al recobro de las cuotas partes pensionales previsto en el artículo 4º de la ley

1066 de 2006, a las mesadas causadas con anterioridad a la expedición de dicha ley. Al efecto formula los siguientes interrogantes:

“1. Debe entenderse que el recobro de todas las cuotas partes pensionales sin excepción causadas antes de la vigencia de la ley 1066 de 2006, prescribe, sin importar que la entidad haya enviado cuentas de cobro (cobro persuasivo) pues la finalidad de la Ley sería el saneamiento de las obligaciones por este concepto? O si por el contrario, el hecho de que la entidad haya remitido la cuenta de cobro, interrumpe la prescripción? Qué sucede cuando la entidad remitió la cuenta de cobro después de la vigencia de la ley 1066 de 2006?

2. Si la cuenta de cobro no fue remitida con los documentos soportes para tramitar el pago o presenta inconsistencias en la liquidación igualmente interrumpirá o no la prescripción?

3. Para las cuotas partes pensionales causadas con posterioridad a la vigencia de la ley, la cuenta de cobro interrumpirá la prescripción?

4. La liquidación del DTF aplicable para cada mes de mora empieza a correr a partir de la causación de la cuota parte pensional? O a partir de la radicación de la cuenta de cobro? Lo anterior teniendo en cuenta que la entidad sólo conoce la existencia de la obligación una vez sea cobrada por la entidad que paga la pensión, toda vez que la entidad cuotapartista desconoce cuando una pensión se extingue por las causas determinadas en la ley.

5. El recobro de la cuota parte pensional empieza a correr desde la fecha de la ejecutoria de la resolución a través de la cual se reconoce la pensión? O a partir de la fecha efectiva de reconocimiento de la pensión?

6. Si los valores a prescribir se encuentran registrados en el balance de la entidad puede castigarlos argumentando la configuración de la prescripción legal contenida en la ley 1066 de 2006? O se requiere algún trámite especial?”

El señor Ministro manifiesta que en relación con la aplicación del término de prescripción contemplado en el artículo 4º de la ley 1066 de 2006 se han planteado dos posiciones jurídicas, en la primera, se sostiene que el término de prescripción de tres (3) años de la ley 1066 de 2006 se aplica únicamente a las cuotas partes pensionales causadas a partir de su vigencia; y en la segunda, con base en la misma disposición, se afirma que las cuotas partes pensionales de mesadas causadas con anterioridad a enero de 2004, se encuentran prescritas. Solicita así la interpretación de esta norma.

PARA RESPONDER, LA SALA CONSIDERA:

1. El derecho aplicable a las relaciones jurídicas entre órganos y entidades públicas

En varias ocasiones esta Sala del Consejo de Estado se ha ocupado del tema de las relaciones jurídicas entre los diferentes órganos y entidades públicas, observando que por lo general se configuran bajo el principio de colaboración armónica del artículo 113 de la Constitución Política, desarrollado para las entidades administrativas por el artículo 6º de la ley 489 de 1998, y que sólo por excepción, estas relaciones interadministrativas

pueden ser de subordinación, en las que *“un órgano administrativo es titular de una función pública que tiene como destinatario a un grupo de personas que realizan una misma actividad”*, una de las cuales es una *“entidad pública que actúa en concurrencia con otras unidades sociales, como sucede, por ejemplo, en el ejercicio del poder de policía económica que ejerce la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) que tiene como destinatario el sector financiero, conformado tanto por personas jurídicas de derecho privado como por entidades públicas que desarrollan este tipo de empresa.”*

En estos conceptos ha expuesto la Sala que cuando la administración se relaciona bajo el principio de colaboración armónica, ninguna de las entidades puede imponerse sobre la otra, pues carece de competencia para ello. Por el contrario, cuando entre dos entidades se presente una relación de supremacía o subordinación, quien sea titular de los poderes públicos puede imponer a la entidad que actúe como un particular, las obligaciones que sean del caso conforme a sus competencias, utilizando el expediente del acto administrativo.

De esta diferenciación entre las relaciones interadministrativas de colaboración y las de subordinación, se puede deducir esta otra consecuencia: cuando se está en presencia de entidades o de dependencias del orden nacional que se relacionan bajo el principio de colaboración y se presente un conflicto entre ellas, el Presidente de la República puede definirlo sin necesidad de acudir al juez, dada su calidad de suprema autoridad administrativa que le entrega la Constitución. En el mismo sentido deben actuar los gobernadores y alcaldes en el marco de sus competencias.

En un concepto reciente, entendió esta Sala que no todas las relaciones entre los órganos o entidades públicas que se plantean en un pie de igualdad, podían definirse bajo las reglas del derecho público, pues era posible que una de las partes de la misma fuera una empresa industrial y comercial del Estado cuya actividad está regulada por el derecho privado, por lo que esa relación en lo que tenía que ver con la actividad industrial, comercial y de servicio propia de esta empresa, estaría sometida a las reglas de los particulares. Entonces la aplicación del principio de colaboración es matizada por el principio de eficacia económica, también de rango constitucional, que rige la actividad industrial comercial y de gestión económica de las empresas estatales, así como la de prestación de los servicios públicos. Expuesto de otra forma, puede decirse que las relaciones de naturaleza administrativa entre órganos y entidades públicas, se regirán obviamente por esta rama del derecho, y en aquéllas cuyo objeto sea una actividad industrial y comercial, o de servicios públicos, la relación jurídica será regulada por el derecho aplicable a cada una de estas actividades.

Ahora bien, las relaciones entre los diferentes órganos y entidades de la administración, pueden dar lugar al surgimiento de créditos entre ellas, en los cuales una entidad es deudora de una obligación monetaria en favor de otra que se convierte en acreedora. Para determinar las normas aplicables a estos derechos de crédito, es necesario entonces establecer la naturaleza de la relación jurídica que genera la acreencia, de suerte que si es interadministrativa, las reglas serán las del derecho público; si es de subordinación, también será el derecho público propio de la función que se ejerce, y si es industrial, comercial o de servicios públicos, se aplicarán las reglas de estas actividades, que en múltiples casos es el derecho de los particulares. Para ilustrar este aserto, cita la Sala el concepto número 1819 del 20 de junio de 2007, en el que se preguntaba si la Fiscalía

General de la Nación debía pagar intereses de plazo o de mora al Fondo Nacional de Ahorro por no haber consignado en tiempo las cesantías de sus empleados, a lo que se respondió que, mientras el Fondo tuvo la naturaleza de establecimiento público, no se debían tales intereses, pero a partir de su transformación en empresa industrial y comercial del Estado se causaban, pues en virtud de su transformación esta relación jurídica se regía por las normas comerciales.

Mutatis mutandi, el razonamiento que debe realizar la Sala para responder las preguntas formuladas por el Sr. Ministro de Defensa sobre el tema de la prescripción del derecho de recobro de cuotas partes pensionales y la generación de intereses de mora entre entidades que deban concurrir al pago de una pensión, es similar al realizado por la Sala en relación con las obligaciones entre la Fiscalía General de la Nación y el Fondo Nacional de Ahorro, de suerte que si se entiende que esta particular relación de crédito encaja dentro de las funciones administrativas y el principio de colaboración armónica, salvo norma especial que establezca lo contrario, la figura de la prescripción no podría operar, como tampoco podrían generarse intereses por la demora en el pago de dichos recursos. Por el contrario, si la relación se enmarca en la prestación de un servicio público o en el ejercicio de una actividad industrial y comercial del Estado, estará sometida a las reglas propias de tales actividades, incluyendo las relativas a la prescripción de los derechos y al pago de intereses.

Acaba de exponerse, que en la medida en que no exista norma en contrario, las relaciones de colaboración no implican la posibilidad de expedir actos administrativos de contenido obligacional, ni tampoco el cobro de intereses o la prescripción de los derechos surgidos de la misma. La ley 1066 de 2006, *por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones*, consagró para los derechos de crédito que surjan por concepto de cuotas partes pensionales entre entidades públicas, tanto la obligación de pagar intereses, como la prescripción. En el siguiente acápite, procede la Sala a efectuar una breve presentación de la ley, y en forma especial hará referencia a los derechos de recobro de las cuotas partes pensionales, objeto de la consulta.

2. La ley 1066 de 2006. Finalidad y alcance

La ley 1066 de 2006, por la cual se dictaron normas para la normalización de la cartera pública, surgió como respuesta a la problemática situación revelada en un informe presentado por la Contaduría General de la Nación, en el que ponía de presente la enorme acumulación de deudas a favor del Tesoro Público, generada, entre otras causas, por la falta de reglas claras para el ejercicio de la función recaudadora a cargo de los servidores públicos.

En la exposición de motivos del proyecto de ley que el Gobierno Nacional presentó ante la Cámara de Representantes, se expone claramente que las medidas propuestas buscan que el Estado actúe rápidamente, en forma racional, eficaz, transparente y flexible, para alcanzar tres objetivos, a saber: *“la recuperación de la cartera de sus deudores, la normalización de las diferentes obligaciones y el establecimiento de medidas que disuadan y eviten en lo posible incurrir nuevamente en el deterioro de la misma”*.

En relación con la cartera pública derivada de las cuotas partes pensionales, los objetivos expuestos se concretaron en el artículo 4º de dicha ley 1066, disposición que permite el cobro de intereses de mora para este tipo de obligaciones, la aplicación de la

prescripción extintiva del derecho al recobro de lo pagado por la entidad a cuyo cargo se encuentra la pensión y la celebración de acuerdos de pago, en los siguientes términos:

“Artículo 4o. Cobro de intereses por concepto de obligaciones pensionales y prescripción de la acción de cobro. Las obligaciones por concepto de cuotas partes pensionales causarán un interés del DTF entre la fecha de pago de la mesada pensional y la fecha de reembolso por parte de la entidad concurrente. El derecho al recobro de las cuotas partes pensionales prescribirá a los tres (3) años siguientes al pago de la mesada pensional respectiva. La liquidación se efectuará con la DTF aplicable para cada mes de mora.

“Parágrafo.-. Cuando se celebren acuerdos de pago en materia de seguridad social en pensiones en ningún caso de las condiciones que se establezcan podrán derivarse perjuicios al afiliado o al fondo común de naturaleza pública”.

Así las cosas, encuentra esta Sala que, a diferencia de los fines trazados en la ley 490 de 1998, en la cual, el legislador ordenó suprimir las obligaciones recíprocas que por concepto de cuotas partes pensionales se hubieren causado entre entidades del orden nacional antes del 1 de abril de 1994, la ley 1066 de 2006 busca normalizar este tipo de cartera pública a través del pago de las obligaciones pendientes de cobro y evitar su acumulación en el futuro.

De ahí que el artículo 2º establezca entre las obligaciones de las entidades públicas que tengan deudas pendientes, la de regularizar mediante el pago o la celebración de un acuerdo de pago las obligaciones con otras entidades públicas, expedir un *Reglamento Interno del Recaudo de Cartera* para normalizar esta actividad que incluya las condiciones relativas a la celebración de acuerdos de pago y en el parágrafo 3º le ordena al gobierno reglamentar, dentro de los dos meses siguientes a su entrada en vigencia, un decreto en el que se deben *determinar las condiciones mínimas y máximas* de los reglamentos internos para el recaudo de cartera, el que se encuentra en el decreto 4473 de 2006. Igualmente en el parágrafo del artículo 4º señala expresamente que las entidades públicas pueden celebrar acuerdos de pago en materia de seguridad social siempre que no se afecten los derechos de los afiliados o el fondo común de naturaleza pública.

Atendiendo la finalidad de la ley 1066 de 2006 y el principio general, según el cual, las leyes rigen hacia el futuro y regulan todas las situaciones jurídicas que ocurran con posterioridad a su vigencia, precisa la Sala, lo siguiente:

- a. El término de prescripción del derecho al recobro de cuotas partes pensionales pagadas a partir de la vigencia de la ley, esto es del 29 de julio de 2006, fecha en que entró a regir la ley 1066 de 2006, es de tres años, contados a partir del pago de la mesada pensional respectiva.
- b. Las obligaciones derivadas del derecho a recobro de cuotas partes pensionales del orden nacional que se causaron antes del 1 de abril de 1994 están suprimidas por mandato legal.
- c. El término de prescripción de las cuotas partes pensionales nacionales pagadas entre el 1º de abril de 1994 y el 29 de julio de 2006, y de las territoriales causadas

antes de ésta última fecha, se empieza a contar a partir de ésta, pues la consagración de la prescripción es una norma de orden público por lo que de ella se predica el efecto general inmediato.

3. Naturaleza jurídica del derecho al recobro de cuotas partes pensionales y situación de las obligaciones causadas antes de la ley 1066 de 2006

El cobro de las cuotas partes pensionales se consagró en nuestra legislación desde la ley 72 de 1947 como un derecho a favor de la entonces Caja de Previsión Social, encargada del pago de las pensiones del personal uniformado y civil de la Policía Nacional, en virtud del cual, ésta podía exigir el reembolso de la cantidad proporcional que le correspondiera pagar en una pensión a otras “entidades oficiales”, en consideración al tiempo de vinculación del empleado en las mismas. Con el correr de los años, y en la medida en que va evolucionando la legislación, este derecho se va incluyendo en las diferentes leyes sobre pensiones, sin reformas que sea menester contar para el presente concepto.

La regulación actual de este derecho al recobro está en la ley 71 de 1988, que estableció la llamada pensión por aportes, y sobre este particular señaló:

“Artículo 7º.- A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer”.

“El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.”.

En desarrollo de la anterior disposición, el artículo 11 del decreto reglamentario 2709 de 1994, determinó:

“Artículo 11.- Todas las entidades de previsión social a las que un empleado haya efectuado aportes para obtener esta pensión, tienen la obligación de contribuirle a la entidad de previsión pagando la cuota parte correspondiente”.

“Para el efecto de las cuotas partes a cargo de las demás entidades de previsión, la entidad pagadora notificará el proyecto de liquidación de la pensión a los organismos concurrentes en el pago de la pensión, quienes dispondrán del término de quince días hábiles para aceptarla u objetarla, vencido el cual si no se ha recibido respuesta se entenderá aceptada y se procederá a expedir la resolución definitiva de reconocimiento de la pensión.

“La cuota parte a cargo de cada entidad de previsión será el valor de la pensión por el tiempo aportado a esa entidad, dividido por el tiempo total aportado”.

De lo expuesto, y en relación con el tema consultado, es claro que la obligación de concurrir en forma proporcional al pago de la pensión de quienes han estado afiliados a varias entidades, es de origen legal.

Para los efectos prácticos del reconocimiento en cada caso particular, la ley distingue dos momentos, el del reconocimiento de la pensión, y el del pago de las mesadas.

En relación con el acto administrativo de reconocimiento de la pensión, la entidad obligada al pago debe dar un traslado a las otras, para que objeten o acepten la cuota parte que les corresponde, y si guardan silencio, la ley le da el efecto de aceptación. En este momento surge la obligación de concurrir al pago, la que se hace exigible a partir del momento en que se comienza a pagar la primera mesada, y en forma sucesiva mes a mes.

La relación jurídica que surge entre las diferentes entidades obligadas a concurrir al pago de una pensión, puede ser definida como interadministrativa y de colaboración, pues tiene como finalidad la de pagar de la manera más eficiente la pensión al trabajador que haya adquirido este derecho, el cual está especialmente protegido por la Carta, al punto que es función del Estado la de garantizar su pago, en los términos del inciso tercero del artículo 53 de la Constitución Política.

La actuación conjunta y armónica de las entidades cuotapartistas con miras a que el derecho a la pensión se confiera sólo cuando el peticionario cumpla con los requisitos legales, en el monto que le corresponda según su régimen y evitando causar desequilibrios financieros a la entidad que está obligada a hacer las erogaciones correspondientes, en concepto de la Sala, es la causa eficiente de la obligación legal creada entre las entidades que concurren al pago y la que determina su naturaleza jurídica.

En concordancia con lo anterior, la Sección Segunda de esta Corporación, en sentencia del 26 de febrero de 2003, calificó el derecho al recobro de cuotas partes pensionales como un trámite interadministrativo, que no puede afectar al trabajador o beneficiario de la entidad, al exponer:

“(...) al empleado le corresponde probar que ha cumplido con los requisitos de ley, en tanto que a la entidad de previsión social o a la entidad que haga sus veces, además de observar esos presupuestos, le compete tramitar las cuotas partes pensionales de otras entidades que están obligadas a concurrir al pago de esa prestación social y no puede trasladársele esa responsabilidad al trabajador, por tratarse de un trámite interadministrativo”.

Siendo el derecho al recobro de cuotas partes pensionales, un crédito que se sustenta en el principio de colaboración armónica entre entidades públicas en la que debe prevalecer el interés general del Estado de cumplir con las obligaciones que adquiere en materia de seguridad social, resulta claro para esta Sala, que no le son aplicables las reglas generales sobre prescripción adquisitiva o extintiva, contenidas en el título XLI del Código Civil, ni tampoco la del artículo 41 del decreto ley 3135 de 1968, según pasa a explicarse.

En relación con el código Civil, es bueno recordar que aunque el artículo 2517 ordena que *“las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra de la Nación, del territorio, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo”*, el legislador, consciente de la importancia de conservar la capacidad fiscal del Estado para atender las necesidades de la comunidad, que está representada en los bienes fiscales que hacen parte de la hacienda pública, les otorgó el atributo de la imprescriptibilidad en el

artículo 407 numeral 4° del Código de Procedimiento Civil, al señalar que la declaración de pertenencia no procede respecto de bienes de propiedad de las entidades de derecho público, con lo cual se ratifica que no obstante los bienes fiscales tienen un régimen de administración similar al de los bienes de los particulares, éstos no están al margen del régimen de derecho público y del interés general que lo informa.

En concordancia con lo anterior, esta Sala con fundamento en el artículo 209 de la Carta, en virtud del cual la función administrativa está al servicio del interés general y las autoridades están en la obligación de coordinar sus actuaciones facilitando el ejercicio de sus funciones y absteniéndose de impedir o estorbar su cumplimiento, considera que, salvo norma especial en contrario, el derecho de crédito por concepto de cuotas partes pensionales pagadas que surge entre entidades públicas, no está sujeto al régimen de prescripción general del Código Civil previsto para las obligaciones entre los particulares o entre el Estado y un particular, pues ello equivaldría a declarar la prescripción de la obligación constitucional y legal que tienen las entidades estatales de colaborar armónicamente en el cumplimiento de los fines del Estado y a dar aplicación preferente del derecho privado, sin tener en cuenta el origen y la finalidad de derecho público que informa el derecho al recobro de dichas cuotas.

Además del anterior argumento, cabe exponer que en materia del derecho público las autoridades no sólo tienen el derecho de actuar sino la obligación de hacerlo, de manera que si una determinada entidad tiene a su favor un crédito, no sólo ostenta el derecho sobre el mismo sino además la obligación de cobrar la deuda; mientras que en el derecho de los particulares, la inactividad del acreedor al no cobrar una acreencia es una acción libre que da lugar a que el deudor alegue en su favor la prescripción adquisitiva. En derecho privado la mera liberalidad es causa suficiente de los actos y contratos, en el derecho público no lo es.

El decreto ley 3135 de 1968 además de regular el régimen prestacional aplicable a los empleados públicos y trabajadores oficiales incluyó el derecho al recobro de cuotas partes entre entidades que pensionan, e incluyó la prescripción de las acciones en el artículo 41 a cuyo tenor:

“Decreto 3135 de 1968. Artículo 41.- *Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres (3) años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado interrumpe la prescripción solo por un lapso igual”.*

La lectura integral del artículo permite afirmar que esta prescripción se refiere a los derechos de carácter prestacional que tienen los servidores públicos y no al derecho al recobro de cuotas partes pensionales, por dos razones a saber: la primera, que la causal de interrupción está dada sólo en función de la actuación del empleado o trabajador que tiene el derecho al pago de la prestación y la segunda, que al ser la prescripción y su interrupción de aplicación restrictiva no es dable extender su alcance a las relaciones entre las entidades públicas que concurren al pago de una pensión.

De lo anterior se desprende que al no existir, antes de la expedición de la ley 1066 de 2006, una disposición especial que instituyera la prescripción en relación con el derecho

al recobro de cuotas partes pensionales, debe estarse al principio general que informa las relaciones interadministrativas, cuya aplicación permite concluir que tales derechos y obligaciones recíprocos no estaban sometidos a la institución de la prescripción.

En consecuencia, las entidades públicas del orden nacional que tienen créditos a su favor por este concepto, causados entre el 1 de abril de 1994 y la fecha de vigencia de la ley 1066 de 2006, están en la obligación de cobrar dichas acreencias y realizar los acuerdos de pago que consideren necesarios para el efecto, y que por lo mismo, las entidades deudoras están también obligadas a satisfacer las obligaciones a su cargo. En igual situación se encuentran las cuotas partes del orden territorial causadas con anterioridad a la vigencia de esta ley, dado que el ámbito de aplicación de la ley 490 de 1998 se circunscribió a las entidades del orden nacional.

Vale la pena insistir en que a partir de la vigencia de la ley 1066 de 2006 comenzó a correr el término de prescripción para todas las obligaciones de cuota parte, consolidadas hasta el 29 de julio de 2006, momento en que entró a regir.

4. Interrupción de la prescripción del derecho al recobro de cuotas partes pensionales de la ley 1066 de 2006

Anteriormente se planteó la necesidad de distinguir entre el acto de reconocimiento de una pensión, del pago efectivo de cada una de las mesadas al pensionado, el cual puede coincidir o no con la expedición del acto administrativo. Para todos los efectos legales, el acto de reconocimiento no está sometido al fenómeno de la prescripción, pues genera un derecho adquirido en favor del pensionado. La prescripción se predica de las mesadas causadas y no cobradas por éste, y del derecho al recobro por parte de la entidad pagadora de las cuotas partes a cargo de las demás entidades que concurren al pago de la pensión.

Se pregunta a la Sala si la prescripción establecida por el artículo 4º de la ley 1066 de 2006 se interrumpe, y si este efecto jurídico se le puede aplicar al hecho de presentar una cuenta de cobro sin soportes o con inconsistencias.

Sobre el particular la ley en cita guarda silencio, de manera que aquí no existe una normatividad aplicable al caso. De acuerdo con los principios que se han expuesto, el de colaboración entre entidades públicas, el de obligatoriedad del cobro de las acreencias, el de legalidad de las actuaciones de las autoridades, se debe concluir que la presentación de un escrito de una entidad a otra, en el que en ejercicio de sus funciones solicita o reclama el pago de unas cuotas partes, interrumpe el término de prescripción, y la deudora no puede ampararse en la ausencia de requisitos formales derivados de las normas del derecho privado, para excepcionar el pago al que está legalmente obligada.

5. Facultad de declarar de oficio la prescripción consagrada en el artículo 4º de la ley 1066 de 2006

Entre los instrumentos que la ley 1066 de 2006 contempló para la normalización de la cartera pública, se encuentra la facultad de declarar de oficio la prescripción de las obligaciones cuando se verifique que éstas no son exigibles.

Prevé el artículo 17 de esta ley, sobre el particular:

“Artículo 17. Lo establecido en los artículos 8º y 9º de la presente ley para la DIAN, se aplicará también a los procesos administrativos de cobro que adelanten otras entidades públicas. Para estos efectos, es competente para decretar la prescripción de oficio el jefe de la respectiva entidad”.

El artículo 8º de la ley en cita, le atribuye la competencia para decretar la prescripción de la acción de cobro a los administradores de impuestos o de impuestos y aduanas nacionales respectivos de oficio o a petición de parte, quienes en los procesos de cobro representan al acreedor.

A la luz de las normas comentadas, es claro que los representantes de las entidades públicas a cuyo cargo está el cobro de la obligación pensional, en su calidad de acreedoras del crédito referido, son los titulares de la facultad otorgada por el legislador para decretar la prescripción de oficio previa determinación de su inexigibilidad y de la verificación de que no hubiere operado la figura de la interrupción de la prescripción.

Cabe mencionar que la resolución 354 de 2007, por la cual se adoptó el Régimen General de Contabilidad Pública, que hace parte del Plan General de Contabilidad Pública, prevé en materia de rentas por cobrar por concepto de derechos tributarios y frente a derechos de cobro originados en desarrollo de las funciones atribuidas a una entidad pública que *“(...) cuando el derecho se extinga por causas diferentes a cualquier forma de pago se afectará directamente el patrimonio”*, esto significa que una vez se declare la prescripción del derecho, este registro se debe retirar de la contabilidad, con el fin de que refleje en forma cierta y precisa la situación patrimonial de la entidad.

6. Causación de intereses moratorios en materia de cuotas partes pensionales

Como se advirtió en el tercer acápite del presente concepto, el artículo 4º de la ley 1066 de 2006 consagró el derecho al cobro de intereses de mora aplicable a obligaciones derivadas del incumplimiento en el pago de cuotas partes pensionales, en los siguientes términos:

“Artículo 4o. (...) Las obligaciones por concepto de cuotas partes pensionales causarán un interés del DTF entre la fecha de pago de la mesada pensional y la fecha de reembolso por parte de la entidad concurrente. (...). La liquidación se efectuará con la DTF aplicable para cada mes de mora”.

Según se expuso anteriormente, es necesario distinguir entre el reconocimiento de la responsabilidad de la entidad cuotapartista que debe contribuir al pago de una determinada pensión, y el de la obligación de pago. El primero surge con la aceptación, expresa o tácita de la parte que le corresponde, al serle enviado el proyecto de acto administrativo en que se confiere una pensión a determinada persona, y el segundo a partir del pago efectivo de la misma, que puede ser muy posterior. De acuerdo con las normas transcritas, el derecho al recobro surge con el pago de cada una de las mesadas y no el reconocimiento expreso o tácito de la obligación de contribuir a ella. Bajo esta perspectiva, tanto la prescripción como el cobro de intereses de mora se empiezan a contar, según el artículo 4º de la ley 1066 de 2006 transcrito, a partir del pago de cada una de las mensualidades.

El texto transcrito es un tanto oscuro sobre dos temas: si la tasa del DTF es aplicable como interés de plazo o de mora; y si se acepta que es en calidad de intereses de mora, la fecha a partir de la cual la obligación de pago del cuotapartista se encuentra en mora. Estos puntos pueden ser definidos entre las entidades que concurren al pago de las pensiones, mediante convenios interadministrativos, que se celebren en virtud de las instrucciones contenidas en la ley 1066 de 2006.

Del texto de la ley se desprende entonces que no se causan intereses antes del primer mes contado desde la fecha de pago de la mesada a un pensionado, y a partir de ese momento, los intereses del DTF se causan por cada mes vencido, independientemente de que haya o no mora en el pago.

Todo lo expuesto, lleva a la Sala a recomendar al Gobierno Nacional, con todo respeto y sin la menor intención de inmiscuirse en las funciones que le son propias, una modificación del decreto 4473 del 2006, por el cual se reglamentó la ley 1066 de 2006, con el fin de que se incluya un conjunto de normas que establezca las condiciones mínimas que deben tener en cuenta las entidades públicas para el recaudo eficiente la cartera acumulada, la obligación de determinar la existencia de obligaciones mutuas que puedan compensarse o cruzarse, la certeza de las condiciones de la celebración de acuerdos de pago, los procedimientos contables para declarar una prescripción, y la forma y periodicidad de las cuentas de cobro en materia de cuotas partes pensionales, con el fin de regularizar la cartera morosa y dar la mayor seguridad jurídica a estas relaciones interadministrativas.

LA SALA RESPONDE:

1. El derecho al recobro de cuotas partes pensionales causadas con anterioridad a la vigencia del artículo 4º de la ley 1066 de 2006, prescribe en 3 años a partir del 29 de julio de 2006 fecha de entrada en vigencia de esta ley.
2. y 3. La presentación de la cuenta de cobro sí interrumpe el término de la prescripción, sin consideración a su forma.
4. La liquidación del DTF se debe realizar mes vencido, contado a partir del pago que la entidad haga de las mesadas respectivas, independientemente de que haya o no mora en el pago.
5. El derecho al recobro de la cuota parte pensional se hace exigible a partir del pago de las mesadas pensionales al beneficiario de la prestación.
6. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 1066 de 2006, el jefe de la entidad acreedora del derecho al recobro de las cuotas partes pensionales tiene la facultad legal de declarar que ha operado el fenómeno de la prescripción.

Transcríbase al señor Ministro de Defensa Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

7. Explotación de recursos naturales no renovables en mares jurisdiccionales. Distribución de regalías

Radicado 1856

Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos

Fecha: 01/11/2007

Levantamiento de la reserva mediante auto del 2 de noviembre de 2011 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

El señor Ministro de Minas y Energía doctor Hernán Martínez Torres, solicita el concepto de la Sala sobre la forma en que deben distribuirse las regalías generadas por explotaciones de recursos naturales no renovables realizadas en mares jurisdiccionales a más de 40 millas náuticas de la costa.

El Ministro refiere como marco normativo el artículo 101 de la Constitución Política en cuanto dispone que el subsuelo marino es parte del territorio nacional, y los artículos 360 y 361 que contienen las normas fundamentales sobre explotación de los recursos naturales no renovables, la generación de regalías por su explotación, los derechos de las entidades territoriales y la creación del Fondo Nacional de Regalías.

Así mismo, pone de presente que el artículo 9° de la ley 756 de 2002 regula la distribución de las regalías por la explotación de recursos hasta 40 millas náuticas de la costa, guardando silencio sobre la distribución cuando la explotación se realice en espacios marítimos jurisdiccionales ubicados a más de 40 millas náuticas de las costas marinas.

En este orden de ideas, afirma que *“los recursos naturales no renovables explotados en el mar territorial a más de 40 millas náuticas generan regalías, de las cuales no son partícipes el municipio (s) o departamento (s) productor (es) alguno (s), por cuanto la explotación no se realiza en jurisdicción de éstos; pero en cambio dichos recursos naturales no renovables deben transportarse a través de puertos marítimos o fluviales, por ello generarían la participación que la ley 141 de 1994 establece para los municipios portuarios. Después de descontadas las regalías para los municipios portuarios deberán ir a nutrir el Fondo Nacional de Regalías, acorde con el mandato constitucional del artículo 361”*.

Previos los citados antecedentes normativos y la exposición de las razones que explican la formulación de la consulta, presenta los siguientes interrogantes:

“1. Las explotaciones de recursos naturales no renovables que se realicen a más de 40 millas náuticas generan o no regalías para los municipios y departamentos productores?”

2. Puede el Ejecutivo - con base en el mandato Constitucional del Artículo 361 - señalar mediante Decreto, que las regalías que se generen por la explotación de recursos naturales no renovables realizadas a más de 40 millas náuticas de las costas, deben distribuirse: un 8% para los puertos y el 92% para el Fondo Nacional de Regalías?”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

Para resolver la consulta, la Sala estudiará el régimen de explotación de los recursos naturales, el sistema de regalías y la competencia legal para señalar la forma de distribución.

1. Elementos esenciales del régimen de explotación de los recursos naturales no renovables y de la distribución de las regalías

El ordenamiento vigente regula desde el propio nivel constitucional, los elementos esenciales del régimen aplicable a la explotación de los recursos naturales no renovables, de los que se destacan las siguientes características relevantes para el presente concepto:

- i. **El Estado es propietario del subsuelo.** El punto de partida de este régimen lo constituye la propiedad estatal sobre el subsuelo y sobre los recursos naturales no renovables, dejando a salvo los derechos adquiridos y perfeccionados por la legislación preexistente, conforme al artículo 332 de la Carta del siguiente tenor:

“Artículo 332. El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las Leyes preexistentes.” (Negrillas de la Sala)

- ii. **El Estado es el titular del derecho a percibir las regalías.** Según el inciso 2° del artículo 360 de la Constitución Política:

“Artículo 360. (...)

La explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte.”

(....)” (Destaca la Sala)

Conforme a la identificación de los elementos de las regalías realizados tanto por el legislador⁵²⁷ como por la jurisprudencia⁵²⁸, estas pueden definirse como el derecho de contenido económico a favor del Estado, que se causa como contraprestación por la explotación de los recursos naturales no renovables, a cargo de quien le asiste el derecho a explotar el recurso, cuyo monto ordinariamente se determina mediante la aplicación de porcentajes sobre el valor de la producción en boca de mina o pozo, pagadera en dinero o en especie.

527 La ley 685 de 2001, mediante la cual se expidió el Código de Minas, define las regalías en los siguientes términos en su artículo 227: **“Artículo 227. - La regalía.** - De conformidad con los artículos 58, 332 y 360 de la Constitución Política, toda explotación de recursos naturales no renovables de propiedad estatal genera una regalía como contraprestación obligatoria. **Esta consiste en un porcentaje, fijo o progresivo, del producto bruto explotado objeto del título minero y sus subproductos, calculado o medido al borde o en boca de mina, pagadero en dinero o en especie.** También causará regalía la captación de minerales provenientes de medios o fuentes naturales que técnicamente se consideren minas.”(Negrillas de la Sala)

528 La sentencia C – 075 de 2003 de la Corte Constitución expresa: *“La regalía es, en términos comunes, un privilegio, prerrogativa, preeminencia o la facultad privativa del soberano [CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VII. Vigésima primera edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1989]. En términos jurídicos, la regalía es una contraprestación económica que percibe el Estado y que está a cargo de las personas a quienes se otorga el derecho a explorar o explotar recursos minerales. Esa contraprestación consiste en un porcentaje sobre el producto bruto explotado que el Estado exige como propietario de los recursos naturales no renovables, bien directamente o a través de las empresas industriales o comerciales del Estado, titulares de los aportes donde se encuentran las minas en producción (art. 212 y 213 del Decreto 2655 de 1988)”*(Resalta la Sala) Esta Sala en el concepto No 1750 de 2006 la define: *“La regalía constituye claramente una contraprestación económica que se debe pagar por la explotación de un recurso natural no renovable, como son los minerales y los hidrocarburos. Las regalías son ingresos públicos...”*

iii. Las entidades territoriales tienen un derecho de participación en las regalías.

El régimen normativo distingue, por una parte, el derecho a percibir las regalías radicado en cabeza del Estado como consecuencia económica y jurídica de la titularidad de la propiedad sobre los recursos y, por otra, el derecho de las entidades territoriales a tener participación sobre ellas. Así lo dispone el artículo 360 de la Constitución Política:

“Artículo 360. *La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos.*

(...)

Los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones.” (Destaca la Sala)

Por su parte la Corte Constitucional ha precisado en la sentencia C – 938 de 2003:

*“... que el titular de las regalías y compensaciones es el Estado y que las entidades territoriales son beneficiarias de ellas en virtud de un derecho de participación, así: “Las disposiciones citadas reconocen así el derecho de los departamentos y municipios productores, así como de los puertos marítimos y fluviales, de participar en las regalías que se paguen al Estado por la explotación de un recurso natural no renovable. (..) Ahora bien, **nótese que el derecho de las entidades territoriales citadas es a participar en la regalía**, esto es, a recibir un porcentaje que el Estado les cede como titular de una contraprestación económica que le ha sido pagada por los encargados de extraer el recurso mineral. En otras palabras, **la Carta Política no reconoce un derecho de propiedad al departamento, al municipio productor o al puerto marítimo o fluvial sobre la regalía, puesto que, como se ha visto, las entidades territoriales del Estado, al no ser propietarias del recurso natural no renovable, tampoco lo son de los beneficios que de la extracción de los mismos se deriven**”⁵²⁹.”* (Negrilla de la Sala)

Es claro, entonces, que con fundamento en la preceptiva constitucional, las entidades territoriales en cuya jurisdicción se exploten recursos naturales no renovables, tienen un derecho de participación en las regalías y compensaciones, al igual que los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos, según lo establezca el legislador, como se verá más adelante.

iv. El Fondo Nacional de Regalías⁵³⁰ redistribuye las regalías indirectas. Complementariamente, la Constitución establece un mecanismo de distribución de regalías no asignadas a las entidades territoriales en razón de la ubicación de los recursos naturales en su territorio o de los puertos por los cuales se transportan los recursos, con la finalidad de irrigar los ingresos públicos derivados de las regalías hacia las otras entidades territoriales, según lo establece el artículo 361 de la Carta:

529 Sentencia C-567 de 1995.

530 El artículo 1° de la ley 141 de 1994 dispone: “ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIÓN DEL FONDO NACIONAL DE REGALÍAS. Créase el Fondo Nacional de Regalías con los ingresos provenientes de las regalías no asignadas a los departamentos y a los municipios productores y a los municipios portuarios de conformidad con lo establecido en esta Ley. (...).”

“Artículo 361. - Con los ingresos provenientes de las regalías **que no sean asignados a los departamentos y municipios**, se creará un fondo nacional de regalías cuyos recursos **se destinarán a las entidades territoriales en los términos que señale la ley**. Estos fondos se aplicarán a la promoción de la minería, a la preservación del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales” (Destaca la Sala).

Lo anterior permite distinguir:

- las regalías denominadas **“directas”** percibidas por una entidad territorial originadas en la explotación de un recurso natural no renovable en su territorio o por la utilización de las instalaciones portuarias de cargue, descargue y transporte ubicadas en su jurisdicción, según lo **disponga la ley**;
- las regalías denominadas **“indirectas”**, conformadas por el remanente del monto total de las regalías no asignadas, las cuales son percibidas por el Fondo Nacional de Regalías y redistribuidas a las entidades territoriales, según lo **disponga la ley**.

En armonía con el anterior contexto, esta Sala en el Concepto 1750 de 2006 ha precisado los beneficiarios de las regalías:

“1) Los departamentos y municipios productores, esto es, aquellos en cuyo territorio se realicen las explotaciones de recursos naturales no renovables .

2) Los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten los recursos o sus derivados.

3) El Fondo Nacional de Regalías, conformado con las regalías no asignadas a los departamentos y municipios productores, y municipios portuarios, el cual redistribuirá sus ingresos entre las entidades territoriales, para la promoción de la minería, la preservación del ambiente y la financiación de proyectos regionales de inversión.” (Negrillas de la Sala)

v. **La Constitución establece reserva legal para determinar la cuantía y distribución de las regalías.** Ahora bien, desde la perspectiva de las fuentes que conforman el régimen aplicable, es preciso destacar que si bien la propia Constitución contiene los elementos esenciales, la misma Carta defiere al legislador la competencia para establecer las condiciones de explotación de los recursos naturales no renovables, así como las reglas a las que debe sujetarse la administración, ejecución y destinación de los ingresos generados por dicha explotación.

En efecto, en forma expresa los artículos 360 y 361 transcritos, atribuyen al legislador la función de determinar *“los derechos de las entidades territoriales”* sobre los recursos naturales no renovables y más concretamente, el *“derecho a participar en las regalías y compensaciones”* de los departamentos y municipios en cuyo territorio se explotan los recursos y de los puertos marítimos y fluviales por donde ellos se transporten, así como la regulación del Fondo Nacional de Regalías.

Esto significa que la Constitución Política **reserva a la ley** establecer, no sólo las condiciones de explotación de los recursos naturales no renovables, sino también los términos específicos y los porcentajes de participación de las entidades territoriales en las regalías,

tanto de las directas, como de las que puedan percibir por asignaciones del Fondo Nacional de Regalías⁵³¹.

2. El caso consultado frente a la Competencia del legislador para regular los derechos de participación de las entidades territoriales

El Congreso Nacional, mediante la ley 141 de 1994 “*Por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones*”, ejerció su competencia para establecer las condiciones de explotación de los recursos naturales no renovables, definió los derechos de participación de las entidades territoriales sobre las regalías, dispuso la creación del Fondo Nacional de Regalías y las asignaciones provenientes de éste, así como los mecanismos de vigilancia sobre la correcta utilización de los diferentes recursos.

a. Monto de las regalías y su distribución

La ley 141 estableció de modo general en el artículo 16, modificado por el artículo 16 de la ley 756 de 2002, el **monto o cuantía de las regalías** mediante la aplicación de diversos porcentajes, según el tipo de mineral, así:

“Artículo 16. Monto de las regalías. Establécese como regalía por la explotación de recursos naturales no renovables de propiedad nacional⁵³², sobre el valor de la producción en boca o borde de mina o pozo, según corresponda, el porcentaje que resulte de aplicar la siguiente tabla:

Carbón (explotación mayor a 3 millones de toneladas anuales)	10%
Carbón (explotación menor a 3 millones de toneladas anuales)	5%
Níquel	12%
Hierro y cobre	5%
(...)	
Minerales radioactivos	10%
Minerales metálicos	5%
Minerales no metálicos	3%
(...)	

Establécese como regalía por la explotación de **hidrocarburos** de propiedad nacional sobre el valor de la producción en boca de pozo, el porcentaje que resulte de aplicar la siguiente escala:

531 En el Concepto No 1398 de 2002 esta Sala afirma sobre el deber del legislador de regular las regalías: “La *regalía* es la contraprestación económica que percibe el Estado por la explotación de un recurso natural no renovable del cual es titular, es ingreso público pero no tiene naturaleza tributaria, **siempre que haya esa explotación el legislador tiene la obligación constitucional de determinarla.**”

532 Ver sentencia C – 628 de 2003 de la Corte Constitucional.

<i>Producción diaria promedio mes</i>	<i>Porcentaje</i>
<i>Para una producción igual o menor a 5 KBPD</i>	<i>8%</i>
<i>(...)</i>	
<i>Para una producción mayor a 600 KBPD</i>	<i>25%</i>
<i>(.....)”</i>	

El monto de las regalías se distribuye porcentualmente entre los municipios o distritos productores, departamentos productores, municipios o distritos portuarios y el Fondo Nacional de Regalías, bajo el mismo criterio, es decir, según el recurso de que se trate: hidrocarburos, carbón, níquel, hierro, cobre, oro, plata, platino, sal, calizas, yesos, arcillas, gravas, minerales radioactivos, minerales metálicos, minerales no metálicos, esmeraldas y demás piedras preciosas.

Así, por ejemplo, disponen los artículos 31 - modificado por el 27 de la Ley 756 de 2002 - y 32:

“ARTÍCULO 31. DISTRIBUCIÓN DE LAS REGALÍAS DERIVADAS DE LA EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS. *Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 48, 49 y 50 de la presente ley, las regalías derivadas de la explotación de hidrocarburos serán distribuidas así:*

TABLA 1

<i>Departamentos productores</i>	<i>47.5%</i>
<i>Municipios o distritos productores</i>	<i>12.5%</i>
<i>Municipios o distritos portuarios</i>	<i>8.0%</i>
<i>Fondo Nacional de Regalías</i>	<i>32.0%</i>

PARÁGRAFO 1o. En caso de que la producción total de un municipio o distrito sea inferior a diez mil (10.000) barriles promedio mensual diario, las regalías correspondientes serán distribuidas así:

TABLA 2

<i>Departamentos productores</i>	<i>52%</i>
<i>Municipios o distritos productores</i>	<i>32%</i>
<i>Municipios o distritos portuarios</i>	<i>8%</i>
<i>Fondo Nacional de Regalías</i>	<i>8%</i>

En caso de que la producción total de un municipio o distrito sea superior a diez mil (10.000) barriles, e inferior a veinte mil (20.000) barriles promedio mensual diario, las regalías correspondientes al excedente sobre los diez mil (10.000) barriles promedio mensual diario, serán distribuidas así:

TABLA 3

Departamentos productores	47.5%
Municipios o distritos productores	25%
Municipios o distritos portuarios	8%
Fondo Nacional de Regalías	19.5%

PARÁGRAFO 2o. Cuando la producción total de hidrocarburos de un municipio o distrito sea superior a veinte mil (20.000) e inferior a cincuenta mil (50.000) barriles promedio mensual diario, las regalías correspondientes a los primeros veinte mil (20.000) barriles serán distribuidas de acuerdo con el párrafo anterior y el excedente en la forma establecida en la Tabla 1 del mismo.”

“**ARTÍCULO 32. DISTRIBUCIÓN DE LAS REGALÍAS DERIVADAS DE LA EXPLOTACIÓN DE CARBÓN.** Sin perjuicio de lo estipulado en los artículos 51 y 52 de la presente Ley, las regalías derivadas de la explotación de carbón serán distribuidas así:

a) Explotaciones mayores de tres (3) millones de toneladas anuales:

Departamentos productores	2.0%
Municipios o distritos productores	32.0%
Municipios o distritos portuarios	10.0%
Fondo Nacional de Regalías	16.0%

b) Explotaciones menores de tres (3) millones de toneladas anuales:

Departamentos productores	45.0%
Municipios o distritos productores	45.0%
Municipios o distritos portuarios	10.0%

b. Las regalías por explotación en aguas marítimas

Ahora bien, disposiciones legales posteriores han regulado en forma expresa los derechos de las entidades territoriales correspondientes a la explotación de recursos naturales no renovables que se encuentren en espacios marítimos y particularmente el caso de la explotación de recursos hasta a 40 millas náuticas, particularmente la ley 619 de de 2000 (art. 2°) declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 737 de 2001; actualmente la ley 756 de 2002 en su artículo 9° dispone:

“Artículo 9o. Para las explotaciones de recursos naturales no renovables que se encuentren en los espacios marítimos jurisdiccionales, la distribución de la participación de las regalías y compensaciones se realizará en forma proporcional **a las entidades territoriales con costas marinas que estén ubicadas hasta a cuarenta (40) millas náuticas de la zona de explotación, en los términos estipulados en la Ley 141 de 1994.** El Ministerio de Minas y Energía, previo concepto de la Dirección General Marítima, DIMAR, como autoridad marítima nacional para cada caso y mediante resolución, definirá cuáles y en qué proporción participará cada entidad territorial.

Parágrafo 1o. En los eventos en que el yacimiento del recurso natural no renovable localizado en los espacios marítimos jurisdiccionales beneficie a dos o más entidades territoriales, la distribución de las regalías y compensaciones producto de su explotación se hará aplicando los criterios del artículo 8o. de la presente ley". (Negrillas de la Sala)

Esta disposición fue incorporada en la ley 756 de 2002 tomando su antecedente contenido en la ley 619, según se observa de su trámite parlamentario desde la Exposición de Motivos del proyecto respectivo:

"A continuación destacaremos los puntos principales que se retoman de la ley 619 de 2000 y que por tanto se tienen en cuenta en el proyecto de ley que se presenta:

Teniendo en cuenta que el mar territorial no hace parte de la jurisdicción de los Entes Territoriales debe establecerse claramente los beneficiarios de las regalías provenientes de la explotación de recursos naturales no renovables en los espacios marítimos jurisdiccionales, de tal forma que exista un equilibrio en las asignaciones de la renta de regalías, contribuyendo en la forma más efectiva al desarrollo económico y social de los departamentos y municipios costeros".533 (Resalta la Sala)

La norma legal tiene por objeto determinar las condiciones de participación de las entidades territoriales con costas contiguas a la explotación de los recursos naturales no renovables - hasta 40 millas -, en áreas que si bien forman parte del territorio nacional conforme al artículo 101⁵³⁴ de la Constitución Política por encontrarse dentro de las 200 millas de zona económica exclusiva⁵³⁵, están fuera de la jurisdicción de departamentos y municipios.

533 Exposición de Motivos al Proyecto de Ley 102 – Cámara presentado por el Gobierno Nacional a la consideración del Congreso (Gaceta del Congreso No 492 de septiembre 26 de 2001, pág 4). En el mismo sentido, ver también Ponencia para Segundo Debate Proyecto 126 de 2001 - Senado (Gaceta del Congreso No 151 de mayo 8 de 2001, pág. 2°).

534 Dispone la Carta: "CAPITULO IV. DEL TERRITORIO. ARTICULO 101. Los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la Nación. (...) **También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva,** el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el Derecho Internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales". (Resalta la Sala).

535 Dispone la ley 10 de 1978: "Artículo Séptimo. Establécese, adyacente al mar territorial una zona económica exclusiva cuyo límite exterior llegará a 200 millas náuticas medidas desde las líneas de base desde donde se mide la anchura del mar territorial. Artículo Octavo. En la zona establecida por el Artículo anterior, la Nación colombiana ejercerá derechos de soberanía para efectos de la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales vivos y no vivos del lecho y del subsuelo y de las aguas suprayacentes; así mismo, ejercerá jurisdicción exclusiva para la investigación científica y para la preservación del medio marino. Artículo Décimo. La soberanía de la Nación se extiende a su plataforma continental para los efectos de exploración y explotación de los recursos naturales." En Código de Minas expedido mediante la ley 685 de 2001 dispone: "ARTÍCULO 138. **ESPACIOS MARINOS.** De conformidad con los ordenamientos internacionales, los espacios marinos son el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental y la zona económica exclusiva. Únicamente para los efectos de este Código, tales espacios son los definidos en los artículos siguientes. ARTÍCULO 139. **MAR TERRITORIAL.** El mar territorial es el espacio marítimo que se extiende más allá del territorio continental e insular y de sus aguas interiores, hasta una anchura de doce (12) millas náuticas o de veintidós (22) kilómetros y doscientos veinticuatro (224) metros. El límite exterior del mar territorial es la línea cuyos puntos están, de los puntos más próximos de la línea base, a una distancia igual a la señalada en el inciso anterior. ARTÍCULO 140. **ZONA CONTIGUA.** La zona contigua es el espacio marino de una anchura de doce (12) millas náuticas contadas a partir del borde exterior del mar territorial. ARTÍCULO 141. **PLATAFORMA CONTINENTAL.** La plataforma continental está constituida por el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá del mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural del territorio, hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de doscientas (200) millas marinas contadas desde las líneas base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia. ARTÍCULO 142. **ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA.** Es el espacio marino cuya anchura es de doscientas (200) millas marinas medidas a partir de las líneas base desde las cuales se mide el mar territorial. ARTÍCULO 143. **PRESUNCIÓN DE PROPIEDAD ESTATAL.** La presunción

Del alcance territorial del precepto transcrito, se deriva la carencia de disposición legal que regule la participación en las regalías cuando la explotación se realiza a más de 40 millas de la costa, de manera que conforme a la reserva legal anteriormente analizada, las entidades territoriales no participan en forma directa de las regalías generadas por las explotaciones allí realizadas, por falta de norma legal que así lo disponga.

c. Las regalías a los municipios portuarios

La ley 141 (art. 29) regula el derecho de los municipios o distritos portuarios a participar en las regalías, en los siguientes términos:

“ Artículo 29. Derechos de los municipios portuarios. Para los efectos del inciso tercero del artículo 360 de la Constitución Política, los beneficiarios de las participaciones en regalías y compensaciones monetarias provenientes del transporte de los recursos naturales no renovables, son los municipios en cuya jurisdicción se hallen ubicadas instalaciones permanentes, terrestres y marítimas, construidas y operadas para el cargue y descargue ordinario y habitual en embarcaciones, de dichos recursos o sus derivados”.

Para efectos de la distribución de la participación que por regalías y compensaciones le corresponda a cada uno de los municipios portuarios marítimos por el embarque de los recursos naturales no renovables y de sus derivados, para exportación, se tomará como base los volúmenes transportados y la capacidad de almacenamiento utilizada, terrestre y marítima, en cada uno de ellos”.(...)⁵³⁶ (Resalta la Sala)

Atrás se vio como la ley señala el porcentaje que corresponde a los municipios portuarios por utilización de las instalaciones para transporte, cargue y descargue de hidrocarburos y carbón.

De la misma manera, otras disposiciones distribuyen a favor de los municipios o distritos portuarios, diversos porcentajes, así: para el níquel un 1 % (art. 33), para el hierro, cobre y demás minerales metálicos 2 % (art. 34), para sal 5% (art. 37), para calizas, yesos, arcillas, gravas y otros minerales no metálicos el 3% (art. 38) y para minerales radiactivos 5 % (art. 39). Respecto de algunos recursos naturales, la ley no prevé distribución a favor de municipios portuarios, como es el caso de las piedras preciosas (art. 35) y del oro, plata y platino (art. 36).

En relación con la participación de los municipios portuarios, desde la misma perspectiva constitucional, las regalías se generan a su favor por el hecho de realizarse el transporte de los recursos naturales por sus instalaciones portuarias. Al desarrollar este

legal de la propiedad inalienable e imprescriptible del Estado, sobre los recursos minerales de que trata el artículo 6° de este Código, incluye los yacientes en el fondo y el subsuelo de los espacios marinos jurisdiccionales”.

536 En la sentencia C-1160 de 2000 sobre esta norma, la Corte Constitucional expresa: ““Para la Corte, el segmento acusado del artículo 29 de la ley 141 de 1994, materializa lo definido por el inciso segundo del artículo 360 de la Constitución Política, puesto que “los puertos marítimos y fluviales por donde se transportan recursos o productos derivados de los mismos, tienen derecho a disfrutar y participar de las regalías y compensaciones”. Por lo tanto, los municipios aledaños pueden solicitar, ante la Comisión Nacional de Regalías que se les tenga en cuenta para participar de la redistribución y de los beneficios económicos de los recursos regalianos. Es decir, que dichos “municipios”, como lo precisó la Corte, pueden solicitar que se les tenga en cuenta para **participar en la distribución de los recursos provenientes de las regalías, solicitud que sólo puede atender el legislador, en la medida en que es el único habilitado para “determinar las condiciones de participación” de las entidades territoriales, en las regalías y compensaciones que se originen en la explotación y transporte de los recursos naturales no renovables, desde luego a través de las respectivas normas legales,** que fue precisamente lo que hizo mediante las disposiciones impugnadas, las cuales, por lo expuesto, la Corte declarará exequibles”. (Negrilla fuera de texto).

principio constitucional, la ley señala en forma genérica, el derecho a percibir las regalías cuando ocurre tal supuesto de hecho (art. 29), como también en forma específica para cada recurso natural mediante la fijación de unos porcentajes sobre el monto de las regalías (arts. 31, 32, 33, 34, 37, 38 y 39 de la ley 141/94). Frente al caso consultado, la Sala considera que los mencionados porcentajes de participación a favor de los municipios portuarios determinados por la ley, son los que deben aplicarse a las regalías generadas por la explotación de recursos naturales realizadas mas allá de las 40 millas náuticas de la costa. El remanente de las regalías corresponde en su totalidad al Fondo Nacional de Regalías, conforme al artículo 361 de la Constitución Política.

En este orden de ideas, es claro que no se requiere de un decreto que determine la distribución de las regalías sobre los recursos naturales explotados más allá de las 40 millas mar adentro, puesto que la participación de los municipios portuarios ya está determinada por una norma de rango legal y la del Fondo Nacional de Regalías, según la Constitución Política en su artículo 361, es el remanente no asignado.

LA SALA RESPONDE:

1. Las explotaciones de recursos naturales no renovables que se realicen a más de 40 millas náuticas de la costa, no generan regalías directas para los municipios y departamentos, salvo las correspondientes a los municipios y distritos portuarios.
2. El Gobierno Nacional carece de competencia para dictar un decreto que determine la distribución de las regalías generadas por la explotación de recursos naturales no renovables después de las 40 millas mar adentro. Esa distribución, a juicio de la Sala, ya está ordenada, de una parte por la ley 141 de 1994 para los municipios portuarios, y de otra, por el artículo 361 de la Constitución Política para el Fondo Nacional de Regalías.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Consejero. GUSTAVO APONTE SANTOS Consejero. TATIANA ORJUELA VEGA, Secretaria de la Sala

8. Hacienda Pública. Regalías. Presupuesto. Contabilidad pública. Naturaleza de los recursos que reciben las entidades territoriales a título de indemnizaciones y multas, originadas en la utilización de regalías y compensaciones

Radicado 1946

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Fecha: 18/06/2009

Levantamiento de la reserva mediante oficio del 24 de febrero de 2011

La señora Directora del Departamento Nacional de Planeación consulta a la Sala “sobre la naturaleza de los recursos que ingresan a una entidad territorial, en virtud de un contrato de transacción mediante el cual se pone fin a un litigio originado en una demanda judicial en la que se pretende la indemnización de perjuicios, por manejos irregulares de

recursos de regalías, por parte de una entidad financiera o aquellos ingresos derivados de situaciones análogas”.

Sobre los supuestos fácticos que motivan la consulta expone que las entidades territoriales beneficiarias de regalías y compensaciones **ejecutan** dichos recursos, dentro de las finalidades señaladas por la ley a través de la celebración de contratos, pudiendo mediar previamente administraciones transitorias de recursos a través de negocios fiduciarios, contratos de corretaje de valores, etc.

Pone de presente que con ocasión de la administración temporal de las regalías, o en el marco de contratos de obra o de suministro financiados con tales dineros públicos, se pueden presentar eventuales diferencias entre la entidad territorial y los respectivos contratistas, algunas de las cuales llevan a litigios en donde se discuten *“pretensiones indemnizatorias y/o restitutorias”*.

“Tales litigios, a su vez terminarían en sentencias condenatorias a favor de la entidad territorial, o a través de mecanismos extrajudiciales de solución de controversias, como conciliaciones o transacciones⁵³⁷”, eventos en los cuales, **ingresan** recursos al patrimonio de esas entidades.

Agrega que también pueden **ingresar** recursos cuando en desarrollo de los contratos, las entidades territoriales hacen efectivas las pólizas de cumplimiento o imponen multas.

Argumenta que sin perjuicio de la causa directa del ingreso (sentencias, conciliaciones, y las otras arriba mencionadas), no se puede desconocer que *“las relaciones jurídicas subyacentes, es decir los contratos originales incumplidos fueron financiados con recursos de regalías cuya finalidad no se alcanzó y se frustró por el incumplimiento del contratista, de tal manera que la destinación específica de las regalías prevista por el legislador no se logró”*.

Destaca la importancia que sobre el particular tiene determinar el destino específico de los ingresos que perciben las entidades territoriales, pues ello comporta consecuencias relacionadas con la protección, intangibilidad, características, prioridad y esfuerzos de vigilancia y control sobre los mismos, proyectados a que la inversión supla, efectivamente, la necesidad que la soporta.

Entendidos, los recursos provenientes de regalías, a la luz de los artículos 360 y 361 de la Constitución Política, las leyes 141, 756 y 1283, así como de la jurisprudencia constitucional que cita reiteradamente, como contraprestaciones a favor del Estado por la exploración o explotación de recursos naturales no renovables, la señora Directora de Planeación Nacional no encuentra posible que su destino específico y prioritario se desconozca, *“con independencia del ejecutor final de los recursos y las relaciones contractuales previas que precedan a dicha ejecución”*.

“Esta insistencia en el destino específico no tendría un verdadero sentido si los negocios jurídicos que se celebren con estos recursos pudiesen alterar esta circunstancia, o de algún modo, desconocer la fuente del recurso para aplicarla a una finalidad no establecida en la ley. De allí que el legislador haya previsto mecanismos especiales para verificar el

537 La entidad consultante alude en su escrito a la naturaleza jurídica del contrato de transacción, citando jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

uso correcto de las regalías a través de la realización de las interventorías administrativas y financieras a la ejecución de tales recursos”

Explicado lo anterior, la entidad consultante formula a la Sala las siguientes preguntas:

“1. ¿Cuál es la naturaleza de los recursos que ingresan a una entidad territorial en virtud de un contrato de transacción mediante el cual se pone fin a un litigio originado en la reclamación de perjuicios por presuntos manejos irregulares de recursos de regalías por una entidad financiera?”

“2. ¿Cuál es la naturaleza de los recursos que ingresan a una entidad territorial en virtud de una condena a su favor, una conciliación, una transacción, una indemnización derivada de una garantía única de cumplimiento, o una multa que haya sido impuesta como consecuencia de la ejecución cuando el contrato incumplido subyacente fue financiado con recursos de regalías o compensaciones o asignaciones del Fondo Nacional de Regalías?”

Igual pregunta procede en el evento en que una autoridad nacional imponga una multa a una firma interventora, que incumple su contrato de vigilancia a las regalías”.

“3. ¿Deben destinarse dichos recursos a las mismas finalidades que la ley prevé para los recursos de regalías y compensaciones o para las asignaciones del Fondo Nacional de Regalías?”

“4. ¿Tales recursos pueden o deben, según el caso, ser objeto del ejercicio de la función de control y vigilancia por parte del Departamento Nacional de Planeación (Dirección de Regalías) bien sea que éste se ejerza en forma directa bien por conducto de firmas interventoras contratadas para ese fin?”. (Paréntesis textual).

PARA RESPONDER, LA SALA CONSIDERA:

1. Delimitación del problema jurídico

Como lo indican los antecedentes e interrogantes formulados por la señora Directora de Planeación Nacional, ante litigios originados en la administración de regalías por una entidad financiera, o en el marco de contratos de obra o de suministro financiados con las mismas, el concepto solicitado a la Sala debe precisar, de manera general, la naturaleza jurídica de los recursos que **ingresan** al patrimonio de las entidades territoriales por concepto de: **i) indemnizaciones** ordenadas por sentencias condenatorias a favor de entidades territoriales, o a través de mecanismos extrajudiciales de solución de controversias, como conciliaciones o transacciones, así como las provenientes de pólizas de cumplimiento previstas en la actividad contractual a favor de tales entidades y, **ii) multas** que se han hecho efectivas en la actividad contractual por parte de las entidades territoriales.

Así las cosas, frente a la destinación específica prevista para las regalías, la Sala deberá dilucidar si las indemnizaciones y multas que ingresan a las entidades territoriales, *“cuando el contrato incumplido subyacente financiadas con recursos de regalías o compensaciones o asignaciones del Fondo Nacional de Regalías”*, también están cobijadas por esa destinación.

En este sentido, deberá determinarse si el pago que por tales conceptos hace el contratista a la entidad contratante tienen o no la naturaleza de dineros de regalías.

Igualmente deberá examinar el caso de la administración de recursos por entidades financieras y en particular la naturaleza de los recursos que ingresan a una entidad territorial en virtud de un contrato de transacción mediante el cual se pone fin a un litigio originado en la reclamación de perjuicios por presuntos manejos irregulares de recursos de regalías por una de dichas entidades financieras.

Las definiciones anteriores permitirán establecer, finalmente, si los recursos que ingresan al patrimonio de las entidades territoriales por tales conceptos, pueden ser objeto del ejercicio de la función de control y vigilancia por parte del Departamento Nacional de Planeación.

Para resolver los problemas jurídicos antes mencionados, la Sala acudirá a las normas constitucionales y legales que regulan los conceptos y características de las indemnizaciones y multas en el ámbito presupuestal, contable y contractual.

Ahora, la lógica jurídico – económica del supuesto de hecho en que se basa la consulta indica que deben analizarse circunstancias ocurridas con ocasión de la administración y ejecución de las regalías, para lo cual debe partirse de la condición previa de que las regalías han sido incluidas en el presupuesto de las entidades territoriales, según se explica enseguida.

2. Supuesto inicial

Como lo ha manifestado la Sala⁵³⁸, y se desprende de la ley 1283 de 2009⁵³⁹, las regalías directas y compensaciones deben incluirse en los respectivos presupuestos de las entidades territoriales como un ingreso propio con destinación específica.

En efecto, la citada ley *“por la cual se modifican y adicionan el artículo 14 de la ley 756 de 2002, que a su vez modifica el literal a) del artículo 15 y los artículos 30 y 45 de la ley 141 de 1994”*, al referirse a las regalías directas no sólo estableció la destinación que las entidades territoriales deben dar a este tipo de recursos, sino que los vinculó al sistema de planeación de dichas entidades y les ordenó incorporar los recursos en el presupuesto anual en cuentas separadas de los demás ingresos, con el fin de preservar la destinación ordenada en la ley⁵⁴⁰.

538 Ver conceptos 1656 de 2005 y 1823 de 2007.

539 Publicada en el Diario Oficial 47.223 de enero 5 de 2009.

540 Ley 1283 de 2009. “Artículo 1. El artículo 15 de la Ley 141 de 1994, quedará así: “Artículo 15. Utilización por los municipios de las participaciones establecidas en esta ley.

Los recursos de regalías y compensaciones monetarias distribuidos a los municipios **productores y a los municipios portuarios**, tendrán la siguiente destinación: a) El noventa por ciento (90%) a inversión en proyectos de desarrollo Municipal y Distrital, contenidos en el Plan de desarrollo, con prioridad para aquellos dirigidos a la construcción, mantenimiento y mejoramiento de la red terciaria a cargo de las entidades territoriales, proyectos productivos, saneamiento ambiental y para los destinados en inversiones en los servicios de salud, educación básica, media y superior pública, electricidad, agua potable, alcantarillado y demás servicios públicos básicos esenciales, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 129 del Código de Minas (...)// b) Hasta el 10% para la interventoría técnica de los proyectos que se ejecuten con estos recursos (...)

Mientras las entidades municipales no alcancen coberturas mínimas en los sectores de salud, educación, agua potable, alcantarillado y mortalidad infantil, asignarán por lo menos el setenta y cinco por ciento (75%) del total de sus participaciones para estos propósitos.

En el presupuesto anual se separarán claramente los recursos provenientes de las regalías que se destinen para los anteriores fines.”

Los recursos provenientes de las regalías que *no deban asignarse* a los departamentos, municipios o puertos en los que se producen o se transportan se denominan **regalías indirectas**. Con dichos recursos la Constitución ordenó crear el Fondo Nacional de Regalías⁵⁴¹; a su vez la ley 756 de 2002, por la cual se modificó la ley 141 de 1994 o ley de regalías, establece en su artículo 1º, que este fondo tiene personería jurídica propia, está adscrito al Departamento Nacional de Planeación y sus recursos serán destinados, en los términos del artículo 361 de la Constitución, a promover el sector minero, ambiental y a financiar proyectos regionales de inversión.⁵⁴²

En esta medida, las entidades territoriales interesadas en los ingresos de las regalías indirectas deben cumplir con procesos de planificación⁵⁴³, de tal manera que *“con ello, el país estará seguro que los recursos provenientes de regalías se asignarán con base en proyectos debidamente diseñados, dentro del marco de verdaderos planes de desarrollo, con total viabilidad y claridad en cuanto a sus aspectos técnicos y financieros”*⁵⁴⁴. Entonces las asignaciones a que tienen derecho las entidades territoriales deberán registrarse en el correspondiente presupuesto a efectos de posibilitar su ejecución. Lo anterior es plenamente concordante con el principio presupuestal de planeación, según el cual debe existir armonía entre el plan de desarrollo y el presupuesto anual⁵⁴⁵.

En ese orden de ideas, una norma jurídica preexistente autoriza un gasto con recursos que tiene destinación específica que, previa celebración del proceso contractual correspondiente, deberá culminar, para dar cumplimiento al objeto previsto en dicha norma, con la recepción del bien o la prestación del servicio que atienda dicha finalidad específica y consecuentemente con el pago al contratista.

El Gobierno Nacional reglamentará lo referente a la cobertura mínima.

PARÁGRAFO. Para todos los efectos, la Contraloría General de la República ejercerá el control fiscal de estos recursos”. (Resalta la Sala) A su vez, el artículo 2 de la ley 1283 de 2009, dispone: “Artículo 2. El artículo 14 de la Ley 141 de 1994, quedará así: “Artículo 14. Utilización por los departamentos de las participaciones establecidas en esta ley. Los recursos de las regalías y compensaciones **distribuidos a los departamentos productores** tendrán la siguiente destinación: a) El noventa por ciento (90%), a inversión en Proyectos prioritarios que estén contemplados en el Plan General de desarrollo del Departamento o en los planes de desarrollo de sus municipios, y de estos, no menos del cincuenta por ciento (50%) para los Proyectos prioritarios que estén contemplados en los Planes de Desarrollo de los municipios del mismo departamento, que no reciban regalías directas, de los cuales no podrán destinarse más del quince por ciento (15%) a un mismo municipio. //b) Hasta el 10% para la interventoría técnica de los Proyectos que se ejecuten con estos recursos (...) Mientras las entidades departamentales no alcancen coberturas mínimas en indicadores de mortalidad infantil, cobertura básica de salud y educación, agua potable y alcantarillado, la entidad departamental correspondiente deberá asignar no menos del sesenta por ciento (60%) del total de sus regalías para estos propósitos. **En el presupuesto anual se separarán claramente los recursos provenientes de las regalías que se destinen para los anteriores fines.**”

El Gobierno Nacional reglamentará lo referente a la cobertura mínima.

PARÁGRAFO. Para todos los efectos, la Contraloría General de la República ejercerá el control fiscal de estos recursos”. (Ibidem)

541 “Artículo 361. Con los ingresos provenientes de las regalías que **no sean asignados** a los departamentos y municipios, **se creará un fondo nacional de regalías cuyos recursos se destinarán a las entidades territoriales** en los términos que señale la ley. Estos fondos se aplicarán a la promoción de la minería, a la preservación del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales”. (Destaca la Sala).

542 Ver el decreto 195 de 2004, modificado parcialmente por el decreto 4355 de 2005.

543 En este sentido es pertinente recordar el mandato constitucional que impone a las entidades territoriales la obligación de concertar, entre ellas y con el gobierno nacional, su plan de desarrollo, a fin de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el cumplimiento adecuado de sus funciones (C.P. art. 339).

544 Exposición de motivos de la Ley 141 de 1994, en “Memorias al Congreso Nacional 1991-1992”. Ministerio de Minas y Energía”.

545 Decreto 111 de 1996, artículo 13. Planificación. El presupuesto general de la Nación deberá guardar concordancia con los contenidos del plan nacional de desarrollo, del plan nacional de inversiones, del plan financiero y del plan operativo anual de inversiones

3. Alcance de la destinación específica de las regalías: Su ejecución y administración

El decreto 111 de 1996, por el cual se compilan la ley 38 de 1989, la ley 179 de 1994 y la ley 225 de 1995 y que constituye el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, señala que *“...todas las disposiciones en materia presupuestal deben ceñirse a las prescripciones contenidas en este estatuto que regula el sistema presupuestal”*, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 352 de la C.P.⁵⁴⁶

A su vez el artículo 2 del decreto 111, establece que la Ley Orgánica del Presupuesto, su reglamento, las disposiciones legales que expresamente autorice, además de lo señalado en la Constitución, son las únicas que pueden regular la programación, elaboración, presentación, aprobación, modificación y ejecución del presupuesto, así como la capacidad de contratación y la definición del gasto público social.

Por su parte, el artículo 104 del Estatuto⁵⁴⁷ dispone que *“...A más tardar el 31 de diciembre de 1996, las entidades territoriales ajustarán las normas sobre programación, elaboración, aprobación, y ejecución de sus presupuestos a las normas previstas en la ley orgánica de presupuesto”*.

Las normas citadas en precedencia ratifican lo expuesto en el punto 2 de este concepto en el sentido de que no sólo los ingresos por regalías y compensaciones deben incorporarse en el presupuesto, sino que la ejecución de las mismas deben seguir las normas presupuestales.

La ejecución del presupuesto implica dos etapas, la financiera y la sustancial. La primera conlleva a que la ejecución de los gastos del presupuesto se haga a través del programa anual mensualizado de caja, PAC. Este es el instrumento mediante el cual se define el monto máximo mensual de fondos disponibles con el fin de que las entidades cumplan sus compromisos. En consecuencia, los pagos se harán teniendo en cuenta el PAC y se sujetarán a los montos aprobados en él. (Art. 73 decreto 111 de 1996).

La ejecución desde el punto de vista sustancial se entiende como *“el proceso mediante el cual se cumple con el objetivo mismo del gasto”*⁵⁴⁸. Normativamente se establece en el artículo 110 del Estatuto, así:

“Artículo 110. Los órganos que son una sección en el presupuesto general de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga

546 “Artículo 352. Además de lo señalado en esta Constitución, la ley orgánica del presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las **entidades territoriales** y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el plan nacional de desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar”. (Resalta la Sala).

547 Correspondiente al Título XV “DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES” (Mayúsculas textuales).

548 Mejía Cardona, Mario. El Laberinto Fiscal. ESAP, Bogotá. 2002. Página 271.

sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el estatuto general de contratación de la administración pública y en las disposiciones legales vigentes (...).

(...) En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las superintendencias, unidades administrativas especiales, las entidades territoriales, asambleas y concejos, las contralorías y personerías territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica.

En todo caso, el Presidente de la República podrá celebrar contratos a nombre de la Nación.”

De los conceptos previstos en la norma transcrita se destaca el de “ordenador del gasto” que a juicio de la Corte Constitucional, se refiere a la capacidad de ejecución del presupuesto, es decir, ejecutar el programa de gastos aprobado –ley de presupuesto, decidir sobre la oportunidad de contratar y, comprometer los recursos⁵⁴⁹.

De esta forma los contratos estatales perfeccionados comprometen el presupuesto asignado, así no se hayan recibido los bienes ni se haya prestado servicio alguno⁵⁵⁰. Ciertamente, tanto las normas presupuestales como las de contratación estatal exigen el requisito del **registro presupuestal**⁵⁵¹ “para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin” (artículo 71 del decreto 111 de 1996), así como para la *ejecución del contrato*⁵⁵², respectivamente.

Llegado a este punto la Sala debe distinguir los dos supuestos de hecho planteados en la consulta como son **i)** la ejecución del presupuesto mediante contratos de obra o suministro y, **ii)** la administración de recursos por entidades financieras, cuyo incumplimiento o manejo irregular, respectivamente, se traduce en ingresos por concepto de indemnizaciones o multas a favor de las entidades territoriales.

3.1. Los ingresos por incumplimiento de los contratos estatales de obra o suministro.

Dado que la consulta no está referida a la naturaleza y características específicas de los contratos estatales de obra y suministro, basta decir que el objeto de los mismos consistirá de manera general en obligaciones de dar o hacer una cosa o prestar un servicio, y como contraprestación, el contratista recibirá el pago acordado⁵⁵³, extinguiéndose luego las obligaciones nacidas del contrato⁵⁵⁴.

El cumplimiento de tales contratos estatales conlleva, **no sólo la ejecución presupuestal atada a la destinación específica en los términos explicados, sino el pago al contratista** (bien sea parcial o total), produciéndose de esta forma una transferencia de recursos del

549 Sentencia C - 101 de 1996.

550 Mejía, Op. Cit. Pág. 294.

551 Decreto 568 de 1996 “Por el cual se reglamentan las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995 Orgánicas del Presupuesto General de la Nación”, Artículo 20. “El registro presupuestal es la operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la apropiación, garantizando que ésta no será desviada a ningún otro fin. En esta operación se debe indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar”.

552 Artículo 41 de la ley 80 de 1993, modificado por el artículo 23 de la ley 1150 de 2007: “...Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto...”. (Resalta la Sala).

553 “El pago efectivo es la prestación de lo que se debe”, artículo 1626 del Código Civil.

554 Num. 1 del artículo 1625 del C.C.

patrimonio público al patrimonio del contratista, desembolso de fondos que por su naturaleza (el dinero es cosa fungible)⁵⁵⁵, implica el traslado de la propiedad de los mismos⁵⁵⁶. Los recursos públicos con los cuales se hace el pago constituyen el ingreso que percibe el contratista, los cuales pasan a ser de su propiedad, por lo que tienen, luego del pago, una naturaleza distinta.

Habiéndose establecido lo anterior, deberá estudiarse qué sucede en el evento en que los contratos de obra o suministro celebrados con recursos de regalías, no se cumplan, o se cumplan tardíamente o de manera incompleta o imperfecta, generando un perjuicio a la entidad territorial contratante.

3.1.1. Indemnizaciones

El artículo 1613 del Código Civil, regla general en la materia, señala que en los eventos antes descritos la entidad territorial tendrá derecho a la indemnización de perjuicios que *“comprende el daño emergente y lucro cesante”*.

De conformidad con el artículo 1614 del referido código, el daño emergente es el *“perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado su cumplimiento”* y lucro cesante *“la ganancia o provecho que deja de reportarse”* por la ocurrencia de las precitadas circunstancias.

Entonces, ante el incumplimiento de las obligaciones de dar, hacer o prestar un servicio propias de los contratos de obra o de suministro, la entidad territorial recibirá un **ingreso nuevo** a título de indemnización, proveniente del patrimonio del contratista incumplido o de su garante, ingreso que tiene un título jurídico diferente a las regalías que financiaron el contrato infringido, en la medida en que sustituyen la obligación de dar o hacer y no el valor de dichas regalías.

En el mismo sentido cabe precisar que en las circunstancias aludidas el daño se le produce al patrimonio público y no en particular a las regalías, que no son en sí mismas un patrimonio ni un sujeto sino una partida presupuestal.

Ahora, ante tales incumplimientos las normas de contratación estatal, sin perjuicio de las reglas generales de derecho civil antes expuestas⁵⁵⁷, prevén mecanismos como las garantías contractuales y las multas que tienen por objeto salvaguardar los derechos de las entidades estatales y el interés público que envuelve dicha actividad, según pasa a explicarse brevemente para los propósitos de este concepto y en relación con las cuales cabe examinar entonces cual es la naturaleza de los recursos que ingresan a las entidades estatales por dichos rubros.

Las garantías contractuales

El artículo 7 de la ley 1150 de 2007, dispone:

555 Artículo 663 del Código Civil.

556 El artículo 754 del Código Civil señala que la tradición de una cosa corporal mueble puede darse, entre otros medios, cuando una de las partes permite a la otra su aprehensión material o cuando se pone a su disposición en el lugar convenido.

557 Artículo 13 de la Ley 80 de 1993: *“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley...”*.

“ARTÍCULO 7o. De las garantías en la contratación. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare”.

Por su parte, el artículo 1127 del Código de Comercio, modificado por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990, prevé:

“El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.

Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055”

Como puede advertirse, el seguro de cumplimiento que garantiza el contrato estatal, tiene fundamento en un negocio jurídico diferente a éste como es el contrato de seguro. Y para que nazca la obligación de indemnizar derivada del acaecimiento del siniestro, será menester que la entidad pública así lo declare mediante acto administrativo motivado, el cual una vez en firme permitirá exigir el pago correspondiente.

De esta forma, la mencionada indemnización constituye un ingreso que tiene un título jurídico diferente al de los recursos de regalías que financiaron los contratos. Ello es más contundente si se agrega que los fondos con los que se paga la indemnización provienen del patrimonio de una compañía aseguradora que, obviamente, no tienen relación alguna con regalías.

3.1.3 Multas

Como lo ha sostenido la Sala, los recursos provenientes de las multas, impuestas por las autoridades públicas en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ingresan al patrimonio de la entidad, como retribución de su labor y en compensación a los perjuicios ocasionados a la misma⁵⁵⁸.

558 Concepto 1686 de 2005.

Al respecto cabe recordar lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 1150, que señala:

“ARTÍCULO 17. Del derecho al debido proceso. *El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva”.

En consecuencia, los ingresos correspondientes a multas, tienen un título jurídico diferente. De esta manera una multa es un **ingreso nuevo** y no tendría sustento afirmar que debe registrarse como un ingreso proveniente de regalías, por el sólo hecho de que la multa se haya impuesto con ocasión de la ejecución de un contrato financiado con recursos de regalías.

Cosa distinta ocurre cuando el incumplimiento contractual se presenta en negocios jurídicos referidos exclusivamente a la administración de los dineros de las regalías, según pasa a explicarse.

3.2 Los ingresos por incumplimiento en los contratos de administración de recursos de las regalías

Cuando el contrato celebrado con la entidad financiera sólo involucra la administración de recursos de regalías, se deberá aplicar el mandato contenido en el artículo 21 del decreto 568 de 1996⁵⁵⁹, que dispone:

*“Artículo. 21. Los recursos entregados para ser manejados a través de negocios jurídicos que **no desarrollen el objeto de la apropiación**, no se constituyen en compromisos presupuestales que afecten la apropiación respectiva, con excepción de la remuneración pactada por la prestación de este servicio”.*

No escapa a la Sala que la entrega a una entidad financiera de cosas fungibles como el dinero, implica la transferencia de la propiedad de los mismos (artículos 1179, 1382, 1393, 1396 del Código de Comercio), pero tratándose de fondos públicos como son las regalías se sujetan a las **normas orgánicas de presupuesto** que establecen consecuencias jurídicas especiales para los recursos dados en administración, dentro de las que se destacan: **i)** la no ejecución de presupuesto a pesar de la existencia de un negocio

559 “Por el cual se reglamentan las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995 Orgánicas del Presupuesto General de la Nación”,

jurídico sobre ellos⁵⁶⁰, **ii)** que tales negocios no implican un compromiso presupuestal que afecten la apropiación respectiva y, por lo mismo, **iii)** la regalías dadas en administración seguirán sujetas a la destinación específica prevista en el presupuesto respectivo, así como los intereses que ellos generen.

Lo mismo ocurrirá con las indemnizaciones o multas que se deriven de negocios jurídicos de administración de regalías, las cuales a pesar de que contablemente constituyen ingresos diferentes, en todo caso se encuentran jurídicamente vinculados a los fondos públicos cuyo manejo irregular originó dicha compensación o retribución.

Ello significa igualmente que tales ingresos están sometidos a las leyes y reglamentos que regulan la materia presupuestal, así como a la vigilancia y control del Departamento Nacional de Planeación, sin perjuicio del control fiscal correspondiente.

A juicio de la Sala los argumentos expuestos serían suficientes para resolver las preguntas formuladas; no obstante, se considera pertinente exponer los siguientes argumentos adicionales para ilustrar las respuestas que dará más adelante.

4. El régimen de contabilidad pública

El artículo 354 de la Constitución Política (C.P.) dispone que *“corresponden al Contador General las funciones de uniformar, centralizar y consolidar la contabilidad pública, elaborar el balance general y determinar las normas contables que deben regir en el país, conforme a la ley”*⁵⁶¹.

En el contexto descrito, el Contador General de la Nación expidió la Resolución 354 de septiembre 5 de 2007, *“por la cual se adopta el Régimen General de Contabilidad Pública”*⁵⁶². Ese acto administrativo indica que el citado régimen está conformado por el Plan General de Contabilidad Pública, el Manual de Procedimientos y la Doctrina Contable Pública (art. 1) y, a su vez, el Manual aludido lo integran el catálogo general de cuentas, los procedimientos contables y los instructivos contables (art. 2).

De esta manera, es claro que el Régimen de Contabilidad Pública, así como las normas que lo modifiquen y complementen, es aplicable tanto en el nivel nacional como territorial, no sólo porque dicha norma así lo dispone⁵⁶³, sino por el carácter unitario del Estado Colombiano (art. 1), principio normativo de rango superior que

560 “Por ejecución del presupuesto debe entenderse el cumplimiento del objeto mismo del gasto. (...). Por esta razón no puede bajo ningún aspecto entenderse que el simple traslado de los recursos a través de contratos de administración se considere como una ejecución presupuestal. La administración de los recursos, sin importar la denominación del contrato bajo el cual se realice, no ejecuta presupuesto”. Mejía Cardona, Op. Cit. Pág. 261.

561 “Artículo 354. Habrá un Contador General, funcionario de la rama ejecutiva, quien llevará la contabilidad general de la Nación y consolidará ésta con la de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, cualquiera que sea el orden al que pertenezcan, excepto la referente a la ejecución del Presupuesto, cuya competencia se atribuye a la Contraloría. // Corresponden al Contador General las funciones de uniformar, centralizar y consolidar la contabilidad pública, elaborar el balance general y determinar las normas contables que deben regir en el país, conforme a la ley”.

562 Publicada en el Diario Oficial No. 46.751 del 14 de septiembre de 2007.

563 Resolución 354, artículo 5 “El Régimen de Contabilidad Pública debe ser aplicado por los organismos y entidades que integran las Ramas del Poder Público en sus diferentes niveles y sectores. También debe ser aplicado por los órganos autónomos e independientes creados para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. En el mismo sentido, el ámbito de aplicación del Régimen de Contabilidad Pública incluye a los Fondos de origen presupuestal, además de las Sociedades de Economía Mixta y las que se les asimilen, en las que la participación del sector público, de manera directa o indirecta, sea igual o superior al cincuenta (50%) por ciento del capital social...”

descarta la posibilidad que en materias tan sensibles como la contabilidad estatal, cada entidad que haga parte de él, entre ellas las territoriales, diseñe y aplique su propia contabilidad.

En cuanto al carácter vinculante del Régimen de Contabilidad Pública, éste no sólo se deriva de su naturaleza de acto administrativo, que por lo mismo goza de la presunción de legalidad, sino de la norma constitucional transcrita, según la interpretación contenida en la Sentencia C – 487 de 1997 de la Corte Constitucional⁵⁶⁴.

Ahora, el Régimen de Contabilidad Pública incluye el Plan General de Contabilidad Pública (PGCP), que fue adoptado mediante la Resolución 355 de 2007⁵⁶⁵ expedida por el Contador General de la Nación, cuyos alcances para el tema sometido a consulta se estudian a continuación.

4.1. Marco conceptual del Plan General de Contabilidad Pública (PGCP)

El PGCP⁵⁶⁶ contiene un “*Marco Conceptual*” que describe la actividad desarrollada por las entidades públicas, comprendiéndose dentro de ésta, entre otros, los **ingresos** que ellas perciben por el cumplimiento de su gestión, los cuales pueden ser ordinarios y extraordinarios (Numeral 9.1.4., párrafo 260).

Las actividades ordinarias corresponden a la operación básica o principal de la entidad contable pública, así como a las complementarias y vinculadas a la misma y se caracterizan por que son recurrentes. Las partidas **extraordinarias** surgen de hechos, transacciones u operaciones que son distintas de las actividades ordinarias, que no se espera que sean frecuentes y que no son controladas por la entidad contable pública. (Ibídem. 261)

La noción de “*ingresos*” corresponde a aquellos flujos de entrada de recursos generados por la entidad contable pública, susceptibles de **incrementar el patrimonio público** durante el periodo contable, bien sea por aumento de activos o por disminución de pasivos, expresados en forma cuantitativa y que reflejan el desarrollo de la actividad ordinaria y los ingresos de carácter extraordinario. (Numeral 9.1.4.1., párrafo 264).

Los ingresos se revelan dependiendo el **origen** de los mismos, clasificándose entonces en “*ingresos fiscales, venta de bienes y servicios, transferencias, administración del sistema general de pensiones, operaciones interinstitucionales y otros ingresos*” (Ibídem, párrafo 271). De esta manera revisando la descripción de los mismos, se advierte que en lo atinente a esta consulta, se destacan los denominados “*ingreso fiscales*” y “*otros ingresos*” dentro de los cuales se encuentran los extraordinarios.

564 “Las decisiones que en materia contable adopte la Contaduría de conformidad con la ley, son obligatorias para las entidades del Estado, y lo son porque ellas hacen parte de un complejo proceso en el que el ejercicio individual de cada una de ellas irradia en el ejercicio general, afectando de manera sustancial los “productos finales”, entre ellos el balance general, los cuales son definitivos para el manejo de las finanzas del Estado (...) Es decir, que por mandato directo del Constituyente le corresponde al Contador General de la Nación, máxima autoridad contable de la administración, determinar las normas contables que deben regir en el país, lo que se traduce en diseñar y expedir directrices y procedimientos dotados de fuerza vinculante, que como tales deberán ser acogidos por las entidades públicas, los cuales servirán de base para el sistema contable de cada entidad”. (...)

565 Publicada en el Diario Oficial No. 46.751 del 14 de septiembre de 2007. A su vez, el PGCP está publicado en la página web www.contaduria.gov.co, por disposición del artículo 2 de la Resolución 355. Consultado el 10 de junio de 2007.

566 El propósito del PGCP es “*permitir el ejercicio del Control sobre los recursos y el patrimonio públicos, ser instrumento para la Rendición de Cuentas, viabilizar la Gestión Eficiente por parte de las entidades y generar condiciones de Transparencia sobre el uso, gestión y conservación de los recursos y el patrimonio públicos*”.

Los ingresos fiscales corresponden a ingresos tributarios y no tributarios, aportes sobre la nómina, y rentas parafiscales. (Ibid., párrafo 272). Los ingresos no tributarios comprenden, entre otros, tasas, **multas**, intereses, sanciones, contribuciones, regalías y concesiones. (Ibid., párrafo 274).

Por su parte, “*otros ingresos*” comprenden los “*flujos de entrada de recursos generados por la entidad contable pública, no considerados expresamente en las anteriores clasificaciones. Incluye también los ingresos por partidas de carácter extraordinario*” (Ibid., Párrafo 281)

En desarrollo de lo dispuesto en la Resolución 354, el Contador General de la Nación expidió la Resolución 356 de 2007, “*Por la cual se adopta el Manual de Procedimientos del Régimen de Contabilidad Pública*”, norma que incluye el Catálogo General de Cuentas⁵⁶⁷.

El Catálogo General de Cuentas reitera y precisa el concepto de “*ingresos extraordinarios*”, correspondiéndole la cuenta 4810, cuya descripción es: “*Representa el valor de los ingresos que surgen de transacciones y hechos que son claramente distintos de las actividades ordinarias, que no se espera que sean frecuentes y que están fuera del control de la entidad contable pública*”. Y en la cuenta 4810 se destaca la subcuenta 481049 denominada “*INDEMNIZACIONES*”.

Finalmente, debe precisarse que en el citado Catálogo, los ingresos no tributarios que fueron descritos en párrafos anteriores, se registran en la cuenta 4110 y se discriminan, los relacionados con “*multas*” en la subcuenta 411002 y, las “*regalías y compensaciones monetarias*” en la subcuenta 411010.

De lo expuesto en precedencia se deducen las siguientes consecuencias:

- i. Por ingreso debe entenderse los flujos de entrada de recursos generados por la entidad pública, susceptibles de **incrementar** el patrimonio público. Dentro de una clara lógica contable y jurídica quien cubre ese ingreso sufrirá un empobrecimiento correlativo.
- ii. Los ingresos se clasifican dependiendo el **origen** de los mismos.
- iii. Los ingresos correspondientes a indemnizaciones están catalogados como “*extraordinarios*”, dentro del grupo “*otros ingresos*”, en tanto que las multas y las regalías y compensaciones se encuentran dentro del grupo “*ingresos fiscales*”, catalogados en la cuenta “*no tributarios*”, pero claramente diferenciados en subcuentas separadas.

En consecuencia, los ingresos correspondientes a indemnizaciones y multas son conceptos diferentes a los de regalías y compensaciones, y, por lo mismo, las normas contables le dan un tratamiento distinto. De esta manera una indemnización o una multa es una **ingreso nuevo** y no tendría sustento afirmar que deben registrarse como un ingreso proveniente de regalías, tal como se afirmó en el punto tres de este concepto.

Exceptúase las indemnizaciones o multas que se deriven exclusivamente de negocios jurídicos de administración de regalías, las cuales a pesar de que contablemente constituyen ingresos diferentes, en todo caso se encuentran jurídicamente vinculados a los fondos públicos cuyo manejo irregular originó dicha compensación o retribución.

567 Publicada en el Diario Oficial No. No. 46.751 del 14 de septiembre de 2007. A su vez, el Catálogo General de Cuentas está publicado en la página web www.contaduria.gov.co, por disposición del artículo 2 de la Resolución 356. Consultado el 10 de junio de 2007. El citado Catálogo se “...constituye en el instrumento para el reconocimiento y revelación de los hechos, transacciones y operaciones financieras, económicas, sociales y ambientales, con base en una clasificación ordenada, flexible y **pormenorizada** de las cuentas, que identifica la **naturaleza y funciones** de cometido estatal de la entidad contable pública” (Resalta la Sala).

Los argumentos señalados en precedencia confirman las conclusiones a las que llegó la Sala en el punto tres de este concepto, pese a lo cual se estima pertinente revisar adicionalmente el tratamiento que las normas presupuestales otorgan a los mencionados rubros, todo con el fin de concretar las respuestas solicitadas.

5. La clasificación de los ingresos provenientes de indemnizaciones y multas en el régimen presupuestal

El decreto 111 de 1996 consagra que el Presupuesto de Rentas contiene la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; de las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del Presupuesto, de los fondos especiales, de los recursos de capital y de los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional. (art. 11)

En el artículo 27 *ibidem* clasifica, no define, los ingresos corrientes en tributarios y no tributarios. Los ingresos tributarios se subclasificarán en impuestos directos e indirectos y los ingresos no tributarios comprenden las tasas y las **multas**.

Adicionalmente, el artículo 31 del decreto 111 clasifica, no define, los recursos de capital⁵⁶⁸, indicando en su parágrafo que “...*Las rentas e ingresos ocasionales deberán incluirse como tales dentro de los correspondientes grupos y subgrupos de que trata este artículo...*”

La Corte Constitucional, en su jurisprudencia ha distinguido claramente los conceptos de “ingresos corrientes” y “recursos de capital”, coincidiendo con la doctrina nacional⁵⁶⁹ en acoger el concepto de **regularidad** como elemento característico de los primeros, los cuales distinguen de los ingresos de capital, que al contrario se caracterizan por su eventualidad⁵⁷⁰. Entonces, un ingreso corriente es aquel que llega a las arcas públicas de manera regular, habitual, permanente y no esporádica u ocasional⁵⁷¹, tal como fue reiterando por la Corte en la sentencia C – 423 de 1995.

En consecuencia, los recursos de capital comprenden los señalados en artículo 31 del decreto 111, así como *las rentas e ingresos ocasionales*. Ello significa también que las

568 “Artículo 31. Los recursos de capital comprenderán: Los recursos del balance, los recursos del crédito interno y externo con vencimiento mayor a un año de acuerdo con los cupos autorizados por el Congreso de la República, los rendimientos financieros, el diferencial cambiario originado por la monetización de los desembolsos del crédito externo y de las inversiones en moneda extranjera, las donaciones, el excedente financiero de los establecimientos públicos del orden nacional, y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden Nacional y de la Sociedades de Economía Mixta con el régimen de aquellas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la ley les otorga y las utilidades del Banco de la República, descontadas las reservas de estabilización cambiaria y monetaria”.

569 Palacios Mejía, Hugo. *La Economía en el Derecho Constitucional Colombiano*. Plazas Vega, Mauricio. Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario.

570 En la sentencia C-308 de 1994, la Corte Constitucional señaló. “De la Constitución resulta también, que la noción de renta nacional es un concepto fiscal de carácter general que engloba todos los ingresos del Estado que se incorporan al presupuesto para atender al gasto público. Tales rentas nacionales se integran con los recursos de origen tributario y no tributario y con los recursos de capital (...)//De igual modo, de la propia Carta se deduce que la clasificación de la renta se elabora atendiendo especialmente la regularidad del ingreso. Por esa razón, se denominan ingresos corrientes a las rentas o recursos de que dispone o puede disponer regularmente el Estado para atender los gastos que demandan la ejecución de sus cometidos, y, a su vez, tales rentas se subclasifican como ingresos tributarios y no tributarios.

Son, por el contrario, ingresos de capital, aquéllas rentas que el Estado obtiene eventualmente cuando es necesario compensar faltantes para asumir gastos en la ejecución de programas y proyectos que se consideran inaplazables.//La clasificación precedente de las rentas o ingresos públicos está consignada en la nueva Constitución y a ella se le atribuyen los mismos alcances que la teoría hacendística le reconoce contemporáneamente a tales nociones.

571 Restrepo Salazar, Juan Camilo.

expresiones nominales de la ley sobre ingresos corrientes y rentas de capital, son enunciativas y no taxativas, en la medida en que se, insiste, debe atenderse más a su sentido económico y racional, que a su literalidad.

Aplicados los anteriores criterios a los conceptos de las indemnizaciones y multas objeto de consulta, puede verse que las primeras tienen un carácter eventual u ocasional, mientras que las segundas, llegan a las arcas estatales de manera regular en el ejercicio de la actividad contractual, según se ha explicado.

De esta manera, puede apreciarse que las normas contables y presupuestales distinguen claramente los ingresos provenientes de indemnizaciones y multas, así como éstos de otro tipo de ingresos, como son las regalías y compensaciones.

6. El control y vigilancia ejercido por el Departamento Nacional de Planeación sobre los recursos de regalías

Más que realizar un análisis de los mecanismos previstos en la ley para materializar dichas actividades, o la naturaleza de la función que sobre el particular hoy ejerce el Departamento Nacional de Planeación⁵⁷², lo que debe precisarse es el ejercicio de la función de control y vigilancia por parte de ese Departamento en los casos analizados en este concepto. En tal medida, el análisis realizado por la Sala ha distinguido claramente dos situaciones jurídicas, las cuales para el efecto traen las siguientes consecuencias:

6.1. Ingresos correspondientes a indemnizaciones y multas provenientes del incumplimiento de un contrato de obra o suministro:

Son conceptos diferentes a los de regalías y compensaciones, y por lo mismo, son **ingresos nuevos** no susceptibles de control y vigilancia por parte del Departamento Nacional de Planeación, sin perjuicio de que la entidad territorial beneficiaria del ingreso cumpla respecto de los mismos las normas presupuestales, contractuales y contables pertinentes, según se ha explicado. Dichos recursos también estarán sujetos al control fiscal correspondiente.

6.2. Ingresos correspondientes a indemnizaciones y multas que se deriven exclusivamente de negocios jurídicos de administración de regalías:

Se encuentran jurídicamente vinculados a los fondos públicos cuyo manejo irregular originó dicha compensación o retribución, razón por la que se encuentran sometidos al control y vigilancia del Departamento Nacional de Planeación, las que ejercerá de acuerdo con las facultades otorgadas por las normas vigentes.

Con base en las anteriores consideraciones,

572 Inicialmente atribuidas a la Comisión Nacional de Regalías, según los numerales 2 y 3 del artículo 8, 3 y 4 del artículo 10 de la Ley 141 de 1994 y el artículo 5 de la Ley 756 de 2002, entidad que fue liquidada trasladándose su competencias al Departamento Nacional de Planeación quien actualmente ejerce el control y vigilancia sobre los recursos de las regalías, de conformidad con el siguiente recuento normativo: primero, se suprimió y ordenó la liquidación de la Comisión Nacional de Regalías (Decreto 149 de 2004), luego se trasladaron las competencias al Departamento Nacional de Planeación (Decreto 195 de 2004), acto seguido crearon una nueva dependencia al interior de este último órgano -la Dirección de Regalías- con funciones específicas en materia del control y vigilancia de las regalías (Decreto 4355 de 2005) y finalmente reglamentaron la manera como el Departamento Nacional de Planeación ejercería las atribuciones originalmente en cabeza de la primera entidad (Decreto 416 de 2007)

LA SALA RESPONDE:

“1. ¿Cuál es la naturaleza de los recursos que ingresan a una entidad territorial en virtud de un contrato de transacción mediante el cual se pone fin a un litigio originado en la reclamación de perjuicios por presuntos manejos irregulares de recursos de regalías por una entidad financiera?”

La Sala distingue dos situaciones:

Si los perjuicios se suceden por el incumplimiento de un negocio jurídico cuyo objeto sólo implicó la administración de los recursos provenientes de regalías, los dineros recibidos a título de indemnización conservan la naturaleza de regalías.

En el evento en que el negocio jurídico hubiese implicado el pago de un compromiso de gasto, es decir, una ejecución presupuestal con traslado de recursos del patrimonio público al patrimonio del contratista, los dineros recibidos a título de indemnización a favor de la entidad territorial tienen una naturaleza distinta a los de regalías.

2. ¿Cuál es la naturaleza de los recursos que ingresan a una entidad territorial en virtud de una condena a su favor, una conciliación, una transacción, una indemnización derivada de una garantía única de cumplimiento o una multa que haya sido impuesta como consecuencia de la ejecución cuando el contrato incumplido subyacente fue financiado con recursos de regalías o compensaciones o asignaciones del Fondo Nacional de Regalías?”

Igual pregunta procede en el evento en que una autoridad nacional imponga una multa a una firma interventora, que incumple su contrato de vigilancia a las regalías.

Ante el incumplimiento de las obligaciones de dar, hacer o prestar un servicio propias de un contrato, entre ellos los de obra o de suministro, la entidad territorial recibirá un ingreso nuevo a título de indemnización, proveniente del patrimonio del contratista incumplido o de la compañía aseguradora, ingreso que tiene un título jurídico diferente a las regalías que financiaron el contrato infringido, en la medida en que sustituyen la obligación de dar o hacer y no el valor de dichas regalías.

Los recursos provenientes de las multas impuestas por las autoridades públicas en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ingresan al patrimonio de la entidad, como retribución de su labor y en compensación a los perjuicios ocasionados a la misma.

3. ¿Deben destinarse dichos recursos a las mismas finalidades que la ley prevé para los recursos de regalías y compensaciones o para las asignaciones del Fondo Nacional de Regalías?”

Como ya se dijo, los dineros provenientes de indemnizaciones y multas tienen un origen diferente al de regalías.

En este sentido, la ejecución presupuestal de las regalías, compensaciones o asignaciones, agotó la destinación específica prevista para ese recurso estatal. Los ingresos por indemnizaciones o multas, son nuevos y provienen del patrimonio del contratista o de

la entidad aseguradora, por lo que no están sujetos a destinación específica alguna, sin perjuicio que respecto de éstos se cumplan las normas presupuestales y del régimen de contabilidad pública correspondientes.

Ahora, si la indemnización o multa provino de un negocio jurídico cuyo objeto sólo implicó la administración de los recursos provenientes de regalías, los dineros así recibidos conservan la naturaleza de regalías sujetos a la destinación específica correspondiente.

4. ¿Tales recursos pueden o deben, según el caso, ser objeto del ejercicio de la función de control y vigilancia por parte del Departamento Nacional de Planeación (Dirección de Regalías) bien sea que éste se ejerza en forma directa bien por conducto de firmas interventoras contratadas para ese fin?

Si la indemnización o multa provino de un negocio jurídico cuyo objeto sólo implicó la administración de los recursos provenientes de regalías, deberán cumplir las previsiones sobre destinación específica a que se refieren las normas constitucionales y legales, y sujetarse al control y vigilancia del Departamento Nacional de Planeación de acuerdo con las facultades otorgadas por las normas vigentes.

En los demás casos analizados en este concepto dicho control y vigilancia no será procedente, sin perjuicio del cumplimiento por parte de la entidad territorial de las normas presupuestales, contractuales y contables pertinentes, según se ha explicado, y el control fiscal correspondiente.

Transcríbase al Director del Departamento Nacional de Planeación y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Presidente de la Sala. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Consejero. GUSTAVO EDUARDO APONTE SANTOS, Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS, Secretaria de la Sala.

9. Hacienda Pública. Regalías. Presupuesto. Contabilidad Pública. Naturaleza de los recursos que reciben las entidades territoriales a título de indemnizaciones y multas, originadas en la utilización de regalías y compensaciones

Radicado 1946 (Aclaración)

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Fecha: 03/12/2009

Levantamiento de la reserva mediante oficio del 24 de febrero de 2011

El señor Director del Departamento Nacional de Planeación (E) solicita a la Sala aclaración sobre la titularidad de los recursos de regalías, en atención a que en el concepto 1946 del 18 de junio de 2009 se sostuvo que las *“...regalías deben incluirse en los respectivos presupuestos de las entidades territoriales como un ingreso propio con destinación específica, afirmación que se repite en otros capítulos del Concepto”*.

Como fundamento de la solicitud cita el concepto 1842 emanado de esta Sala, en donde se concluyó que las regalías son una contraprestación económica a favor del Estado. Igualmente cita un pronunciamiento del Consejo de Estado, sin identificar, en donde se afirma que las “regalías no son recursos propios de las entidades territoriales”.

Por otra parte manifiesta que la Corte Constitucional en “reiterada jurisprudencia”, ha indicado que las “regalías no son de propiedad de las entidades territoriales sino del Estado”.

CONSIDERACIONES:

Como se recordará, la consulta que originó el concepto 1946 de 2009 no tenía por objeto dilucidar la naturaleza jurídica de las regalías, ni la titularidad o propiedad sobre las mismas. Tal afirmación se deduce del punto 1 del concepto en donde la Sala delimitó el problema jurídico que abordaría en los siguientes términos:

*“Como lo indican los antecedentes e interrogantes formulados por la señora Directora de Planeación Nacional, ante litigios originados en la administración de regalías por una entidad financiera, o en el marco de contratos de obra o de suministro financiados con las mismas, el concepto solicitado a la Sala debe precisar, de manera general, la naturaleza jurídica de los recursos que **ingresan** al patrimonio de las entidades territoriales por concepto de: **i) indemnizaciones** ordenadas por sentencias condenatorias a favor de entidades territoriales, o a través de mecanismos extrajudiciales de solución de controversias, como conciliaciones o transacciones, así como las provenientes de pólizas de cumplimiento previstas en la actividad contractual a favor de tales entidades y, **ii) multas** que se han hecho efectivas en la actividad contractual por parte de las entidades territoriales”. (Negrilla textual).*

Bajo el anterior contexto transcurre la argumentación del concepto 1946, el cual culmina con las respuestas a las preguntas formuladas, cuya revisión permite concluir que la Sala no alude a la definición de la naturaleza jurídica de las regalías, ni a la titularidad o propiedad sobre las mismas.

Ahora, frente a la frase que al parecer origina la aclaración y que fue transcrita al comienzo de éste documento, se estima pertinente realizar su reproducción completa, así:

“Como lo ha manifestado la Sala⁵⁷³, y se desprende de la ley 1283 de 2009⁵⁷⁴, las regalías directas y compensaciones deben incluirse en los respectivos presupuestos de las entidades territoriales como un ingreso propio con destinación específica.” (Las citas son textuales).

Para la interpretación del anterior aparte se sugiere acudir a la delimitación del problema jurídico que enmarca el contexto bajo el cual se rinde el concepto 1946, y por tanto, resulta improcedente extenderlo a situaciones no comprendidas en dicho ámbito, como sería dilucidar la naturaleza jurídica de las regalías directas, o determinar la titularidad o propiedad sobre las mismas.

Ahora, examinada en su integridad la referida frase se puede apreciar que ésta parte de la cita de los conceptos 1656 de 2005 y 1823 de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil en donde **sí** se alude a dicha naturaleza y titularidad. Ello significa que la Sala acogió

573 Ver conceptos 1656 de 2005 y 1823 de 2007.

574 Publicada en el Diario Oficial 47.223 de enero 5 de 2009.

lo expuesto en tales pronunciamientos y, conforme a los mismos, procedió a resolver el problema jurídico que ya había sido delimitado al inicio del concepto 1946.

Así las cosas, y a efectos de la aclaración que se solicita, en los conceptos 1656 y 1823 dijo la Sala:

“A continuación la Sala se refiere a los pronunciamientos relevantes de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre el tema, para destacar los rasgos esenciales de la naturaleza jurídica de las regalías directas, que reafirman la improcedencia de incorporar su producto al presupuesto general de la Nación como un ingreso corriente, con la pretensión de conservar una tradición superada por el Constituyente que dispuso su traslado por el monto total a las entidades territoriales.

Los recursos derivados de las regalías directas no se incorporan al presupuesto general de la Nación como un ingreso corriente, según la jurisprudencia, por cuanto:

- Son rentas del Estado, no de la Nación.⁵⁷⁵
- La Nación no es titular de los derechos económicos originados en las regalías; el régimen de éstas traduce la voluntad del Constituyente de fortalecer las finanzas territoriales como expresión del proceso de descentralización **de recursos y funciones**.⁵⁷⁶
- Son **ingresos públicos** cuya naturaleza no es tributaria pues no son producto del poder impositivo del Estado; ellas constituyen una contraprestación a cargo de quien explota el recurso.⁵⁷⁷
- Son ingresos públicos dirigidos única y exclusivamente a compensar el agotamiento del capital natural de los recursos naturales que no se renuevan.⁵⁷⁸
- No son ingresos corrientes de la Nación⁵⁷⁹.
- El derecho de participación económica pertenece en los términos de la Carta exclusivamente a las entidades territoriales.⁵⁸⁰
- Su destinación es específica al tenor de lo consagrado en los artículos 14 y 15 de la ley 141 de 1994,⁵⁸¹ para inversiones y proyectos prioritarios contemplados en los planes de desarrollo de los departamentos y municipios. Son, por lo mismo, ingresos fiscales a través de los cuales se atienden objetivos sociales.⁵⁸²
- **Son una fuente exógena de financiamiento de las entidades territoriales**, respecto de las cuales, el legislador ejerce una mayor injerencia para indicar la destinación de los recursos.⁵⁸³

575 Corte Constitucional. Sentencia C-251 de 2003. “El artículo 332 superior establece que “(e)l Estado es propietario de (...) los recursos naturales no renovables.” Esta expresión, y en particular la palabra “Estado” contenida en ella, puede ser interpretada de maneras diferentes. Por ejemplo, Es posible concluir que dicha norma se refiere exclusivamente a las entidades territoriales, o por el contrario, que es atinente únicamente a las autoridades de nivel central. Esta cuestión ya ha sido resuelta por la Corte Constitucional, quien en su jurisprudencia ha establecido que el artículo 332 se refiere al Estado como a un “ente que representa a todos los colombianos y a los distintos niveles territoriales”.

576 Corte Constitucional. Sentencia C-580 de 1999.

577 Corte Constitucional. Sentencia C-541 de 1999.

578 Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1997.

579 Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1181 de 1999.

580 Corte Constitucional. Sentencia C-251 de 2003

581 Leyes 756 de 2002 y 863 de 2003.

582 Consejo de Estado. Sección Cuarta. Expediente 13764 de 2004.

583 Corte Constitucional. Sentencia C-219 de 1999, C-447 de 1998. C-845 de 2000.

De la anterior reseña se desprende: 1) La Constitución reconoce al Estado como titular de los bienes cuya explotación genera las regalías y a las entidades territoriales como beneficiarios únicos de la totalidad de los derechos económicos que se generen. Por lo tanto, parece claro que los recursos provenientes de las regalías directas desde el punto de vista presupuestal han de incorporarse en los presupuestos de las entidades territoriales **como rentas exógenas y no al presupuesto general de la Nación como un ingreso propio**, pues la titularidad del derecho económico corresponde por mandato constitucional a los entes territoriales y no a la Nación.⁵⁸⁴ 2) El derecho de participación sobre las regalías directas es exclusivo de las entidades territoriales, por lo tanto, la Nación no recibe como ingreso propio ninguna cuota o parte de tales recursos”. (Todas las citas a pie de página son textuales; la negrilla no).

Considerando la anterior cita, la frase incluida en el concepto 1946 y que genera la presente aclaración, lleva a la Sala a sugerir que su entendimiento se realice bajo el siguiente ámbito:

1. Al manifestarse que las regalías directas *“deben incluirse en los respectivos presupuestos de las entidades territoriales como un ingreso propio con destinación específica”*, en manera alguna se estaba significando que tales ingresos son *“fuente endógena o recurso propio”* de las entidades territoriales;
2. Lo que significa es la inclusión o incorporación de las regalías directas y compensaciones en los presupuestos propios de cada entidad territorial derivado de su derecho a participar de las mismas;
3. Si la naturaleza de las regalías directas fue precisada en el concepto 1656 como *“fuente exógena”*, y dicho concepto es fundamento del radicado bajo el número 1946, no es procedente entender la frase transcrita como *“fuente endógena o recurso propio”*, esto es, de propiedad exclusiva de las entidades territoriales.

De esta manera, dado que la utilización del término técnico *“ingreso propio”* en el concepto 1946, generó una dificultad de interpretación para los propósitos encomendados al Departamento Nacional de Planeación, la Sala entiende que la aclaración aquí efectuada en el contexto de los numerales precedentes, permite superar dicha dificultad.

Finalmente, el concepto 1946 de 2009 no se aparta del concepto 1842 de 2007, cuya transcripción se realiza en la solicitud de aclaración. En efecto, dijo la Sala en el concepto 1842, comentando el artículo 360 de la Constitución Política:

“Es decir, la explotación de los recursos naturales no renovables causa a favor del Estado una contraprestación económica a título de regalía sin perjuicio de otro derecho o compensación que se pacte, así como el derecho de las entidades territoriales productoras y los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos y sus derivados, a participar en las regalías y compensaciones.

La Sala retoma en este punto lo expuesto en el Concepto No. 1656 de 2005: “En este orden de ideas resulta claro que uno es el derecho del Estado y otro el de los entes territoriales. El Estado, en su calidad de propietario del recurso natural no renovable, es el titular de la contraprestación por su explotación y las entidades territoriales son titulares de los derechos de participación de contenido económico, en el porcentaje que determine el legislador”. (La cursiva es textual).

584 Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1997.

Como se aprecia, el concepto 1842 es concordante con el 1656, el cual a su vez es fundamento, en lo tocante a la naturaleza jurídica y titularidad de las regalías directas del concepto 1946 de 2006.

En los anteriores términos se rinde la aclaración solicitada.

Transcríbase al Director del Departamento Nacional de Planeación y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Presidente de la Sala. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Consejero. GUSTAVO EDUARDO APONTE SANTOS, Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS, Secretaria de la Sala.

10. Enajenación a título gratuito de bienes muebles adquiridos con recursos públicos

Radicado 1977

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Fecha: 11/12/2009

Levantamiento de la reserva mediante oficio del 27 de julio de 2011

El señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, doctor Andrés Darío Fernández Acosta, hace a la Sala las siguientes preguntas:

“1. ¿Puede el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural transferir a título gratuito a entidades públicas descentralizadas de primer y segundo orden, Universidades, asociaciones sin ánimo de lucro, federaciones, corporaciones y particulares ejecutores de proyectos específicos enmarcados en la Constitución Nacional los equipos, maquinaria, muebles y elementos adquiridos en desarrollo del objeto contractual?”

“2. ¿En caso afirmativo cuál es el procedimiento que debe adoptar el Ministerio de Agricultura y Desarrollo rural para transferir estos bienes en forma directa a los ejecutores sin violar el artículo 21 del Decreto 4444 de 2008?”

En los antecedentes se explica que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en ejercicio de las funciones que le encomienda el decreto 2478 de 1999 y en armonía con los artículos 65, 66, 69, inciso 4º, y 71 de la Constitución, realiza actividades encaminadas al mejoramiento de las condiciones y el nivel de vida de la población rural, a la investigación y transferencia de tecnología, al desarrollo científico y tecnológico; para ello, suscribe convenios y contratos con los operadores de la política agropecuaria como “institutos descentralizados, sociedades de economía mixta, fundaciones, asociaciones, corporaciones sin ánimo de lucro, universidades públicas y privadas y otras instituciones de carácter privado.”

Para desarrollar las actividades contratadas adquiere “maquinaria y equipo, equipos científicos para investigación, muebles y enseres, equipos de computación, entre otros”, cuya propiedad queda en cabeza del Ministerio y en sus registros contables; pero

ejecutados los contratos, tales bienes no son necesarios para el Ministerio y entonces los entrega “en calidad de comodato a las diferentes entidades ejecutoras.”

Bajo el título “CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO”, se argumenta la necesidad de depurar la contabilidad del Ministerio y dar de baja dichos bienes, precisamente por no requerirse, no ser útiles, estar obsoletos, o porque su traslado al almacén generaría costos innecesarios.

También hace referencia la consulta al artículo 21 del decreto reglamentario 4444 de 2008, sobre la enajenación de bienes del Estado, expresando que frente al procedimiento allí consagrado, “el Ministerio considera que la aplicación de esta normatividad está destinada a aquellos bienes utilizados permanentemente por la Entidad requeridos para su normal funcionamiento y uso constante y no para aquellos que fueron adquiridos con una destinación específica como son los bienes comprados para el desarrollo de proyectos de ciencia y tecnología y de otros proyectos con que se ejecutan las políticas agropecuarias y pesqueras.”; e invoca las sentencias C-506-94, C-922-00 y C-205-95, como ejemplos del criterio de la Corte Constitucional en el sentido de que la prohibición consagrada en el artículo 355 constitucional no tiene “carácter absoluto”, por lo que, estima el Ministerio, “que para la mejor aplicación de la normatividad en cuanto a transferencia a título gratuito de bienes muebles a otras entidades públicas o privadas... que tengan su origen en convenios o contratos de ejecución de programas y proyectos que desarrollan actividades específicas de cometido estatal, esta podría realizarse en los términos y condiciones en que la jurisprudencia ha aceptado la misma en sus diferentes pronunciamientos, fijando un procedimiento interno que soporte los casos y razones que permitan tomar esta decisión.”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

Las preguntas formuladas por el señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, apuntan a esclarecer la viabilidad de transferir a personas jurídicas de derecho público y de derecho privado, a título gratuito, los bienes adquiridos con recursos públicos, que una vez concluido el objeto para el cual fueron adquiridos, no son necesarios ni útiles para el Ministerio.

En razón a la gratuidad que se plantea, estudiará la Sala la prohibición y la excepción que regula el artículo 355 de la Constitución Política, así como el régimen actualmente vigente aplicable a la enajenación de la propiedad estatal sobre bienes muebles.

1. Análisis del artículo 355 de la Constitución Política

El artículo 355 constitucional en su inciso primero prohíbe a “todas las ramas u órganos del poder público... decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”.

La prohibición, pues, está dirigida a todos los órganos y entidades estatales; comprenden todos los bienes públicos, pues no hace diferencia; y cuando usa la expresión “derecho privado” está refiriéndose al régimen jurídico aplicable a la persona de que se trate y no exclusivamente a los particulares.

El segundo inciso de la norma constitucional en comento autoriza a los gobiernos nacional y territorial para que “con recursos de los respectivos presupuestos [...] celebren...” contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo”, facultando al gobierno nacional para su reglamentación.

De los términos de la autorización, se destaca que está permitida la gratuidad en la transferencia de recursos públicos siempre que éstos sean presupuestales, es decir, *monetarios*; y que medie un contrato celebrado de conformidad con las exigencias de la Carta y de la reglamentación que para el efecto expida el gobierno nacional.

En concepto reciente⁵⁸⁵, se estudió la autorización constitucional en los siguientes términos:

“Esta Sala ha analizado en distintas oportunidades los antecedentes y el alcance de las disposiciones contenidas en el artículo 355 superior⁵⁸⁶, las cuales pueden resumirse en que la autorización al Congreso de la República dada en la reforma constitucional de 1968 para “fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo”, devino en distintas formas de desviación de los recursos públicos. El tema fue objeto de debates en la Asamblea Nacional Constituyente y concluyó en la adopción del artículo 355 para prohibir la transferencia a los particulares, a título gratuito, de recursos públicos, permitiendo “que se continuara con las labores de fomento y apoyo sólo mediante contrato y con unos estrictos requisitos”; contratos que “se estructuran bajo la idea de que lo que se busca realmente es una suerte de alianza de fuerzas públicas y privadas para lograr un mismo propósito... Así, no podría darse un contrato conmutativo, en el cual se advierta un intercambio o venta de bienes y servicios, sino un convenio para colaborar en el cumplimiento de sus misiones, lo que se permite al coincidir el objeto social del privado que actúe sin ánimo de lucro con la actividad que el Estado quiere impulsar”.⁵⁸⁷

Los estrictos requisitos establecidos por la norma superior hacen referencia a que el particular con el que se contrate sea una “entidad”, esto es, una persona jurídica, sin ánimo de lucro y de “reconocida idoneidad”; y a que el objeto contractual, además de corresponder al objeto social de la entidad sin ánimo de lucro, corresponda a programas y actividades de interés público, acordes con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo.

El mismo artículo 355 constitucional habilitó al gobierno para reglamentar esta actividad contractual; al efecto expidió y se encuentra vigente el decreto 777 de 1992, con las modificaciones introducidas por el decreto 1403 del mismo año⁵⁸⁸; de manera que a más de los requisitos constitucionales deberán observarse los reglamentarios contenidos en los decretos en mención.

585 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 3 de septiembre de 2009, Rad. No. 11001-03-06-000-2009-00039-00-1957, C. P. Enrique José Arboleda Perdomo. Publicación autorizada con oficio No. 2009EE53568 del 22 de septiembre de 2009. suscrito por el Viceministro de Educación Superior encargado de las funciones de Ministro de Educación Nacional.

586 Por vía de ejemplo se citan: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 24 de febrero de 2005, Rad. No. 1626, C. P. Gloria Duque Hernández; Concepto del 31 de agosto de 2005, Rad. No. 1666, C. P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo; Concepto del 23 de febrero de 2006, Rad. No. 11001-03-06-000-2005-01710-00, C. P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo; Concepto del 25 de septiembre de 2008, Rad. No. 11001-03-06-000-2008-00040-00(1911), C. P. Enrique José Arboleda Perdomo.

587 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 25 de septiembre de 2008, Rad. No. 11001-03-06-000-2008-00040-00(1911). Publicación autorizada con oficio OF108-37063 de diciembre 2 de 2008.

588 Decreto 777 de 1992 (mayo 16) “Por el cual se reglamentan la celebración de los contratos a que refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”; y Decreto 1403 de 1992 (agosto 26), “por el cual se modifica el Decreto 0777 de 1992”

Entre las disposiciones del decreto 777, la Sala destaca las relativas a la disponibilidad presupuestal y al registro presupuestal, como requisitos previo y posterior a la celebración del respectivo contrato⁵⁸⁹, que guardan coherencia con el texto del inciso segundo del artículo 355 constitucional en cuanto éste circumscribe el fomento de las actividades privadas a la existencia de los recursos presupuestales.

Aunque la Sala ha tenido la oportunidad de analizar ampliamente el artículo 355 de la Carta, la consulta que ahora resuelve la lleva a destacar un elemento de ésta que no había sido objeto de profundización. Veamos:

El artículo 355 es el último de los artículos que conforman el capítulo III, “Del presupuesto”, Título XII, “Del régimen económico y de la Hacienda Pública”, en la Constitución; y además, dice textualmente la parte pertinente de su inciso segundo:

“El gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro...”

La Sala concluye que tanto por su ubicación en el contexto de la Carta como por la precisión en el uso de los términos, la expresión “recursos de los respectivos presupuestos” no pudo ser más explícita en cuanto a la intención del constituyente de restringir el fomento de actividades particulares a la disponibilidad de apropiaciones que sólo pueden haber sido decretadas por ley anterior y destinadas para cumplir el plan de desarrollo. En últimas se trata de que los recursos públicos que pueden comprometerse en los contratos autorizados por el artículo 355 son exclusivamente de naturaleza dineraria, pues a éstos corresponden las fuentes de ingresos relacionadas en la ley orgánica del presupuesto cuando desarrolla las normas constitucionales referentes al presupuesto de rentas. Para el nivel nacional dice el decreto 111 de 1996⁵⁹⁰:

“Artículo 11: El presupuesto general de la Nación se compone de las siguientes partes:

“a) El presupuesto de rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; de las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del presupuesto, de los fondos especiales, los recursos de capital y los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional; ...”.

Del análisis precedente aplicado al caso ahora en estudio ha de concluirse que como el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural es parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el nivel nacional, es destinatario de la prohibición contenida en el inciso primero del artículo 355 de la Constitución Política; y tampoco puede acudir a la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del mismo artículo 355 superior, para transferir a título gratuito, a particulares, los bienes que en desarrollo de sus objetivos y funciones ha

589 Decreto 777/92, Art. 7º. “Antes de la celebración de los contratos se deberá expedir un “Certificado de Disponibilidad Presupuestal” suscrito por el Jefe de Presupuesto o quien haga sus veces en el organismo o entidad contratante, en el cual conste que dichos compromisos están amparados con apropiación presupuestal disponible.” / Art. 14º. “Los contratos a que se refiere el presente Decreto estarán sujetos al respectivo registro presupuestal y al control fiscal posterior por parte de las respectivas Contralorías en los términos establecidos en los artículos 267, 268 y 272 de la Constitución Política.”

590 Decreto 111 de 1996, “Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto”.

adquirido con recursos públicos, puesto que, de acuerdo a las descripciones hechas en la consulta, los bienes que serían objeto de transferencia no son “recursos presupuestales”.

Para concluir este punto, la Sala señala que los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre las posibilidades de excepción a la prohibición del artículo 355 de la Carta, no pueden ser citados dejando de lado la norma legal y los argumentos que en cada caso sustentan la decisión correspondiente.

Así, la sentencia C-506 de 1994, versa sobre algunos de los artículos del decreto ley 393 de 1991, que forma parte de la legislación especial sobre ciencia y tecnología, y en particular regula la “asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías”, entre el sector público y el sector privado, bajo dos modalidades: creación de personas jurídicas con y sin ánimo de lucro, o la celebración de convenios especiales de cooperación; en ambos casos, se autoriza a las entidades públicas a hacer aportes en “dinero, en especie o de industria, entendiéndose por aportes en especie o de industria, entre otros, conocimiento, patentes, material bibliográfico, instalaciones, equipos y trabajo de científicos investigadores, técnicos y demás personas que el objeto requiera”; estos aportes son en el primer caso, para la persona jurídica que se crea, y en el segundo, para el desarrollo del convenio; ciertamente no configuran excepción alguna a la prohibición del artículo 355 constitucional.

La sentencia C-922-00 hace referencia a “recursos presupuestales”, porque resolvió sobre las objeciones al proyecto de ley “POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA LA EMISION DE LA ESTAMPILLA PRO-HOSPITALES UNIVERSITARIOS”; autorización que se daba a las “*Asambleas Departamentales en cuyo territorio funcionen Hospitales Universitarios para que ordenen la estampilla “Pro-Hospitales Universitarios...”*”, con lo cual se estaba creando un tributo, es decir, generando una fuente de recursos dinerarios.

La sentencia C-205-95, estudió la exequibilidad de los artículos 16 y 17 que en la ley 41 de 1993, relativa al “subsector de adecuación de tierras”, crearon el Fondo Nacional de Adecuación de Tierras como “cuenta separada en el presupuesto del Himat”, es decir, un Fondo que se integraba con “recursos presupuestales”; y los artículos 25 y 34, de la misma ley 41 de 1993, que, respectivamente, consagraron un subsidio para los pequeños productores usuarios de los distritos de adecuación de tierras y una exención de valorización para las obras de adecuación que mejoraran las actividades agropecuarias, vale decir, también se trató de recursos presupuestales.

Basta agregar que son múltiples las sentencias de la Corte Constitucional⁵⁹¹ que clarifican la viabilidad de los subsidios, no obstante la prohibición del artículo 355 de la Carta, por cuanto ellos, como dice la sentencia C-205-95, “cumplen diversos fines, todos ellos vinculados a deberes que la Constitución asigna al Estado”, deben estar regulados en la ley, y destaca la Sala, son “recursos presupuestales” asignados para atender debidamente los servicios públicos.

591 Cfr., vía ejemplo, C-316-95, sobre aportes en fundaciones y convenios de cooperación para ciencia y tecnología; C-254-96, sobre subvenciones y medidas compensatoria en comercio exterior; C-152-99, política de subsidios en materia de pensiones para gestores de cultura; C-022-04, que hace un recuento sobre la historia de los auxilios parlamentarios, su prohibición y la autorización para impulsar programas y actividades de interés público con recursos del presupuesto nacional y en armonía con los planes de desarrollo; C-922-06, sobre aplicación del artículo 355 de la Carta a empresas industriales y comerciales del Estado con régimen de derecho privado.

2. La normatividad aplicable al caso consultado

La consulta hace referencia a “maquinaria y equipo, equipos científicos para investigación, muebles y enseres, equipos de computación, entre otros”, como los bienes que serían objeto de transferencia a título gratuito; asume entonces la Sala, que se trata, en todos los casos, de la enajenación de bienes muebles.

Excluida como queda la posibilidad del título gratuito a la luz del artículo 355 de la Carta, de acuerdo con lo expuesto en el punto anterior, la enajenación debe regirse por las normas comunes de la contratación administrativa.

Al respecto, la ley 1150 de 2007, al modificar los procedimientos de selección del contratista particular regulados en la ley 80 de 1993, estableció el de la “selección abreviada” y lo definió como “la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual”, e incluyó como una de las causales para su procedencia, “la enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995.”⁵⁹²

Obsérvese que la norma del régimen contractual comprende tanto los bienes muebles como los inmuebles, y exceptúa únicamente las acciones y derechos de naturaleza societaria de los cuales sea titular el Estado, por cuanto ellos por disposición constitucional tienen regulación legal especial.⁵⁹³

El artículo 2º, numeral 2, literal e) de la ley 1150 de 2007, al incluir como causal de selección objetiva la enajenación de los bienes del Estado, con la excepción mencionada, determinó algunos elementos como la posibilidad de subasta u otra modalidad que garantice “la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva”, los mecanismos para fijar el valor base de la enajenación, y remitió a la reglamentación que expidiera el gobierno nacional, la cual está contenida en el decreto 4444 de 2008.

Se manifiesta en la consulta la opinión del Ministerio en el sentido de que el artículo 21 del decreto 4444 de 2008, en cita, permite interpretar que el procedimiento de selección objetiva sería aplicable solamente a “aquellos bienes utilizados permanentemente por la Entidad requeridos para su normal funcionamiento y uso constante...”.

El referido artículo 21 da inicio al “TÍTULO VI Reglas especiales para la enajenación de bienes muebles”, del decreto 4444 de 2008, y es su tenor el siguiente:

“Artículo 21. Enajenación de bienes muebles a título gratuito entre entidades públicas.

“Para efectos de la enajenación de bienes muebles, las entidades públicas realizarán un inventario de los bienes que ya no estén utilizando o necesitando, los cuales podrán ser ofrecidos inicialmente a título

592 Ley 1150 de 2007 (julio 16) “por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación de Recursos Públicos.” Cfr. Art. 2º: “De las modalidades de selección. /.../ 1. Licitación pública...2. Selección abreviada... e) La enajenación de bienes del Estado...”

593 C. P., Art. 60; y ley 226 de 1995 (diciembre 20) “por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones.”

gratuito, a todas las entidades públicas de cualquier orden, mediante publicación en su página web del acto administrativo motivado que contenga el inventario.

“La entidad interesada en la adquisición de estos bienes por enajenación a título gratuito, deberá manifestarlo por escrito dentro de los treinta (30) días calendario contados a partir de la fecha de publicación del inventario. En dicha manifestación la entidad señalará la necesidad del bien para el cumplimiento de sus funciones y las razones que justifican la solicitud.

“En el evento de existir dos o más manifestaciones de interés de diferentes entidades, por uno o varios bienes muebles, se entregará a aquella que hubiere manifestado primero su interés.

“Designada la entidad a la cual se entregarán los bienes, se procederá a realizar un acta de entrega que suscribirán los representantes legales de las entidades involucradas y se entregarán materialmente los bienes muebles en un término no mayor a treinta (30) días calendario, contados a partir de la suscripción del acta de entrega.

“Respecto de los bienes muebles sujetos a registro, se aplicarán las reglas contenidas en el presente decreto respecto de los bienes inmuebles.”

La norma reglamentaria transcrita hace referencia a los “bienes muebles” que las “entidades públicas” “ya no estén utilizando o necesitando”, para que, con el procedimiento allí mismo indicado, se ofrezcan a las demás entidades públicas que puedan requerirlos, caso en el cual, la transferencia será a título gratuito.

La expresión: “ya no estén utilizando o necesitando”, denota un tiempo presente en el cual unos bienes no son útiles o no se requieren; pero no indica un término temporal determinado ni determinable durante el cual pudieron usarse o ser necesarios.

En las razones expresadas por el Ministerio relativas al origen de los bienes muebles a los que se contrae la consulta, se señala de manera clara que fueron bienes útiles y necesarios para la realización de los objetivos y las funciones del Ministerio, a través de contratos y convenios. En la práctica, dichos bienes quedan atados a unos objetos contractuales, de manera que es la vigencia del contrato o convenio la que determina el uso y la necesidad de tales bienes específicos y también los agota.

Los criterios de “uso” y “necesidad”, se relacionan con los objetivos y las funciones de las entidades públicas, sea que se realicen por éstas directamente o por contratistas, delegatarios, asociados o personas jurídicas en las que participen las entidades.

Además, el Título VI del decreto reglamentario 4444 de 2008, se ocupa de las “Reglas especiales para la enajenación de bienes muebles”, sin introducir clasificaciones ni distinciones respecto de los “muebles” a que se refiere. Lo que prevé el título en comento es un procedimiento de enajenación que inicia con la posibilidad de la transferencia gratuita entre entidades públicas, y continúa, en los artículos 22 y 23, regulando las condiciones bajo las cuales procede la enajenación onerosa de los mismos bienes muebles, tratando de manera separada los que se clasifican como intangibles, para efectos del precio mínimo de venta.

Ahora bien, como se señaló atrás, el artículo 2º, numeral 2, literal e) de la ley 1150 de 2007 ordena el trámite de la selección abreviada para la venta de los bienes de propiedad de las entidades estatales, exceptuando únicamente los regulados por la ley 226 de 1995,

es decir, salvo esta excepción, todos los bienes, muebles e inmuebles, de las entidades estatales, están comprendidos en el literal e) del artículo mencionado.

La lectura del texto completo del decreto 4444 de 2008 e inclusive del artículo 21 tomado aisladamente, no muestra que el gobierno nacional haya introducido criterios con base en los cuales se reduzca el universo de bienes públicos cuya enajenación, según la ley, deba hacerse mediante el procedimiento de selección abreviada y las reglas que lo rijan.

En consecuencia, con aplicación del artículo 21 del decreto 4444 de 2008, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural deberá ofrecer a todas las entidades públicas, la cesión gratuita de aquellos bienes muebles que no requiera para su uso o no le sean necesarios; concluida esta etapa, los bienes que aún le queden deberán ser enajenados bajo el procedimiento de selección abreviada.

Con base en las premisas anteriores,

LA SALA RESPONDE:

“1. Puede el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural transferir a título gratuito a entidades públicas descentralizadas de primer y segundo orden, Universidades, asociaciones sin ánimo de lucro, federaciones, corporaciones y particulares ejecutores de proyectos específicos enmarcados en la Constitución Nacional los equipos, maquinaria, muebles y elementos adquiridos en desarrollo del objeto contractual?”

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural puede, a título gratuito, transferir a las entidades públicas descentralizadas de primer y segundo orden, a las universidades públicas, y en general a las entidades estatales nacionales y territoriales, los bienes muebles adquiridos para el desarrollo de objetos contractuales, y que han dejado de ser útiles o necesarios para el Ministerio. Para ello dará aplicación al artículo 21 del decreto 4444 de 2008, reglamentario de la ley 1150 de 2007.

También puede el Ministerio transferir la propiedad de los mismos bienes, a título oneroso, a las personas de derecho privado que concurran a los procesos de selección objetiva regulados en los artículos 22 y 23 del mismo decreto reglamentario 4444 de 2008.

“2. ¿En caso afirmativo cuál es el procedimiento que debe adoptar el Ministerio de Agricultura y Desarrollo rural para transferir estos bienes en forma directa a los ejecutores sin violar el artículo 21 del Decreto 4444 de 2008?”

De conformidad con la respuesta precedente y los fundamentos expuestos, el único procedimiento para la transferencia a título gratuito de la propiedad de los bienes muebles que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural ha adquirido en desarrollo de contratos y convenios mediante los cuales ejecuta sus objetivos y funciones, es el previsto en el artículo 21 del decreto reglamentario 4444 de 2008, en armonía con el artículo 2º, numeral 2º, literal e) de la ley 1150 de 2007.

Transcríbase al señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

11. Enajenación a título gratuito de bienes muebles adquiridos con recursos públicos. Reiteración

Radicado 1977(Aclaración)

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Fecha: 08/07/2010

Levantamiento de la reserva mediante oficio del 27 de julio de 2011

El Señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural Dr. Andres Darío Fernández Acosta, solicita una aclaración al concepto del 11 de diciembre de 2009, Rad. 1977, emitido por esta Sala. Las preguntas que le fueron formuladas a la Sala de Consulta y Servicio Civil y las respuestas dadas se transcriben a continuación, con el fin de proceder a exponer enseguida la solicitud de aclaración ahora pedida. Dicen así:

“1. ¿Puede el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural transferir a título gratuito a entidades públicas descentralizadas de primer y segundo orden, Universidades, asociaciones sin ánimo de lucro, federaciones, corporaciones y particulares ejecutores de proyectos específicos enmarcados en la Constitución Nacional los equipos, maquinaria, muebles y elementos adquiridos en desarrollo del objeto contractual?”

Se respondió: “El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural puede, a título gratuito, transferir a las entidades públicas descentralizadas de primer y segundo orden, a las universidades públicas, y en general a las entidades estatales nacionales y territoriales, los bienes muebles adquiridos para el desarrollo de objetos contractuales, y que han dejado de ser útiles o necesarios para el Ministerio. Para ello dará aplicación al artículo 21 del decreto 4444 de 2008, reglamentario de la ley 1150 de 2007.

“2. ¿En caso afirmativo cuál es el procedimiento que debe adoptar el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para transferir estos bienes en forma directa a los ejecutores sin violar el artículo 21 del Decreto 4444 de 2008?”

Se respondió: De conformidad con la respuesta precedente y los fundamentos expuestos, el único procedimiento para la transferencia a título gratuito de la propiedad de los bienes muebles que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural ha adquirido en desarrollo de contratos y convenios mediante los cuales ejecuta sus objetivos y funciones, es el previsto en el artículo 21 del decreto reglamentario 4444 de 2008, en armonía con el artículo 2º, numeral 2º, literal e) de la ley 1150 de 2007.

En relación con el concepto dado, el Sr. Ministro expresa que las normas de ciencia y tecnología, Decreto ley 591 de 1991 y Decreto ley 393 de 1991 permiten a la Nación y a sus entidades descentralizadas cofinanciar proyectos con particulares y otras entidades públicas para desarrollar actividades científicas y tecnológicas, donde se adquieren bienes muebles que seguirán siendo utilizados por los ejecutores en estas mismas actividades y cuya propiedad ha quedado en cabeza del Ministerio. Entonces, se “requiere aclarar si los bienes adquiridos en proyectos cofinanciados pertenecen a los ejecutores y en consecuencia el Ministerio debe transferirlos a título gratuito a los ejecutores, debido

a que los proyectos fueron ejecutados en forma satisfactoria y son requeridos por el ejecutor para continuar con las actividades que dieron origen al proyecto.”

Agrega que para aplicar el artículo 21 del decreto 4444 de 2008, tratándose de bienes adquiridos en proyectos no cofinanciados de ciencia y tecnología,... “es necesario solicitar **aclaramiento en el sentido de** si la invitación debe extenderse a todas las entidades públicas o si puede el Ministerio circunscribir la invitación a las entidades y empresas ejecutoras de los proyectos, que son las que continúan utilizándolos y se trata de bienes no requeridos para el funcionamiento del Ministerio.”

La Sala realizó una audiencia con los funcionarios del Ministerio con el fin de aclarar el alcance de la nueva solicitud, en la que se expuso que en los contratos de ciencia y tecnología ya ejecutados y liquidados, los bienes adquiridos por los contratistas ejecutores pasaron a ser propiedad del Ministerio de Agricultura, los tiene inventariados, y en casi todos los casos los entregó en comodato a los ejecutores, unos de ellos son universidades públicas u otras entidades del Estado, y otros son organismos particulares que habían desarrollado con los mismos bienes la actividad científica objeto del convenio. En la audiencia además se expuso la indefinición que existe en relación con los bienes que se están adquiriendo para los contratos en ejecución.

Son, en síntesis tres situaciones: la de los bienes adquiridos por el Ministerio en los contratos ya liquidados que han sido dados en comodato a universidades y entidades públicas, la de los bienes dados en comodato a particulares, y la de los bienes adquiridos en los contratos que se encuentran en ejecución.

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

Para responder, la Sala advierte que en una consulta radicada en la Secretaría bajo el número interno 2.007, se pregunta sobre la propiedad de los bienes y equipos adquiridos por los ejecutantes para desarrollar proyectos de ciencia y tecnología, en los contratos que se encuentran en ejecución o aún no han sido liquidados, por lo cual, la Sala remite al Ministerio a consultar el concepto respectivo. En la presente aclaración se referirá únicamente a la posibilidad de venta de los bienes muebles de propiedad del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, incluyendo los entregados en comodato a entidades públicas y privadas.

Ante todo, la Sala reitera los argumentos expuestos en el concepto del 11 de diciembre de 2009, con los siguientes comentarios adicionales:

El inciso 1° del artículo 21 del decreto 4444 de 2008 ordena a las entidades públicas realizar un inventario de los bienes que no utiliza ni necesita, para ofrecerlos a título gratuito a las demás entidades públicas, “mediante publicación en su página Web del acto administrativo motivado que contenga el inventario”.

Esta forma de publicidad se debe cumplir de manera estricta como lo señala la norma pues los términos de ésta no dan otra posibilidad. Sin embargo, dado que los bienes fueron entregados a título de comodato, que si bien es revocable en cualquier tiempo, por respeto al principio de la confianza legítima, es necesario que el Ministerio le avise a los tenedores de dichos bienes que está adelantando el respectivo proceso, para que

se presenten, bien a solicitarlos a título gratuito, si son entidades públicas, o bien para ofrecer su compra, si son particulares.

No obstante, como en el inciso 2° del artículo 21 del decreto 4444 en estudio, se exige que la entidad interesada justifique su solicitud y señale que necesita el bien para el cumplimiento de sus funciones, es claro que el Ministerio en el proceso de selección, cuenta con elementos suficientes para adjudicar de manera que pueda garantizarse la continuidad de la destinación original de los bienes. Dicho de otra forma, si bien el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural no requiere de esos bienes para el desarrollo de las actividades que le son propias, tanto las universidades como las demás entidades públicas que los tienen en comodato, efectivamente los requieren para seguir desarrollando el objeto del contrato que habían celebrado, de manera que la justificación para adjudicarles tales bienes a sus antiguos contratistas ejecutores es más que razonable, y de esa manera puede trasladar la propiedad sobre los mismos.

En relación con los bienes dados a particulares, si el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural decide venderlos deberá seguir los trámites del decreto 4444 de 2008; no hay forma de entregarlos a título gratuito a los particulares, pues se trataría de una donación no autorizada por la ley.

CON BASE EN LAS PREMISAS ANTERIORES,

La Sala reitera el contenido del concepto emitido el 11 de diciembre de 2009 bajo la radicación número 1977, en cuanto a que la enajenación a título gratuito u oneroso de los bienes muebles a los que se refiere la consulta, se rige por el decreto 4444 de 2008.

Transcribese al Señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Consejero. AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS, Secretaria de la Sala

12. Administración de los fondos parafiscales. Incrementos salariales pagados con recursos de los fondos

Radicado 2000

Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Fecha: 08/07/2010

Levantamiento de la reserva mediante oficio del 7 de diciembre de 2010

El señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, consulta a la Sala sobre los incrementos salariales que pueden realizarse con cargo a los recursos de los fondos parafiscales.

Citando jurisprudencia de la Corte Constitucional, alude a la naturaleza jurídica de los Fondos Parafiscales indicando que son cuentas especiales, sin personería jurídica, creados

por virtud de ley para el manejo de los recursos provenientes del recaudo de las contribuciones parafiscales que la misma ley consagra y que revierten en beneficio del sector que las genera.

Afirma que por tratarse del manejo de recursos públicos, la ley ha regulado la materia, citando para el efecto el artículo 30 de la ley 101 de 1993, donde se establece que la administración y recaudo de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras se realizará por la entidad gremial que sea representativa del respectivo sector, previo contrato celebrado con el Gobierno Nacional.

Manifiesta que actualmente se encuentran vigentes 14 contratos de administración de fondos parafiscales celebrados entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y las entidades gremiales representativas del sector⁵⁹⁴, y que dichas entidades han contratado personal con cargo a los recursos de los fondos con el fin de dar cumplimiento a ciertas actividades que tienen origen en los respectivos contratos de administración.

Informa que en los contratos de administración se pactó una cláusula en la que se establece expresamente que no se genera relación laboral alguna entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el personal que emplee la entidad gremial para la ejecución del contrato. Igualmente se dejó establecido que compete de manera exclusiva a la entidad gremial la responsabilidad del personal que vincule para la ejecución de los contratos y, por ende, el pago de salarios, prestaciones sociales y de seguridad social correspondientes, si las hubiere.

Luego de citar el artículo 9º del decreto reglamentario 2025 de 1996, manifiesta que dicha norma *“permite que se cancelen eventualmente con dineros de los Fondos Parafiscales gastos administrativos como el recaudo, control y sistematización de la cuota parafiscal”*.

Agrega que es claro que la persona que contrate la entidad gremial, única y exclusivamente puede desempeñar funciones que estén contempladas como gastos administrativos conforme al decreto en mención, ya que si desarrolla otras actividades no clasificadas como gastos administrativos, no será posible cubrirlos con recursos del Fondo, y su remuneración deberá provenir directamente de la entidad administradora.

Sostiene que el artículo 8º del mencionado decreto consagró que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural emitiría un instructivo para la elaboración y ejecución del presupuesto de Inversiones y gastos de los fondos parafiscales agropecuarios y pesqueros. En cumplimiento de dicha norma se expidió la Resolución 9554 de 2000 y en ella se señaló el alcance de lo que debe entenderse por gastos administrativos. Asimismo al determinar cuáles gastos de personal de funcionamiento podían ser asumidos con recursos de los Fondos consagró: *“Las Entidades administradoras de las contribuciones parafiscales deberán presentar al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural la planta de personal administrativa y Técnica que labora para el Fondo identificando el cargo que ocupa, la asignación mensual, prestaciones sociales y aportes parafiscales de cada empleado.*

594 Según la información que se suministra en la consulta, los contratos de administración de Fondos Parafiscales vigentes son los del “Fondo Nacional del Algodón, Arroz, Avícola, Cacao, Caucho, Cerealista, Frijol Soya, Ganado, Hortifrúcticola, Leguminosas, Palma, Panela, Porcicultura y Tabaco”.

Cualquier modificación a esta planta de personal e incremento salarial deberá ser autorizado por el órgano máximo de dirección”.

De esta manera, el Ministerio considera que el incremento salarial de la planta de personal cubierto con recursos de los Fondos Parafiscales debe ser previamente aprobado por el órgano máximo de dirección de cada uno de los Fondos, en la medida en que constituye un gasto de funcionamiento, y no es consecuencia de una decisión unilateral de la entidad gremial. Lo anterior, sin perjuicio de considerar que la entidad gremial es el empleador de la planta de personal que contrate para efectos de dar cumplimiento a la administración idónea del Fondo de Fomento que tenga a su cargo, y la llamada a proponer el valor a incrementar en los salarios del personal.

Estima el señor Ministro que el Comité Directivo de los Fondos no puede supeditar la aprobación del incremento de los salarios del personal que se contrate con cargo a sus recursos, al aumento que realice la entidad gremial a los empleados de su propia planta de personal, pues lo anterior implicaría un desconocimiento de la facultad del órgano máximo de administración, y por el contrario una manera de imponer por parte de la entidad gremial una decisión a dicho órgano.

Afirma que en la práctica se han presentado casos en los que existe diferencia entre el aumento salarial otorgado por la entidad gremial a sus empleados, que son cancelados con recursos propios, con el valor que se aprueba incrementar a aquellos que son cancelados con recursos del fondo parafiscal, lo que lleva a que un mismo empleador en determinados momentos realice un aumento diferente a sus empleados, generándose dudas sobre este particular; planteando a la Sala, en consecuencia, los siguientes interrogantes:

“1 ¿Deben los órganos máximos de los Fondos Parafiscales presididos por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural recomendar o autorizar el incremento salarial para trabajadores cancelados con cargo a los recursos de los Fondos Parafiscales?”

“2 ¿La entidad gremial como administradora de la cuota parafiscal, tiene autonomía para definir el monto a aplicar en los incrementos salariales de los trabajadores con cargo a los recursos de los Fondos Parafiscales?”

“3 ¿El aumento salarial de los trabajadores de los Fondos Parafiscales debe corresponder al aumento autorizado por el gremio a sus trabajadores o al autorizado por el máximo órgano de dirección del Fondo Parafiscal?”

Con posterioridad a la presentación de la consulta y con el fin de ilustrar la motivación de la misma, se celebró el día 24 de junio de 2010 una audiencia con el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

1. Consideración previa.

Es preciso recordar que mediante concepto 748 del 29 de noviembre de 1995, la Sala absolvió una consulta del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural relacionada con los

contratos celebrados entre esa Cartera y las entidades gremiales agropecuarias, que tenía por objeto *“definir, concretamente, si los gastos de administración correspondientes a dichos contratos deben ser asumidos con los recursos que destina cada Fondo de Fomento durante la correspondiente vigencia para el cumplimiento de su objetivo legal, o, con cargo al porcentaje determinado como contraprestación por el recaudo y administración de las cuotas, previsto en las normas legales pertinentes y en el texto del contrato”*.

Dada su pertinencia para los fines del concepto ahora solicitado, resulta de utilidad transcribir textualmente los interrogantes formulados en esa oportunidad:

“Los gastos administrativos generados como consecuencia de la administración que, a través de contratos suscritos con este Ministerio corresponde efectuar a las respectivas Federaciones sobre los recursos provenientes del pago de las cuotas de fomento referidas en esta consulta, deben sufragarse:

¿Con cargo al porcentaje de la contraprestación que se estipule en el correspondiente contrato celebrado con la entidad administrativa ?, o

¿Deben ser asumidos con cargo a los demás recursos recaudados por el Fondo diferentes del monto de la contraprestación estipulada?, o

¿Pueden ser asumidos con cargo a la contraprestación y a los demás recursos del Fondo?”.

La Sala respondió:

“Los gastos administrativos para la administración de los Fondos de Fomento, derivados de la ejecución de los contratos que se celebran por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural con las

correspondientes asociaciones (federaciones) del sector agropecuario y cuyo objeto consiste en la recaudación y administración de cuotas de fomento, deben atenderse únicamente con cargo al porcentaje de contraprestación pactada en el respectivo contrato.

Por consiguiente, los gastos de administración no podrán ser asumidos con cargo a los demás recursos recaudados por el Fondo, diferentes del monto de la contraprestación estipulada; ni tampoco con cargo a la contraprestación pactada sumada a otros recursos del Fondo”.

El objeto concreto de la consulta que con este concepto se absolverá, según los antecedentes y preguntas formuladas, alude a las relaciones laborales que surgen con ocasión de la ejecución de los contratos de administración celebrados con las entidades gremiales agropecuarias para el recaudo y manejo de los recursos parafiscales creados por ley para beneficio del respectivo sector.

La conclusión a la que llegó la Sala en el concepto 748 servirá de base para resolver la presente consulta, ratificándose el alcance del aludido concepto.

2. Las contribuciones parafiscales

Régimen constitucional y legal

La Constitución Política dispone que corresponde al Congreso *“establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las*

condiciones que establezca la ley” (art. 150-12) y, agrega, que “en tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales...” (art. 338).

Por su parte, el artículo 29 del Decreto 111 de 1996, que compila las leyes orgánicas de presupuesto números 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, las define así:

“Artículo 29.- Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. **El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.**

Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que formen parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración”. (Destaca la Sala).

Características

A partir de su consagración constitucional y legal, así como de su desarrollo jurisprudencial⁵⁹⁵, esta Sala tanto en el concepto 748 de 1995 como con posterioridad al mismo⁵⁹⁶ ha señalado las notas características de las contribuciones parafiscales, cuya síntesis es la siguiente:

- i. El Congreso de la República las puede establecer excepcionalmente, en los casos y bajo las condiciones que señale la ley.
- ii. Gravan sólo a un determinado y único grupo social o económico, y no de manera general a toda la población;
- iii. Los recursos, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable, se destinarán exclusivamente al objeto previsto en la ley que establezca la respectiva contribución;
- iv. Los recursos se utilizan para beneficio del propio sector gravado⁵⁹⁷, conforme a la destinación especial indicada por la ley que impone la contribución; es decir, es un gravamen con destinación específica.
- v. Por mandato de la ley orgánica de presupuesto, el manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea, la cual puede determinar que se haga por organismos o entidades públicas o privadas, directamente o mediante un contrato especial;

595 CORTE CONSTITUCIONAL: Pueden verse, entre otras, las sentencias C-004 de enero 14 de 1993, C-040 de febrero 11 de 1993, C-465 de octubre 21 de 1993, C-490 de octubre 28 de 1993, C-308 de julio 7 de 1994, C-360 de agosto 11 de 1994, C-376 de agosto 24 de 1995, C-545 de diciembre 1 de 1994, C-191 de mayo 8 de 1996, C- 369 de agosto 14 de 1996, C-105 de marzo 6 de 1997, C-152 de marzo 19 de 1997, C – 1067 de diciembre 3 de 2002.

596 Cfr. entre otros, conceptos 914 de diciembre 16 de 1996, 1156 de noviembre 11 de 1998, 1256 de marzo 2 de 2000, 1357 de junio 14 de 2001, 1421 de junio 6 de 2002, 1483 de febrero 20 de 2003 y 1919 de septiembre 4 de 2008..

597 En la sentencia C-004/93 la Corte Constitucional afirmó que las contribuciones parafiscales eran “para ser invertidas en el propio sector, con exclusión del resto de la sociedad”. Sin embargo, en la sentencia C-152/97 precisó: “La destinación exclusiva en favor del grupo, gremio o sector que tributa los recursos parafiscales, no impide que se beneficien personas que no pertenecen a él”.

- vi. Los recursos recaudados no ingresan al erario público, esto es, no forman parte de los ingresos corrientes de la Nación, y los rendimientos que produzcan no quedan comprendidos dentro de los recursos de capital del presupuesto de la Nación;
- vii. Se pueden imponer a favor de entidades u organismos públicos o privados, encargados de cumplir la destinación específica señalada en la contribución.
- viii. Aunque no forman parte del presupuesto general de la Nación, en caso de ser administrados por un órgano que sí forma parte de aquél, se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía, sin que ello modifique su origen y destinación.

Las contribuciones parafiscales tienen, con los impuestos y las tasas, los siguientes elementos comunes: a) se imponen por ley; b) son gravámenes obligatorios; c) son recursos públicos; d) están sometidas al control fiscal por parte de la Contraloría General de la República.

Ahora bien, como se señaló en el punto 1 de este concepto, estima la Sala que el énfasis en el presente caso gira en torno a la administración de los recursos parafiscales sobre productos de origen agropecuario⁵⁹⁸ y las posibles relaciones laborales que se den en el marco de esa administración. En este sentido, la definición que trae la ley 101 de 1993⁵⁹⁹, es concordante con la prevista en el artículo 29 del Estatuto General de Presupuesto, transcrita al comienzo de este punto, y confirma las características generales expuestas. Ciertamente, el artículo 29 de la ley 101 dispone lo siguiente:

*“ARTÍCULO 29. **Noción** Para los efectos de esta Ley, son contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras las que en casos y condiciones especiales, por razones de interés general, impone la ley a un subsector agropecuario o pesquero determinado para **beneficio del mismo**.*

Los ingresos parafiscales agropecuarios y pesqueros no hacen parte del Presupuesto General de la Nación”. (Se resalta)

Pasará la Sala entonces a señalar la manera como prevé la ley la administración de los recursos parafiscales sobre productos de origen agropecuario, el contrato celebrado para tal fin y la ejecución del mismo.

3. La administración de las contribuciones parafiscales

Como lo dispone el artículo 29 del decreto 111 de 1996, el manejo, administración y ejecución de los recursos parafiscales *“se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella”*. Así las cosas, el estudio

598 Actualmente existen contribuciones parafiscales sobre los siguientes productos de origen agropecuario: cuota de fomento arrocero (leyes 101 de 1963 y 67 de 1983), cuota de fomento algodonero (ley 219 de 1995), cuota de fomento cacaoero (leyes 31 de 1965, 67 de 1983 y 321 de 1996), la contribución cafetera (creada por la ley 76 de 1927 y regida actualmente por la ley 9ª de 1991), cuota de fomento cerealista (leyes 51 de 1966 y 67 de 1983), cuota de fomento de frijol soya (Ley 114 de 1994, ley 67 de 1983), cuota de fomento ganadero y lechero (ley 89 de 1993), cuota de fomento hortifrutícola (ley 118 de 1994), cuota de fomento de leguminosas de grano diferentes del frijol soya (ley 114 de 1994, dicha ley remite a la 67 de 1983), cuota para el fomento de la agroindustria de la palma de aceite (ley 138 de 1994), cuota de fomento panelero (ley 40 de 1990), cuota de fomento porcino (ley 272 de 1996). De hecho, “es en el campo agropecuario donde mayor generalización viene teniendo el concepto de contribuciones parafiscales (...) con miras a fortalecer la investigación tecnológica, la comercialización y la sistematización de procesos agrícolas...”, tal como sostiene Restrepo Salazar, Juan Camilo en “Hacienda Pública” Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., Sexta Edición. Pág. 272.

599 “Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero”. Diario Oficial No. 41.149 de diciembre 23 de 1993.

de las normas que regulan las contribuciones parafiscales más relevantes, llevó a la Sala a afirmar en el concepto número 1103 de junio 18 de 1998, que pueden distinguirse tres sistemas de administración para estos recursos:

- a. Por entidades públicas, entre ellas, el Instituto de Seguros Sociales –ISS- y el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA.
- b. Por entidades privadas sin celebración de contrato con el Estado, como es el caso de las Cajas de Compensación Familiar que para tal efecto y de conformidad con el artículo 3º del decreto 1521 de 1957, deben “ser organizadas en forma de corporaciones, y obtener personería jurídica”; y las Empresas Promotoras de Salud, que administran el régimen contributivo.
- c. Por entidades privadas que celebran un contrato especial con el Estado para administrarlas mediante una cuenta especial o fondo sin personería jurídica, como ocurre con las asociaciones gremiales agropecuarias (Federación Nacional de Cafeteros, Federación Nacional de Arroceros, Federación Nacional de Cerealistas, Federación Nacional de Cacaoteros, Federación Nacional de Algodoneros, Federación Nacional de Ganaderos, Federación Nacional de Avicultores, entre otras), y en un caso por una Cooperativa, como lo es la Agropecuaria de Ginebra Limitada, COAGRO, a la cual le corresponde la administración de la cuota correspondiente al frijól soya.

Lo expuesto sobre la administración de las contribuciones de origen agropecuario por parte de entidades privadas, es plenamente concordante con el artículo 30 de la ley 101 de 1993, a saber:

*“ARTÍCULO 30. **Administración y recaudo.** La administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras se realizará directamente por las entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria o pesquera determinada y que hayan celebrado un **contrato especial** con el Gobierno Nacional, sujeto a los **términos y procedimientos** de la ley que haya creado las contribuciones respectivas...”. (Se resalta)*

Al respecto, la Corte Constitucional sostuvo en la sentencia C – 678 de 1998, lo siguiente:

*En este orden de ideas, dada la naturaleza excepcional de los recursos parafiscales, cuando el Congreso crea una renta de carácter parafiscal, debe señalar su régimen, lo cual implica que regule su administración, recaudo e inversión, tanto más, que su excepcionalidad no las despoja de su **naturaleza pública**, por lo que es perfectamente válido que el legislador al expedir la ley que las establece determine **con todo detalle las condiciones, modalidades y peculiaridades de esa administración** de recursos públicos por parte de los particulares”. (La negrilla es de la Sala)*

En consecuencia, de conformidad con el Estatuto Orgánico del Presupuesto compilado en el decreto 111 de 1996 y lo dispuesto en la ley 101 de 1993, el manejo, administración, recaudo y ejecución de los recursos parafiscales agropecuarios y pesqueros “se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella”, así como en lo estipulado en los *contratos especiales de administración* que, con base en tales leyes, celebren las entidades gremiales con el Gobierno Nacional.

Obsérvese que la previsión normativa referida a la destinación exclusiva de las contribuciones parafiscales, hace parte de la esencia de la noción explicada en el punto 2 de este concepto, en la medida en que, se insiste, los recursos recaudados deben ser aplicados al objeto previsto en la ley para los mismos. Es por ello que también la ley se ocupa de la administración de los recursos, la cual estará sujeta a un contrato especial (calificación legal) celebrado con el Gobierno Nacional.

Los contratos especiales de administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias, se encuentran sometidos a las reglas del derecho público, no solamente por tratarse del manejo de recursos que tienen esa naturaleza por parte de los particulares, sino porque como lo ha señalado la Corte Constitucional, *“en esta clase de contratos interviene el órgano legislativo en su proceso de celebración, mediante la expedición de leyes que en forma previa autorizan al ejecutivo para acordar y perfeccionar los contratos”*⁶⁰⁰. Además, el artículo 30 de la ley 101 de 1993, establece que respecto de tales contratos procede la declaratoria de caducidad, previsión que es propia de los contratos estatales regulados por la ley 80 de 1993.

Ahora, como quiera que el análisis específico sobre la administración de cada uno de los fondos parafiscales existentes, implica acudir a la ley de su creación y al contrato correspondiente, circunstancia que excedería los alcances del presente concepto, a título ilustrativo, para mayor comprensión del problema planteado y de las previsiones Constitucionales y legales sobre el manejo de estos fondos, la Sala parte del examen de la administración y objetivo o destino de dos tipos de cuotas parafiscales: (i) la Cuota de Fomento Cerealista y (ii) la Cuota de Fomento Avícola, cuyos contratos fueron remitidos al Despacho del Consejero Ponente por la entidad consultante⁶⁰¹.

3.1. Objetivos y administración de la Cuota de Fomento Cerealista. Fondo Nacional

La ley 51 de 1966 creó la cuota de fomento cerealista, norma que fue modificada por la ley 67 de 1983⁶⁰², en donde se dispuso la creación del Fondo Nacional Cerealista.

Los artículos 4 y 8 de la ley 67, establecen los objetivos del Fondo y la administración del mismo. En cuanto a lo primero, éstos corresponden a *“la ejecución o financiamiento de programas de investigación, transferencia de tecnología, comercialización, apoyo a las exportaciones y estabilización de precios en armonía con las metas y políticas trazadas para el sector rural y la actividad agrícola dentro del Plan Nacional de Desarrollo, de manera que se consigan beneficios tanto para los productores como para los consumidores nacionales”*

600 Sentencia C – 651 de 2001. En el mismo sentido, Cruz de Quiñones, Lucy. *“Caracterización actual de la tipología tributaria”*. Modelo de Código Tributario para América Latina – Tendencias Actuales de Tributación. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Editorial Universidad del Rosario. Bogota D.C., 2010. Pág. 192.

601 Oficio 20101100069271 del 22 de abril de 2010, radicado en la Sala el 25 de ese mismo mes y año.

602 *“Por la cual se modifican unas cuotas de fomento, y se crean unos fondos y se dictan normas para su recaudo y administración”* Dispone el Artículo 1. *“Cuota de Fomento Arrocerero y Cerealista. A partir de la vigencia de la presente Ley la Cuota de Fomento Arrocerero establecida por la Ley 101 de 1963 será del medio por ciento (0.5%) del precio de venta de cada kilogramo de arroz, y la de Fomento Cerealista, creada por la Ley 51 de 1966 será del tres cuartos por ciento (0.75%) del precio de la venta de cada kilogramo de trigo, cebada, maíz, sorgo y avena de producción nacional”*.

Respecto a la administración y recaudo de la Cuota de Fomento Cerealista, el artículo 8 ibídem autorizó al Gobierno Nacional para celebrar el respectivo contrato con la Federación Nacional de Cultivadores – FENALCE-, agregando respecto de dicho contrato, lo siguiente:

*“Artículo 8. Administración. (...) En el **contrato administrativo** se dispondrá lo relativo al manejo de los recursos del Fondo, la definición y establecimiento de programas y proyectos, las facultades y prohibiciones de la entidad administradora, el plazo del contrato y demás requisitos y condiciones que se requieran para el cumplimiento de los objetivos legales, así como la **contraprestación por la administración y recaudo** de cada cuota, cuyo valor podrá ser hasta del diez por ciento (10%) del recaudo anual”.*

3.2. Objetivos y administración de la cuota de fomento avícola. Fondo Nacional Avícola

La ley 117 de 1994⁶⁰³, modificada por la ley 1255 de 2008, creó la cuota de fomento avícola y el Fondo Nacional Avícola, regulando los objetivos en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 6o. DE LOS OBJETIVOS DEL FONDO NACIONAL AVÍCOLA. Los recursos del Fondo Nacional Avícola se aplicarán **exclusivamente** al Financiamiento de Programas de Investigación y transferencia Tecnológicas, asistencia técnica, sanidad animal, capacitación y estudios económicos, acopio y difusión de información, prestación de servicios a la actividad avicultora, promoción de consumo y exportaciones, estabilización de precios, asistencia técnica y capacitación a pequeños avicultores y apoyar las acciones que al Fondo Nacional Avícola le corresponden, de acuerdo con lo establecido en los documentos CONPES que se encaminen al mejoramiento de las condiciones sanitarias y de inocuidad de la avicultura colombiana”.*

Respecto a la administración del Fondo Nacional Avícola, el artículo 9 de la ley 117 de 1994 autorizó al Gobierno Nacional para celebrar el respectivo contrato con la Federación Nacional de Avicultores de Colombia – FENAVI-, indicando respecto de dicho contrato, lo siguiente:

*ARTÍCULO 9o. DE LA ADMINISTRACIÓN. (...) En el contrato administrativo se estipulará lo relativo al establecimiento de programas y proyectos, las facultades y funciones de la entidad administradora y las prohibiciones de la misma, el plazo del contrato y demás requisitos y condiciones que se requieran para el cumplimiento de los objetivos legales, así como la **contraprestación a favor de la entidad respectiva por concepto de la administración del Fondo, contraprestación cuyo valor será hasta el diez por ciento (10%) del monto de lo percibido**”. (Ibídem).*

De las normas transcritas en los numerales anteriores claramente se infiere lo siguiente: **i)** el producto de la cuotas de fomento cerealista y avícola se destinará *exclusivamente* al cumplimiento de los *objetivos* previstos en la ley para esos fondos; **ii)** dicho producto se llevará a las *cuentas especiales* llamadas Fondo Nacional Cerealista y Fondo Nacional Avícola, respectivamente; **iii)** se autoriza al Gobierno Nacional a través del Ministerio de Agricultura para celebrar contratos administrativos con la Federación Nacional de Cultivadores de Cereales –FENALCE- y la Federación Nacional de Avicultores de Colombia –FENAVI-, para la administración y recaudo de las mencionadas cuotas; **iv)** en dichos contratos administrativos de naturaleza especial se deberá estipular todo lo relacionado con el manejo del Fondo, facultades y prohibiciones de la entidad administradora y

603 “Por la cual se crea la cuota de fomento avícola y se dictan normas sobre su recaudo y administración”.

demás requisitos y condiciones tendientes al cumplimiento de los objetivos del Fondo, y v) el contrato indicará la *contraprestación* por la administración y recaudo de la cuota de fomento cerealista y avícola, estableciendo un límite para las mismas.

De lo expuesto destaca la Sala lo relacionado con el destino exclusivo de los recursos parafiscales y la *contraprestación* que debe pactarse en los contratos administrativos celebrados con las entidades gremiales para el manejo y recaudo de las cuotas parafiscales.

Lo primero porque con ello se cumple con las características de los recursos parafiscales, los cuales gravan un sector económico para beneficio de ese mismo sector, lo que implica que los recursos así obtenidos sólo pueden utilizarse en y para los objetivos previstos en la ley de su creación⁶⁰⁴, salvo que la misma ley disponga la posibilidad de una erogación diferente.

Así las cosas, en las normas bajo análisis la única excepción permitida sobre la destinación exclusiva de los recursos parafiscales al objetivo dispuesto por ellas, es la posibilidad que a título de *contraprestación* se pague una suma por concepto de administración y recaudo de las cuotas de fomento cerealista y avícola, a las entidades administradoras.

En consecuencia, el producto de las cuotas de fomento cerealista y avícola ingresa a los Fondos Nacional Cerealista y Avícola, y los únicos egresos permitidos por la ley tienen como destino exclusivo el cumplimiento de los objetivos y programas de cada fondo parafiscal, así como el pago a título de *contraprestación* de la administración de los mismos, encargada por la ley a entidades de carácter gremial como son FENALCE y FENAVI mediante contrato especial celebrado con el Gobierno Nacional, situación que se encuentra conforme con lo dispuesto en la leyes que crearon tales fondos parafiscales y resulta concordante con lo establecido en los artículos 30 de la ley 101 de 1993 y 29 del decreto 111 de 1996, arriba comentados.

Precisado lo anterior, resulta de utilidad conocer cuál es la naturaleza jurídica de los Fondos Parafiscales Cerealista y Avícola, para luego examinar el contrato celebrado para la administración de los mencionados fondos y, concretamente, el alcance de la *contraprestación* allí pactada.

4. Fondos parafiscales cerealista y avícola. Naturaleza jurídica

Son **cuentas especiales**, creadas por las leyes citadas en el capítulo precedente, para el manejo de los recursos provenientes del recaudo de las contribuciones parafiscales que se establecen en la misma ley: las cuotas de fomento cerealista y avícola. Es preciso anotar, que en la norma de su creación no se estableció que los Fondos Nacional Cerealista y Avícola tuviesen personería jurídica, ni mucho menos que fueran entidades públicas.

Sobre la naturaleza jurídica de los fondos parafiscales agropecuarios, el artículo 32 de la ley 101 de 1993, dispone:

“ARTÍCULO 32. Fondos Parafiscales Agropecuarios o Pesqueros. Los recursos provenientes de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras y los patrimonios formados por éstos, constituirán Fondos

604 “Ello es coherente con el principio de legalidad aplicable a dichas contribuciones”, en palabras de Cruz de Quiñonez, Lucy. Op. Cit., pág. 199.

especiales en las entidades administradoras, las cuales estarán obligadas a manejarlos en cuentas separadas, de modo que no se confundan con los recursos y patrimonio propios de dichas entidades.

Aunque el artículo 32 de la ley 101 de 1993 dice que los fondos parafiscales de fomento, objeto de esta consulta, son fondos especiales, el artículo 35 de la citada ley 101 señala que todas las contribuciones parafiscales creadas antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991 también se rigen por lo dispuesto en la ley 101 de 1993. Ello significa que aunque la cuota de fomento cerealista (ley 51 de 1966 modificada por la ley 67 de 1983) fue creada con antelación a la Constitución del 91, se rige por lo dispuesto en dicha ley, al igual que la cuota de fomento avícola, creada con posterioridad a la ley 101. Es decir, que en ambos casos se trata de cuentas especiales sin personería jurídica.

Esos “Fondos Especiales” no tienen naturaleza de entidad pública por las siguientes razones:

El decreto - ley 1050 de 1968⁶⁰⁵, vigente para la época de creación de tales fondos, no incluía a los “fondos especiales” cuando se refería a entidades descentralizadas, instituciones, entidades o empresas oficiales o semioficiales. Tampoco se mencionaban cuando se hacía referencia a la estructura de la administración nacional, ni tenían en un principio, como objeto, el manejo de recaudos provenientes de una contribución parafiscal.

Tal situación no varió con la expedición de la ley 489 de 1998^{606 607}, vigente hoy día, en donde tampoco se aprecia que los fondos especiales en general o, los Fondos Parafiscales Cerealista y Avícola en especial, se mencionen como integrantes de la estructura de la administración pública o, de manera particular, como entidades públicas.

Por otra parte, y aunque es necesario advertir que la definición de entidades estatales prevista en la ley 80 de 1993⁶⁰⁸ es sólo para los efectos de esa ley, ni siquiera allí se menciona a los fondos especiales como entidades con capacidad para celebrar contratos.

En consecuencia, los Fondos Parafiscales Cerealista y Avícola no pueden ser considerados entidades públicas, sino **cuentas especiales** sin personería jurídica, creadas para el manejo de los recursos provenientes del recaudo de las contribuciones parafiscales creadas por las leyes 51 de 1966 y 117 de 1994, con “*destino exclusivo al cumplimiento de los objetivos previstos*” en dichas leyes. Habiéndose establecido que los mencionados fondos no tienen personería jurídica, ni han sido considerados por la ley como entidades públicas y tampoco tienen capacidad para contratar en los términos de la ley 80 de 1993, debe concluirse, para los efectos de las preguntas formuladas, que no pueden celebrar contratos de trabajo, ni mucho menos tener la calidad de empleadores⁶⁰⁹.

605 “Por la cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la Administración Nacional”.

606 “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”

607 Los decretos 1050 y 3130, fueron derogados expresamente por el artículo 121 de la Ley 489.

608 “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

609 Código Sustantivo del Trabajo, artículo 22: “Definición. 1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, **natural o jurídica**, bajo la continúa dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración cualquiera que sea su forma, salario”. (Resalta la Sala).

5. Los contratos de administración: la contraprestación pactada y las relaciones laborales que surgen en ejecución de los mismos

5.1. Entre la Nación – Ministerio de Agricultura y FENALCE

Se celebró el contrato 106 de 1995 para la administración de la cuota de fomento cerealista, el cual regula las relaciones entre las partes. Respecto a la contraprestación por administración se estipuló en la cláusula décima quinta que FENALCE percibiría el 10% del valor anual del recaudo⁶¹⁰.

En lo atinente a las obligaciones que asume frente a las personas que la entidad administradora vincule para la ejecución del contrato, se observa la siguiente cláusula:

“CLAUSULA VIGESIMA TERCERA. RELACIONES LABORALES. EL MINISTERIO queda liberado de cualquier obligación por concepto de salarios, indemnizaciones, prestaciones sociales y demás emolumentos, correspondientes a contratos que deba suscribir FENALCE para la cabal ejecución del presente contrato de administración”. (Ibídem).

5.2. Asimismo, entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (MADR) y FENAVI

se celebró el contrato 116 de 2009 para la administración de la cuota de fomento avícola, pactando como contraprestación el 10% del recaudo⁶¹¹.

Frente a las relaciones laborales que surjan para la ejecución del contrato, se estipuló:

“CLAUSULA DECIMA OCTAVA. INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL. El presente Contrato no genera relación laboral entre EL MADR y el personal que emplee FENAVI, para la ejecución del presente Contrato. PARÁGRAFO. Se deja plenamente establecido que compete de manera exclusiva a FENAVI la responsabilidad del personal que vincule para la ejecución del presente Contrato y por ende el pago de salarios, prestaciones sociales y de seguridad social correspondientes, si las hubiere. En consecuencia, el MADR no adquiere por este concepto responsabilidad alguna frente a FENAVI”. (Ibídem).

Las cláusulas transcritas en los numerales anteriores permiten llegar a las siguientes conclusiones:

- a. Tanto las leyes que crearon las cuotas parafiscales cerealista y avícola como los contratos de administración celebrados con FENALCE⁶¹² y FENAVI⁶¹³, disponen

610 “CLAUSULA DECIMA QUINTA. CONTRAPRESTACIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN. Como contraprestación por la administración de la Cuota de Fomento Cerealista, y según los términos del artículo 8 de la Ley 67 de 1983, FENALCE percibirá el diez por ciento (10%) del valor anual del recaudo, que podrá tomar proporcionalmente cada mes de los recaudos efectuados en el respectivo período”. (Mayúsculas textuales). Esta cláusula fue modificada por el contrato adicional No. 1 al contrato 106, aumentando el valor de la contraprestación al quince por ciento (15%).

611 “CLAUSULA DECIMA PRIMERA. CONTRAPRESTACIÓN. Como contraprestación por la administración del Fondo Nacional Avícola y el recaudo e inversión de la Cuota de Fomento Avícola, FENAVI percibirá el Diez por ciento (10%) del monto de lo recaudado, tal y como lo establece el artículo 10 del decreto 823, reglamentario de la Ley 117 de 1994 y las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan; FENAVI podrá percibir mensual y proporcionalmente la contraprestación a medida del recaudo progresivo de las Cuotas”. (Mayúsculas textuales).

612 En el contrato 106 de 1995, se lee que FENALCE es una “asociación gremial de derecho privado sin ánimo de lucro (...) con personería jurídica reconocida por el Ministerio de Justicia mediante Resolución No. 002969 del 30 de agosto de 1960”.

613 En el contrato 116 de 2009, se afirma que FENAVI es una “asociación gremial agropecuaria, sin ánimo de lucro, con personería jurídica reconocida por el Ministerio de Agricultura según Resolución No. 0431 del 28 de febrero de 1983”.

expresamente el pago de una contraprestación por la administración, recaudo e inversión de los Fondos Parafiscales Cerealista y Avícola. El significado común y también jurídico de esa locución corresponde a “1. f. *Der. Prestación que debe una parte contratante por razón de la que ha recibido o debe recibir de la otra*”⁶¹⁴, esto es, que la suma acordada remunera el servicio prestado, sin que sea posible agregar otros valores por tal concepto.

Ciertamente en los contratos especiales de administración celebrados entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y las mencionadas entidades gremiales, frente a la obligación de tales entidades de administrar el fondo parafiscal respectivo, surge el derecho a recibir a cambio una contraprestación, la cual remunera en su totalidad el servicio prestado. La naturaleza jurídica de las contribuciones parafiscales explicada a lo largo de este escrito, jurídicamente impide que con cargo a los recursos de los Fondos Cerealista y Avícola se entregue a cualquier título suma adicional alguna a favor de las entidades gremiales diferente a la pactada por administración, comoquiera que los recaudos realizados deben emplearse exclusivamente en cumplir con los objetivos y programas predispuestos por la ley.

Ello significa, como lo dijo la Sala en el concepto 748 de 1995, que *los gastos que comporte la administración del fondo parafiscal deben ser asumidos únicamente con cargo al porcentaje de contraprestación pactada en el respectivo contrato.*

Es bajo el anterior criterio que deben interpretarse los artículos 8 y 9 del decreto reglamentario 2025 de 1996, cuando allí se alude a gastos administrativos “*que podrán ser sufragados con los recursos de los Fondos Parafiscales*”. En efecto, el alcance jurídico de esa norma subordinada a la ley, no puede ser otro que entender que tales gastos se cubren con la contraprestación pactada, en virtud a la exclusividad prevista en la ley para los recursos parafiscales. Cualquier otra interpretación, como sería que los gastos administrativos y la contraprestación por administración son conceptos diferentes y, por tanto, aquéllos no se incluyen en ésta, no resulta ajustada a derecho, comoquiera que no sólo trasgrediría el contrato administrativo celebrado entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y FENALCE y FENAVI, el cual es ley para las partes, sino de paso las leyes 51 de 1966, 101 de 1993 y 117 de 1994, así como el Estatuto Orgánico del Presupuesto contenido en el decreto 111 de 1996.

- b. Si FENALCE y FENAVI para la ejecución del contrato de administración vinculan trabajadores, estas entidades gremiales serán las verdaderas empleadoras y, por tanto, a su cargo se encontrará el cumplimiento de las obligaciones laborales propias de esa relación jurídica, sujetas al régimen de los trabajadores privados⁶¹⁵, dado que esas federaciones son de naturaleza privada.

614 Diccionario de la Lengua Española.

615 Código Sustantivo del Trabajo, artículo 22: “*Definición. 1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continúa dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.*

2. *Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración cualquiera que sea su forma, salario.* (Resalta la Sala).

Por tanto, esos trabajadores no tienen vínculo jurídico alguno con los fondos parafiscales. A la anterior conclusión se llega, no sólo por la aplicación de las cláusulas contractuales transcritas que regulan expresamente el tema, las cuales son ley para las partes, sino también porque los Fondos Parafiscales Cerealista y Avícola, no son personas jurídicas, ni tienen capacidad para contratar, según se explicó, razón por la cual no pueden celebrar contratos de trabajo, ni mucho menos tener la calidad de empleadores.

*Ahora, cabría la posibilidad que para dar cumplimiento a los **objetivos y programas** de los Fondos Parafiscales Cerealista y Avícola, la entidad gremial administradora vincule trabajadores, cuyos costos y gastos serían asumidos con recursos parafiscales?*

Como hipótesis es posible, comoquiera que la realización material de los objetivos y programas que la ley prevé con cargo a las cuotas parafiscales, implica la utilización de talento humano el cual, incluso, puede llegar a ser altamente calificado. Pero no por ello, la entidad administradora debe necesariamente vincularlos como trabajadores del gremio con las obligaciones legales que ello trae. La labor de administración de recursos públicos implica actuar con extrema diligencia y cuidado y, por tanto, debe justificarse que para adelantar un proyecto o programa del fondo parafiscal resulta indispensable la vinculación laboral, descartándose otras formas de contratación, como sería la prestación de servicios o acudir a un outsourcing para el efecto.

Con todo, el trabajador vinculado a la entidad gremial para la realización de los objetivos y programas con cargo a las cuotas parafiscales estará asignado al cumplimiento de un proyecto específico de los previstos en la ley como objetivo del fondo parafiscal, y entonces, será con los recursos asignados a ese programa o proyecto que se le pagarán sus sueldos, prestaciones y demás beneficios laborales, y no con cargo a la contraprestación por administración.

Y siempre será posible distinguir tal situación, si se considera que de conformidad con los contratos de administración celebrados con FENALCE y FENAVI aludidos en párrafos anteriores, cláusulas décima primera y octava, respectivamente, se exige de manera taxativa que los recursos provenientes de la cuota de fomento se manejen en cuentas aparte a nombre del Fondo Nacional Cerealista y Avícola, según el caso, y en contabilidad aparte, de tal manera que exista plena separación e identificación de los recursos del Fondo y de la entidad gremial correspondiente.

Así las cosas, existirá un programa de inversión, o de investigación o de comercialización, previsto como uno de los objetivos legales del fondo parafiscal, que tendrá un presupuesto de costos y gastos, el cual incluirá, entre otros rubros, lo correspondiente a gastos del personal que contrate la entidad gremial para el efecto. De esta manera la partida estará vinculada al programa o proyecto en general, y no a un trabajador individualmente considerado.

Insiste la Sala que tal como se desprende de las leyes que crearon los Fondos Parafiscales Cerealista y Avícola, sus objetivos están principalmente relacionados con el desarrollo de los programas y proyectos allí previstos en beneficio del gremio gravado, y no en el mantenimiento de un aparato burocrático con cargo a los recursos parafiscales.

6. Funciones de los órganos directivos de los fondos parafiscales cerealista y avícola

6.1. Comisión de Fomento Cerealista

La ley 67 de 1983 dispone lo siguiente:

*“Artículo 7. Plan de inversiones y gastos. La entidad administradora de los recursos de cada Fondo elaborará anualmente, antes del 1 de octubre, el Plan de Inversiones y Gastos por programas y proyectos para el año inmediatamente siguiente, el cual sólo podrá ejecutarse una vez haya sido **aprobado** por una **comisión especial** integrada por los señores Ministros de Agricultura, o su delegado, quien la presidirá; Hacienda o su delegado; Desarrollo o su delegado; el Jefe del Departamento Nacional de Planeación o su delegado, y por tres miembros elegidos por la Junta Directiva de la Asociación correspondiente”. (Se resalta).*

A su vez, en el contrato de administración 106 de 1995 celebrado entre la Nación Ministerio de Agricultura y FENALCE, se alude en varios apartes de ese instrumento a la Comisión de Fomento Cerealista, cuya función es **aprobar** Plan de Inversiones y Gastos por programas y proyectos “para el año inmediatamente siguiente” (Cláusulas primera, quinta, séptima, octava y novena, entre otras).

6.2. Junta Directiva del Fondo Nacional Avícola

Ley 117 de 1994 dispone sobre el órgano de dirección del Fondo Nacional Agrícola:

“ARTÍCULO 12. DEL ÓRGANO DE DIRECCIÓN DEL FONDO NACIONAL AVÍCOLA. Como órgano de dirección del Fondo Nacional Avícola, actuará una Junta Directiva que estará compuesta por el Ministro de Agricultura o su delegado, el Gerente del Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, o su delegado y tres representantes de la Federación Nacional de Avicultores de Colombia, Fenavi, elegidos para tal fin por su Junta Directiva, quienes deberán ser incubadores, productores de huevo y carne de pollo, respectivamente, y representar las principales regiones productoras”.

Por su parte, el artículo 11 de esa ley establece que la entidad administradora de los recursos del Fondo Nacional Avícola elaborará oportunamente el plan de inversiones y gastos, por programas y proyectos, para cada año, el cual sólo podrá ejecutarse una vez haya sido **aprobado** por la Junta Directiva del mismo Fondo. Esta función de la Junta Directiva es desarrollada principalmente por las cláusulas tercera, quinta y sexta, entre otras, del contrato 116 de 2009 celebrado entre el Ministerio de Agricultura y FENAVI.

De conformidad con lo expuesto, es claro que los órganos directivos de los Fondos Parafiscales Cerealista y Avícola, tienen como función principal **aprobar** el plan de inversiones y gastos, por programas y proyectos, para cada año, del correspondiente fondo parafiscal.

Lo anterior es plenamente concordante con el artículo 33 de la ley 101 de 1993, que dispone:

“ARTÍCULO 33. Presupuesto de los Fondos Parafiscales Agropecuarios y Pesqueros. La preparación, aprobación, ejecución, control, liquidación y actualización de los presupuestos generales de ingresos y gastos de los Fondos Parafiscales Agropecuarios y Pesqueros, se sujetarán a los principios y normas

contenidos en la ley que establezca la respectiva contribución parafiscal y en el contrato especial celebrado para su administración.

Las entidades administradoras elaborarán presupuestos anuales de ingresos y gastos, los cuales deberán ser aprobados por sus órganos directivos previstos en las normas legales y contractuales, con el voto favorable del Ministro correspondiente o su delegado, según la ley; dicho voto favorable no implica obligaciones a cargo del Presupuesto General de la Nación por estos conceptos”.

Nótese que la locución “aprobar”, prevista en las leyes citadas en el presente acápite, significa en su primera acepción “calificar o dar por bueno o suficiente algo o alguien”⁶¹⁶, por tanto se trata de una manifestación de voluntad calificada y no simplemente se traduce en recomendar, autorizar o dar el visto bueno sobre los presupuestos, planes y programas de los Fondos Parafiscales.

Lo dispuesto en las normas legales y contractuales analizadas lleva a concluir que la competencia otorgada a los órganos directivos de los Fondos Parafiscales Cerealista y Avícola corresponde a la **aprobación** de los presupuestos anuales de ingresos y gastos junto con las partidas globales que correspondan, incluidos los gastos de funcionamiento, así como los planes y programas de esos Fondos, y no simplemente a una recomendación o autorización como se plantea en las preguntas de la consulta, sin que esa aprobación implique asumir responsabilidades desde el punto de vista laboral.

En consideración a lo anteriormente expuesto,

LA SALA RESPONDE:

1. “¿Deben los órganos máximos de los Fondos Parafiscales presididos por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural recomendar o autorizar el incremento salarial para trabajadores cancelados con cargo a los recursos de los Fondos Parafiscales?”

Si. Los máximos órganos directivos de los Fondos Parafiscales Cerealista y Avícola, deben **aprobar** los presupuestos anuales de ingresos y gastos, así como los planes, programas o proyectos del respectivo fondo parafiscal.

Cuando para tales programas o proyectos resulte indispensable vincular trabajadores, será la entidad gremial administradora la verdadera empleadora, pero los costos y gastos que ello genere podrán cubrirse con los recursos parafiscales asignados al programa correspondiente, según el presupuesto aprobado, el cual incluye los incrementos salariales.

2. “¿La entidad gremial como administradora de la cuota parafiscal, tiene autonomía para definir el monto a aplicar en los incrementos salariales de los trabajadores con cargo a los recursos de los Fondos Parafiscales?”

No, en la medida en que la facultad de los máximos órganos directivos de los Fondos Parafiscales Cerealista y Avícola, es **aprobar** los presupuestos anuales de ingresos y gastos, así como los planes, programas o proyectos del respectivo fondo parafiscal, el cual incluye los incrementos salariales.

3. “¿El aumento salarial de los trabajadores de los Fondos Parafiscales debe corresponder al aumento autorizado por el gremio a sus trabajadores o al autorizado por el máximo órgano de dirección del Fondo Parafiscal?”

Los presupuestos anuales de ingresos y gastos, incluyen globalmente los gastos de personal, y en ellos se proyectan los incrementos salariales, los cuales son **aprobados** por los máximos órganos directivos de los Fondos Parafiscales Cerealista y Avícola, independientemente del aumento realizado por la entidad gremial a sus trabajadores.

Por Secretaría transcríbese al Señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural y envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Consejero. AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS, Secretaria de la Sala

13. Contribución especial de seguridad. Retención por Universidades Públicas

Radicado 2062

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Fecha: 21/09/2011

Levantamiento de la reserva mediante oficio del 10 de octubre de 2011

Antecedentes

El Ministerio de Educación Nacional, por petición de la Universidad de Antioquia, solicita el concepto de la Sala sobre la aplicación de la contribución especial para la seguridad ciudadana (Leyes 418 de 1998, 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006 y 1241 de 2010), a los contratos de obra pública suscritos por las Universidades Públicas.

Luego de transcribir las normas que han regulado la referida contribución a lo largo del tiempo, la entidad consultante cita el artículo 69 de la Constitución y los artículos 28, 29 y 57 de la Ley 30 de 1992 referentes a la autonomía de las universidades y a la especialidad de su régimen de contratación.

A continuación transcribe parte del Concepto 063832 del 3 de julio de 2008 de la DIAN, en el cual se concluye que los contratos celebrados por el Banco de la República no están sujetos a la mencionada contribución especial de seguridad ciudadana, dado su régimen constitucional de autonomía; igualmente se transcribe la parte final del Concepto 064842 de 2010 de la DIAN, en el que se señala que los contratos de obra pública suscritos por las universidades públicas si causan la contribución especial y que respecto de estas últimas no son aplicables las consideraciones hechas en relación con el Banco de la República, en tanto que el régimen de autonomía de uno y otras es diferente constitucionalmente.

Finalmente se cita la Sentencia C-220 de 1997 que hace referencia a la inexistencia de control administrativo de tutela sobre las Universidades Públicas, el Banco de la República o la Comisión Nacional de Televisión dado su régimen de autonomía.

Con base en lo anterior, se consulta:

“Teniendo en cuenta que las Universidades son órganos autónomos por disposición constitucional, sujetas a un régimen legal propio (Ley 30 de 1992), que no les es aplicable el Estatuto de Contratación Pública, ¿están sometidas las Universidades Públicas a retener a sus contratistas la contribución especial consagrada en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006?

¿En caso de resultar afirmativa la respuesta ¿cuál sería el fundamento constitucional y legal para dicha obligatoriedad? y ¿cuál sería la entidad destinataria de los recursos, teniendo en cuenta que para el caso de la Universidad de Antioquia, es un ente autónomo y descentralizado que no aparece adscrita a ningún órgano del ordena nacional, ni territorial?

De otro lado, surge como inquietud, si el Banco de la República tiene similar carácter y naturaleza a las universidades públicas, en lo que se refiere a la autonomía consagrada constitucionalmente, y desarrollada ambas por leyes especiales, que tienen patrimonio propio, personería jurídica, presupuestal y financiera, que no se rige por el Estatuto General de la Contratación Pública, ¿porqué al Banco de la República, según el concepto de la DIAN, no se le aplica la Ley 1106 de 2006, en tanto sí lo exige para las universidades públicas, cuando el artículo 40 de la Ley 489 de 1998, claramente hace referencia a que este tipo de entes autónomos y entidades con régimen especial “se sujetan a las disposiciones que para ello establezcan las respectivas leyes”?

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

1. Aclaración previa

La presente consulta está planteada sobre la base de algunos conceptos emitidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- en relación con el alcance de la contribución especial de que trata la Ley 418 de 1998 y sus posteriores reformas.

Dado que tales conceptos podrían llegar a ser objeto de control judicial por parte de esta jurisdicción, la Sala no se extenderá o referirá a la validez u obligatoriedad de los mismos, sino que se limitará a analizar el tema planteado desde un punto de vista general a partir de la normatividad vigente. En ese sentido, no se referirá al contenido particular de los mismos.

2. Antecedentes remotos de la contribución especial para la seguridad ciudadana

A. Originalmente la contribución especial para la seguridad surge con el Decreto Extraordinario 2009 de 1992, en el cual se establece que las personas que suscriban contratos

de obra pública *para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público* están sujetas al pago de una contribución en los siguientes términos:

“Artículo 1o. Todas las personas naturales o jurídicas que, a partir de la vigencia del presente Decreto, suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público, o celebren contratos de adición al valor de los existentes, deberán pagar a favor de los entes territoriales respectivos, de acuerdo con el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante, una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición”.

Según los considerandos del mencionado Decreto, la contribución tiene por objeto dotar a las fuerzas armadas de fuentes de financiación para afrontar de manera exitosa “la ofensiva subversiva y terrorista”; con ese fin, el mismo decreto dispone que los recaudos se destinan a la dotación de las fuerzas militares y de policía o a la realización de gastos orientados a generar un ambiente que propicie la seguridad ciudadana, el bienestar social, la convivencia pacífica, el desarrollo comunitario y, en general, todos aquellos gastos que permitan hacer presencia real del Estado (art.4).

Por su parte, las entidades públicas contratistas actúan como *agentes retenedoras de la contribución*, estando obligadas a enviar los valores retenidos al Ministerio de Hacienda o a la Secretaría de Hacienda de la respectiva entidad territorial según corresponda (Art. 3).

B. Esta contribución fue incluida luego, con una vigencia de 2 años, en los artículos 123 a 125 de la Ley 104 de 1993 “por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”. Sin perjuicio de algunas modificaciones sobre el manejo de la contribución por parte de las entidades territoriales, la misma no sufrió grandes cambios frente a lo que disponía el Decreto 2009 de 1992 ya referido y siguió siendo aplicable a la suscripción de *contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público*.

C. Posteriormente, el artículo 62 de la Ley 241 de 1995, por la cual se modifica, adiciona y proroga la vigencia de la Ley 104 de 1993, reduciría ligeramente el ámbito de aplicación de la contribución, en el sentido de excluir “los contratos de construcción de vías terciarias y los de adición a éstos” (art.62); así mismo, amplió la vigencia de la Ley 104 de 1993 por dos años más (Art.61)

3. Regulación actual a partir de la Ley 418 de 1997

3.1 Aspectos generales

Salvo algunas modificaciones posteriores que más adelante se revisan, la contribución especial para la seguridad ciudadana está regulada actualmente en la Ley 418 de 1997 “por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”⁶¹⁷. Su vigencia original de 2 años fue prorrogada inicialmente por 3 años (Ley 548 de 1999), luego

617 Derogó expresamente las Leyes 104 de 1993 y 241 de 1995.

por 4 años más (Ley 782 de 2002), posteriormente por otros 4 años adicionales (Ley 1106 de 2006) y, finalmente, por otros 4 años más, según lo dispuso recientemente la Ley 1421 de 2010.

Siguiendo la concepción inicial del legislador extraordinario de 1992, esta Ley 418 de 1997 tiene por objeto “dotar al Estado colombiano de instrumentos eficaces para asegurar la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho y garantizar la plenitud de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución Política y/o los Tratados Internacionales aprobados por Colombia” (art.1); en particular, el Título V de la ley se refiere a las “Nuevas Fuentes de Financiación” para la seguridad y convivencia, cuyos componentes son:

- i. el anticipo de impuestos y regalías (arts. 117 y 118);
- ii. los Fondos de Seguridad (nacional y territoriales) encargados de administrar recursos para atender “las necesidades regionales de seguridad y convivencia”; su fuente principal de financiación es, precisamente, la contribución especial que se analiza en este concepto (Art.119 y 122)⁶¹⁸; y
- iii. la contribución especial propiamente dicha (arts. 120 a 122).

3.2 La contribución especial

En concreto, en lo que interesa a esta consulta, el artículo 120 de la Ley 418 de 1997 incorpora la contribución especial a que se ha hecho mención, como una obligación tributaria⁶¹⁹ a cargo de las personas naturales o jurídicas “que suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías” con “entidades de derecho público”, exceptuando las concesiones. Dice el artículo 120 en su redacción original:

“ARTÍCULO 120. Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes, deberán pagar a favor de la Nación, departamento o municipio,

618 El artículo 122 de la Ley 418 de 1997, modificado por el artículo 7 de la Ley 1421 de 2010 se refiere a los Fondos Cuenta de Seguridad y Convivencia ciudadana, nacional y territoriales, así:

“Artículo 7. El artículo 122 de la Ley 418 de 1997, prorrogado por la Ley 548 de 1999 y modificado por la Ley 782 de 2002, quedará así: Artículo 122. Créase el Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, que funcionará como una cuenta especial, sin personería jurídica, administrada por el Ministerio del Interior, como un sistema separado de cuenta y tendrá por objeto garantizar la seguridad, convivencia ciudadana y todas aquellas acciones tendientes a fortalecer la gobernabilidad local y el fortalecimiento territorial.

Los recursos que recaude la Nación por concepto de la contribución especial consagrada en el artículo 6o de la Ley 1106 de 2006, deberá invertirse por el Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, en la realización de gastos destinados a propiciar la seguridad, y la convivencia ciudadana, para garantizar la preservación del orden público.

Los recursos que recauden las entidades territoriales por este mismo concepto deben invertirse por el Fondo-Cuenta Territorial, en dotación, material de guerra, reconstrucción de cuarteles y otras instalaciones, compra de equipo de comunicación, compra de terrenos, montaje y operación de redes de inteligencia, recompensas a personas que colaboren con la justicia y seguridad de las mismas; servicios personales, dotación y raciones, nuevos agentes y soldados, mientras se inicia la siguiente vigencia o en la realización de gastos destinados a generar un ambiente que propicie la seguridad y la convivencia ciudadana, para garantizar la preservación del orden público. La administración del Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana estará a cargo del Ministerio del Interior y de Justicia.”

619 “La Corte estima que el carácter tributario de la contribución sobre los contratos de obra pública y otras concesiones se mantiene en la actualidad y, sin perjuicio de que más adelante se consignen datos que contribuyan a perfilar su índole, por el momento es suficiente destacar que esa condición tributaria se deriva con facilidad del origen legal de la contribución, de su obligatoriedad y de su finalidad que, tal como se enfatiza en la intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, consiste en proporcionar presupuestos de orden jurídico y económico para garantizar la preservación del orden público y de la seguridad y convivencia ciudadanas.” (Sentencia C-930 de 2007)

según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante, una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición.

PARÁGRAFO. La celebración o adición de contratos de concesión de obra pública no causará la contribución establecida en este Capítulo.” (Se resalta)

Posteriormente, el artículo 37 de la Ley 782 de 2002 especificó el hecho generador de la contribución al señalar que ésta se causaba por la suscripción de contratos de obra pública *“para la construcción y mantenimiento de vías de comunicación terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales con entidades de derecho público”,* exceptuando en todo caso las concesiones; decía dicho artículo lo siguiente:

“Artículo 37. El artículo 120 de la Ley 418 de 1997, prorrogada por la Ley 548 de 1999, quedará así:

*“ARTÍCULO 120. Todas las personas naturales o jurídicas **que suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías de comunicación terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales con entidades de derecho público o celebren contratos de adición** al valor de los existentes deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición.*

Autorízase a los Gobernadores Departamentales y a los Alcaldes Municipales para celebrar convenios interadministrativos con el Gobierno Nacional para dar en comodato inmuebles donde deba construirse las sedes de las estaciones de policía sin necesidad de aprobación de las respectivas corporaciones públicas.

Parágrafo 1º. En los casos en que las entidades públicas suscriban convenios de cooperación con organismos multilaterales, que tengan por objeto la construcción o mantenimiento de estas vías, los subcontratistas que los ejecuten serán sujetos pasivos de esta contribución.

PARÁGRAFO 2o. Los socios, copartícipes y asociados de los consorcios y uniones temporales, que celebren los contratos a que se refiere el inciso anterior, responderán solidariamente por el pago de la contribución del cinco por ciento (5%), a prorrata de sus aportes o de su participación.

PARÁGRAFO 3o. La celebración o adición de contratos de concesión de obra pública no causará la contribución establecida en este capítulo.”

En reforma posterior de la Ley 1106 de 2006, actualmente vigente, se amplía el hecho generador de la contribución al señalar que ésta se causa en general por la suscripción de *contratos de obra pública con entidades de derecho público,* inclusive tratándose de concesiones (antes exceptuadas) y de convenios entre entidades públicas. Este artículo, que es el actualmente vigente, señala:

“Artículo 6o. De la contribución de los contratos de obra pública o concesión de obra pública y otras concesiones. El artículo 37 de la Ley 782 de 2002, quedará así:

*Todas las personas naturales o jurídicas **que suscriban contratos de obra pública, con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes** deberán pagar a favor de*

la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición (...)

Las concesiones de construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación, terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales pagarán con destino a los fondos de seguridad y convivencia de la entidad contratante una contribución del 2.5 por mil del valor total del recaudo bruto que genere la respectiva concesión (...)

PARÁGRAFO 1o. En los casos en que las entidades públicas suscriban convenios de cooperación con organismos multilaterales, que tengan por objeto la construcción de obras o su mantenimiento, los subcontratistas que los ejecuten serán sujetos pasivos de esta contribución.

PARÁGRAFO 2o. Los socios, copartícipes y asociados de los consorcios y uniones temporales, que celebren los contratos a que se refiere el inciso anterior, responderán solidariamente por el pago de la contribución del cinco por ciento (5%), a prorrata de sus aportes o de su participación.

*PARÁGRAFO 3o. (Adicionado por el artículo 39 de la Ley 1430 de 2010). El recaudo por concepto de la contribución especial que se proroga mediante la presente ley **en contratos que se ejecuten a través de convenios entre entidades del orden nacional y/o territorial** deberá ser consignado inmediatamente en forma proporcional a la participación en el convenio de la respectiva entidad.” (Negrilla fuera de texto)*

Como se observa, los sujetos pasivos de la contribución son las personas naturales o jurídicas en general; el hecho generador es la suscripción de contratos de obra pública con entidades de derecho público o la adición de los existentes; el sujeto activo es la Nación, Departamento o Municipio según el nivel de la entidad pública contratante, quienes destinarán los recursos a los Fondos de Seguridad (art.122); y la tarifa corresponde al 5% del valor del respectivo contrato o adición o el 2.5 por mil en el caso específico de las concesiones. Además queda incluida, como se dijo, la contratación de obras públicas a través de convenios entre entidades públicas (párrafo 3º).

Debe hacerse notar, tal como ha sido desde la concepción original de la contribución, que las entidades públicas contratantes no son sujetos pasivos de la obligación tributaria, pues solamente actúan como **agentes de retención** de la misma; la respectiva contribución recae sobre los contratistas de las entidades y éstas solamente retienen el valor que corresponde en cada caso **para su traslado a la respectiva entidad territorial en que se encuentren ubicadas**⁶²⁰, dentro de un principio de colaboración interinstitucional que tiene apoyo directo en el artículo 113 de la Constitución Política.

620 La Ley 418 de 1997 les asigna esa función a las entidades públicas, así: “Artículo 121. Para los efectos previstos en el artículo anterior, la entidad pública contratante descontará el cinco por ciento (5%) del valor del anticipo, si lo hubiere, y de cada cuenta que cancele al contratista. El valor retenido por la entidad pública contratante deberá ser consignado inmediatamente en la institución que señale, según sea el caso, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público o la entidad territorial correspondiente.

Copia del correspondiente recibo de consignación deberá ser remitido por la entidad pública al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Unidad Administrativa de Impuestos y Aduanas Nacionales o la respectiva Secretaría de Hacienda de la entidad territorial, dependiendo de cada caso. Igualmente las entidades contratantes deberán enviar a las entidades anteriormente señaladas, una relación donde conste el nombre del contratista y el objeto y valor de los contratos suscritos en el mes inmediatamente anterior.”

Hecha esta descripción general de la contribución de seguridad, la Sala pasará a revisar lo relativo al hecho generador de la obligación, que es aquello sobre lo que en últimas versa la presente consulta.

3.3 En particular: los contratos que dan origen al pago de la contribución

De acuerdo con los antecedentes expuestos se puede observar que desde la creación de la contribución, el hecho generador ha estado conformado por dos elementos concurrentes: (i) la suscripción de “contratos de obra pública” (elemento objetivo o material) y (ii) que tales contratos se celebren con “entidades de derecho público” (elemento subjetivo). Dados esos dos supuestos, el contratista de la entidad pública deberá pagar la respectiva contribución de seguridad.

En cuanto al primero de tales elementos, si bien el mismo no se encuentra definido en la ley que crea la contribución, su significado puede hallarse sin dificultad en el Estatuto General de Contratación Pública⁶²¹. Inicialmente, para la época en que la contribución fue creada (1992), el Decreto Ley 222 de 1983 señalaba lo siguiente:

“ARTICULO 81. Del objeto de los contratos de obras publicas - Son contratos de obras públicas los que se celebren para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o directamente destinados a un servicio público.”

En la Ley 80 de 1993 se mantiene esta concepción amplia del contrato de obra pública, incluso con base en una expresión aún más comprensiva: “la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles” de las entidades estatales. En efecto, el artículo 32 de la ley establece:

Art. 32 (...) 1o. Contrato de Obra.

Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

Por tanto, como señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-1153 de 2008, dado que no existe una definición especial en la Ley 1106 de 2006 del contrato de obra pública, debe estarse a la que para dicho tipo contractual trae la Ley 80 de 1993, con la cual puede llenarse sin dificultad cualquier duda de interpretación sobre dicho aspecto. Así, darán nacimiento a la obligación tributaria los contratos que tengan por objeto la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles.

Ahora, en relación con el segundo de los elementos que genera la obligación tributaria, el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 al modificar el artículo 120 de la Ley 446 de 1997, se refiere en general a los contratos de obra pública suscritos con “entidades de derecho público”; igualmente, en otros apartes del referido artículo 6 y de la misma Ley 446 de 1998 (cuando se regula el recaudo de la contribución), el legislador acude a la expresión

621 Sobre este aspecto puede revisarse la Sentencia C-1153 de 2008, en la que la Corte Constitucional señaló que para efectos de la contribución de seguridad de la Ley 1106 de 2006, el concepto de “contrato de obra pública” era el establecido en la Ley 80 de 1993.

“entidad pública contratante”, sin hacer distinciones apoyadas en el tipo de entidad estatal o en régimen contractual aplicable al contrato.

Se observa entonces que la contribución no aparece limitada a las entidades estatales que aplican el estatuto de contratación pública como lo sugiere la consulta, como tampoco excluye a las entidades públicas que perteneciendo al Estado pueden estar sujetas a regímenes especiales.

Por tanto, en la medida que la ley no hace distinciones, el concepto de *entidad de derecho público* o *entidad pública contratante* debe interpretarse en un sentido amplio, que comprende los contratos de obra pública celebrados en general por las diferentes entidades del Estado, estén o no sujetas ellas o sus contratos a un régimen especial.

4. La aplicación de la contribución especial a los contratos celebrados por las Universidades Públicas

Se plantea particularmente en la presente consulta hasta qué punto la aplicación de la contribución especial cubre los contratos suscritos por las Universidades Públicas y hasta donde ello podría afectar su régimen constitucional de autonomía.

En primer lugar es pertinente señalar que desde el punto de vista de la estructura del Estado las universidades públicas son sin duda “*entidades públicas*”. El hecho de que, como otras entidades del Estado, estén sometidas a un régimen especial no significa que pierdan dicha calidad o que el legislador esté impedido para establecer mecanismos de articulación o de colaboración inter- orgánica con base en su cláusula general de competencia (art.150 C.P) y, en particular, en el artículo 113 ibídem, según el cual “los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

Entonces, cuando el artículo 40 de la Ley 489 de 1998 señala que las entidades y organismos estatales sujetos a un régimen especial, como es el caso de las universidades públicas, se rigen por las leyes especiales reguladoras de su funcionamiento, ello puede entenderse, como en el presente caso, sin perjuicio de deberes y funciones generales impuestos por el legislador al conjunto de entidades del Estado, en las cuales no se afecta la especialidad o autonomía de aquéllas otras entidades no pertenecientes al sector central o descentralizado de la Administración.

Por ello, como señaló esta Sala en Concepto 1587 de 2004⁶²² y la Sección Cuarta de esta misma Corporación en Sentencia del 16 de diciembre de 2008⁶²³, el hecho de que la Constitución haya separado a las Universidades Públicas del control de tutela y las haya dotado de un régimen especial de autonomía en orden a proteger su autodeterminación administrativa, patrimonial y educativa, no significa que no pertenezcan al Estado y que, como tal, no tengan aquélla condición de *entidades públicas*⁶²⁴.

622 Concepto del 21 de octubre de 2004, M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

623 Radicación 16297, M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

624 También en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: “Las universidades del Estado, son instituciones que para mantener y preservar su esencia deben estar ajenas a las interferencias del poder político, en consecuencia no pueden entenderse como parte integrante de la administración, o como organismos supeditados al poder ejecutivo, ellas deben actuar con independencia del mismo y no estar sujetas a un control de tutela como el concebido para los establecimientos públicos, concepto que por sí mismo niega la autonomía; eso no quiere decir que no deban, como entidades públicas que manejan recursos públicos y cumplen una trascendental función en la sociedad, someter su gestión al control de la sociedad y del Estado, o que rechacen la implementación de mecanismos

En segundo lugar, como quedó señalado en la parte inicial de este concepto, la contribución especial de seguridad no recae sobre las entidades públicas contratantes sino sobre sus contratistas; en el contexto de dicha obligación tributaria, las entidades públicas contratantes sólo actúan como agentes de retención con deber de trasladar las sumas recaudadas a la entidad territorial del nivel al que pertenezcan (art. 121 Ley 418 de 1997⁶²⁵).

Por tanto, en el caso particular de las Universidades Públicas, al no ser sujetos pasivos de la obligación tributaria sino simples recaudadoras, *prima facie* no existirían argumentos de peso para plantear posibles o hipotéticas afectaciones a la especificidad de su régimen contractual o presupuestal y mucho menos en relación con el núcleo más fuerte de su autonomía relacionado con la autodeterminación académica⁶²⁶.

Así, basta revisar rápidamente los aspectos que conforme a La Ley 30 de 1992 componen el ámbito de la autonomía universitaria⁶²⁷, para concluir sin dificultad que la obligación legal de retención de la contribución especial por las Universidades Públicas no interfiere en modo alguno sobre aquéllos espacios institucionales protegidos por la Constitución Política (art.69); por el contrario, dicha función de recaudo (tal como puede ocurrir en materia de aportes parafiscales o de seguridad social, retención en la fuente por salarios, etc.) se apoya sin dificultad en el principio de colaboración armónica entre las ramas y órganos del Estado (artículo 113 *ibidem*) y en el hecho de que, en cualquier caso, la autonomía se ejerce de conformidad con la ley (art.69 C.P).

En ese sentido, el deber de trasladar las sumas recaudadas a la Nación o a las entidades territoriales en las que se encuentren ubicadas las Universidades Públicas, no tiene fundamento en la existencia de un poder administrativo de tutela sobre ellas, sino simplemente en la circunstancia indiscutible de que forman parte del Estado y de los fines que a éste se le asignan. Como tantas veces ha dicho la jurisprudencia, la autonomía de algunas entidades públicas no es absoluta, no significa total separación del Estado y no se opone a la implementación por parte del legislador de *“mecanismos de articulación con dicho Estado y la sociedad”*⁶²⁸

de articulación con dicho Estado y la sociedad, pues por el contrario ellos son indispensables para el cumplimiento de sus objetivos y misión.” (Corte Constitucional, Sentencia C-220 de 1997, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz)

625 “Art. 121 (...) El valor retenido por la entidad pública contratante deberá ser consignado inmediatamente en la institución que señale, según sea el caso, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público o la entidad territorial correspondiente.”

626 Sentencia C-926 de 2005: “La autonomía fue concebida para que las universidades gocen de libertad al momento de adoptar las condiciones jurídicas necesarias para el logro de su misión educativa y cultural, y con independencia de cualquier instancia privada o pública ajena a su ámbito que pudiese someterlas. Por manera que se garantiza que las universidades sean verdaderos centros de pensamiento libre, exentos de presiones que puedan perturbar su cometido o que les impidan cumplir adecuadamente con sus objetivos y funciones”

627 “(...) darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional” (art.28).

628 Sentencia C-220 de 1997. Igualmente Sentencia C-053 de 1998 y C-926 de 2005, en las que se reitera que la autonomía de las universidades no implica que puedan convertirse en *“islas dentro del ordenamiento jurídico”*. Puede verse también Sentencia C-532 de 2006, en la que frente a la autonomía constitucional de la Comisión Nacional de Televisión y la aplicación de las normas de carrera administrativa, la Corte Constitucional señaló que aquélla se justifica respecto del ámbito misional del ente autónomo, pero no en relación con obligaciones generales de las entidades que, con independencia de su autonomía, forman parte del Estado: “Por lo mismo, no serán reprochables constitucionalmente las decisiones del legislador que no afecten la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión en el ejercicio de las funciones que le han sido asignadas de manera privativa por la Constitución (...).”

En conclusión, no se afecta la autonomía constitucional y legal de las Universidades Públicas al entender, en el contexto de las normas analizadas y conforme a su sentido natural y obvio, que tales universidades son *entidades públicas o de derecho público* y que, por ende, deben hacer el recaudo de la contribución especial de seguridad a cargo de sus contratistas.

LA SALA RESPONDE:

“Teniendo en cuenta que las Universidades son órganos autónomos por disposición constitucional, sujetas a un régimen legal propio (Ley 30 de 1992), que no les es aplicable el Estatuto de Contratación Pública, ¿están sometidas las Universidades Públicas a retener a sus contratistas la contribución especial consagrada en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006?”

Sí, las Universidades Públicas están obligadas a retener a sus contratistas de obra pública la contribución especial consagrada en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006.

En caso de resultar afirmativa la respuesta ¿cuál sería el fundamento constitucional y legal para dicha obligatoriedad?

El fundamento constitucional está en la cláusula General de Competencia del Congreso de la República (Art.150 C.P) y en el deber de colaboración institucional de las diferentes entidades y órganos del Estado (art. 13 ibídem), que a su vez sirvieron de fundamento a la ley 1106 de 2006 que establece dicha contribución.

¿Cuál sería la entidad destinataria de los recursos, teniendo en cuenta que para el caso de la Universidad de Antioquia, es un ente autónomo y descentralizado que no aparece adscrita a ningún órgano del ordena nacional, ni territorial?

Los recursos se deben trasladar a la entidad territorial donde se encuentra ubicada la respectiva entidad pública, conforme lo ordena el artículo 121 de la Ley 418 de 1997.

De otro lado, surge como inquietud, si el Banco de la República tiene similar carácter y naturaleza a las universidades públicas, en lo que se refiere a la autonomía consagrada constitucionalmente, y desarrollada ambas por leyes especiales, que tienen patrimonio propio, personería jurídica, presupuestal y financiera, que no se rige por el Estatuto General de la Contratación Pública, ¿porqué al Banco de la República, según el concepto de la DIAN, no se le aplica la Ley 1106 de 2006, en tanto sí lo exige para las universidades públicas, cuando el artículo 40 de la Ley 489 de 1998, claramente hace referencia a que este tipo de entes autónomos y entidades con régimen especial “se sujetan a las disposiciones que para ello establezcan las respectivas leyes”?

No corresponde a la Sala de Consulta y Servicio Civil dar opinión particular ni pronunciarse sobre la legalidad de los conceptos emitidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

VIII.

Entidades territoriales

VIII. ENTIDADES TERRITORIALES

1. Cumplimiento de sentencias. Sentencias dictadas en contra de la Personería Municipal de Santiago de Cali. Sección del presupuesto municipal. Rubro presupuestal destinado al pago. **Radicado 1828**..... 157
2. Regiones administrativas y de planificación. Facultad constitucional de los departamentos para su creación. **Radicado 2017**..... 163
3. Competencia y jurisdicción de las autoridades de tránsito. **Radicado 2034**..... 174
4. Creación de municipio. Traslado de recursos del Sistema General de Participaciones. **Radicado 2044** 187
5. Competencia disciplinaria sobre servidores departamentales y municipales con ocasión de la medida correctiva de asunción temporal de competencia prevista en el decreto 028 de 2008. **Radicado 2046** 202
6. El régimen pensional extralegal en el nivel territorial. Decisiones judiciales en las situaciones individuales derivadas del régimen pensional extralegal de la Universidad del Valle. El precedente jurisprudencial. Los efectos de cosa juzgada de las decisiones judiciales. **Radicado 2061** 213
7. Faltas temporales de miembros de concejo municipales. Efectos del acto legislativo 01 de 2009. **Radicado 2073** 226

1. Cumplimiento de sentencias. Sentencias dictadas en contra de la Personería Municipal de Santiago de Cali. Sección del presupuesto municipal. Rubro presupuestal destinado al pago**Radicado 1828**

Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos

Fecha: 28/06/2007

Levantamiento de la reserva mediante auto del 1 de julio de 2011 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

El señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, doctor Fernando Antonio Grillo Rubiano, a solicitud del señor Personero Delegado del Municipio de Santiago de Cali, doctor Henry Alberto Recamán Carvajal, formula a la Sala una consulta acerca de si las sentencias dictadas, en materia laboral o contenciosa administrativa, en contra de la Personería del Municipio de Santiago de Cali, deben ser reconocidas y pagadas por ésta, pese a que carece de personería jurídica y, en caso afirmativo, si tal pago lo debe efectuar la Personería con cargo al rubro presupuestal de gastos de funcionamiento, que es el único del cual dispone en la actualidad, o el Municipio de Santiago de Cali, aunque éste no ha sido parte en los procesos.

1. Antecedentes

El consultante adjunta como antecedentes, sendas fotocopias de los siguientes documentos:

1. Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, del 1º de septiembre de 2005 (Exp. No. 5180-02), por medio de la cual, entre otras decisiones, “se condena **a la Personería de Cali**, a reintegrar al señor ... al cargo de Personero Delegado o a uno de igual o superior categoría y a pagarle los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar desde la fecha del retiro, hasta que se haga efectivo el reintegro al cargo” (folio 15 del expediente).
2. Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, del 12 de mayo de 2006 (Exp. 2001-0147), referente a un proceso en el cual se demanda al Municipio de Santiago de Cali-Personería Municipal de Santiago de Cali y se determina en la sentencia que, en realidad, dicho contrato constituye una relación laboral entre la Personería Municipal de Cali y una persona, y como consecuencia, se condena expresamente **a la Personería Municipal de Cali** a pagarle a dicha persona “una indemnización equivalente al valor de las prestaciones sociales devengadas por esta durante el tiempo laborado en la entidad municipal” (folio 36).
3. Oficio No. 340 del 3 de agosto de 2006 del doctor Adolfo León López Giraldo, Personero Municipal de Santiago de Cali, dirigido al doctor Miguel Angel Arias Baquero, Director Jurídico de la Alcaldía, mediante el cual señala que debido a que la Personería no es persona jurídica, las condenas judiciales que le son dictadas a ésta, deben ser asumidas con el rubro de “pérdida por acciones judiciales” del Municipio, representado

por el señor Alcalde, y solicita convocar al Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Municipio para considerar las dos condenas mencionadas (folio 8).

4. Acta No. 01 del 6 de febrero de 2007, del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Alcaldía de Santiago de Cali, en la cual se expresa que **la Personería Municipal tiene autonomía administrativa y presupuestal, lo que significa que administra y dispone de sus propios recursos, y que las condenas judiciales recaen concretamente sobre la misma, no sobre el Municipio**, razones por las cuales el Comité no toma “ninguna decisión al respecto, porque el pago debe hacerse con cargo a la asignación presupuestal que se le transfiere a la Personería; por lo tanto el Órgano de Control debe realizar los trámites internos administrativos que le permitan atender este requerimiento. El municipio no fue condenado, ni se deja entrever detrimento patrimonial para el municipio” (folio 6).

2. Interrogantes

El consultante presenta a la Sala los siguientes interrogantes:

“Las condenas en lo Laboral o por vía de lo Contencioso Administrativo de que es objeto la Personería del municipio de Cali, por efecto de actos propios de la entidad en aplicación de la discrecionalidad del nominador, (Personero) por reestructuración de la planta de personal en la aplicación de la ley de ajuste fiscal, o por actos administrativos e investigaciones en cumplimiento de las funciones, deben ser reconocidas y pagadas por la Personería a pesar de que este organismo carece de personería jurídica?

Si la respuesta es afirmativa, su pago se puede efectuar con recursos destinados a funcionamiento, en razón a que la Personería únicamente cuenta con este rubro presupuestal, o, deben ser pagadas directamente por el municipio de Cali, a pesar de que éste no haya sido llamado a responder?

3. PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

3.1 Observación preliminar

Si bien el consultante presenta como antecedentes dos casos concretos, la Sala observa que absuelve la consulta de una manera general y abstracta, como han sido formulados los interrogantes.

3.2 La Personería Municipal de Santiago de Cali si bien carece de personería jurídica, tiene autonomía administrativa y presupuestal y constituye una Sección dentro del presupuesto municipal

Se pregunta inicialmente en la consulta, si las condenas judiciales en materia laboral o contencioso administrativa, a la Personería Municipal de Santiago de Cali, deben ser reconocidas y pagadas por ésta, pese a no tener personería jurídica.

Al respecto, es necesario señalar que la Personería Municipal puede carecer de personería jurídica, pero ello no es óbice para que efectúe el pago de las condenas judiciales, toda vez que goza de autonomía administrativa y presupuestal y constituye una Sección

dentro del presupuesto del respectivo municipio, lo cual la habilita para atender sus obligaciones y realizar sus pagos.

En materia presupuestal, las normas legales orgánicas son de aplicación tanto a nivel nacional como territorial, conforme lo establece el artículo 352 de la Constitución:

“Artículo 352.- Además de lo señalado en esta Constitución, la ley orgánica del presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el plan nacional de desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar” (Resalta la Sala).

El decreto 111 de 1996, “Por el cual se compilan la ley 38 de 1989, la ley 179 de 1994 y la ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto”, es pues, aplicable en el ámbito municipal y dispone en los artículos 108 y 110 lo siguiente:

“Artículo 108.- Las Contralorías y Personerías Distritales y Municipales tendrán la autonomía presupuestal señalada en la Ley Orgánica del Presupuesto (Ley 225/95, art. 30)” (Resalta la Sala).

“Artículo 110.- Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes.

En la sección correspondiente a la Rama Legislativa estas capacidades se ejercerán en la forma arriba indicada y de manera independiente por el Senado y la Cámara de Representantes; igualmente, en la sección correspondiente a la Rama Judicial serán ejercidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las Entidades Territoriales, Asambleas y Concejos, las Contralorías y Personerías Territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica.

En todo caso, el Presidente de la República podrá celebrar contratos a nombre de la Nación (Ley 38/89, art. 91, Ley 179/94, art. 51)” (Destaca la Sala).

Como se observa, el inciso tercero de esta última norma menciona a las “Personerías Territoriales”, expresión que comprende a las personerías distritales y a las municipales y en consecuencia, la ley orgánica de presupuesto reconoce a estos órganos, la autonomía presupuestal necesaria para el ejercicio independiente de su labor de control de la administración local y les confiere la categoría de ser una sección del presupuesto del respectivo distrito o municipio, con lo cual, además de la potestad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hacen parte (el distrito o el municipio), pueden

válidamente ordenar el gasto respecto de las apropiaciones que han sido incorporadas en la Sección que les corresponde.

Sobre este tema de la autonomía presupuestal, la Corte Constitucional, en sentencia C-101 del 7 de marzo de 1996, mediante la cual declaró exequible la primera parte (destacada en negrilla) del primer inciso del artículo 110 transcrito, expresó:

*“La norma parcialmente acusada no distingue entre los órganos del Estado a los cuales la Constitución reconoce directamente autonomía presupuestal y aquellos a los cuales la ley garantiza esta característica. En el primer caso, el concepto de autonomía presupuestal tiene arraigo en la Constitución misma y refleja la estructura orgánico-funcional básica del Estado. **En el segundo, en cambio, el ámbito de autonomía presupuestal es de libre configuración legal.**”*

*La omisión del Legislador en diferenciar entre los diversos órganos del Estado al momento de definir el concepto de autonomía presupuestal, no desemboca necesariamente en la inconstitucionalidad de la norma acusada. **Si bien el espacio de configuración legal es mayor tratándose de la regulación de la autonomía presupuestal de las entidades territoriales puesto que éstas están sujetas a la Constitución y a la ley (CP arts. 287 y 288), el alcance de la autonomía presupuestal de los órganos de control bien puede ser precisada por el Legislador, dentro de los parámetros constitucionales”** (Resalta la Sala).*

Y en la misma providencia, precisó sobre el ordenador del gasto en la ejecución del presupuesto:

“El concepto de ordenador del gasto se refiere a la capacidad de ejecución del presupuesto. Ejecutar el gasto, significa que, a partir del programa de gastos aprobado - limitado por los recursos aprobados en la ley de presupuesto -, se decide la oportunidad de contratar, comprometer los recursos y ordenar el gasto, funciones que atañen al ordenador del gasto”.

En consecuencia, el Personero Municipal y los funcionarios del nivel directivo en los cuales éste haya delegado la facultad de ordenación del gasto, pueden, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, ordenar el gasto respecto de las apropiaciones que figuren en la sección correspondiente de la Personería Municipal dentro del presupuesto del municipio, sin que haya que solicitar la intervención del Alcalde Municipal, pues ello significaría desconocer la autonomía presupuestal del órgano de control.

Sobre este particular, se pronunció la Corte Constitucional, al declarar exequibles el artículo 108 y las expresiones “y Concejos, las Contralorías y Personerías Territoriales” del inciso tercero del artículo 110 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, arriba transcritos, mediante la sentencia C-365 del 2 de abril de 2001, en el cual sostuvo lo siguiente:

“La independencia funcional y orgánica de estos entes de control local con respecto a la denominada administración municipal, se halla garantizada por la forma en que debe ser determinada su estructura administrativa, como quiera que la norma superior en comento dispone que compete a las asambleas y concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías, como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

(...)

Ahora bien, esta autonomía también es predicable de las personerías municipales que como integrantes del Ministerio Público tienen a su cargo en el nivel local la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas (art. 118 de la C.P.), tareas que deben cumplir con la debida independencia de las instituciones que integran la administración local, para lo cual se dispone que los personeros deben ser elegidos por el concejo municipal (art. 313-8 de la C.P.).

Estando claro que los órganos de control del nivel local no hacen parte de la administración municipal, porque se trata de entidades que por mandato superior gozan de la debida autonomía administrativa y presupuestal para el cumplimiento de su función de fiscalización de la actividad administrativa, es fácil inferir que el alcalde carece de competencia para ordenar sus gastos como si se tratara de instituciones que conforman la infraestructura administrativa del municipio.

La imposibilidad del alcalde para oficiar como ordenador del gasto de las contralorías y personerías municipales, asumiendo directamente la capacidad para contratar y comprometer las partidas presupuestales asignadas a nombre de estos órganos de control, constituye prenda de garantía de la efectividad del principio basilar del Estado Social de Derecho, que consagra el artículo 113 Fundamental y que corrobora el artículo 121, en virtud del cual los diferentes órganos estatales tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines, estándoles vedado el ejercicio de funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

*Suponer que la Carta autoriza a los alcaldes para ordenar el gasto de las contralorías y personerías municipales es desconocer el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales que, en general, **le aseguran a los órganos de control la autonomía necesaria para el ejercicio de su labor fiscalizadora, atributo que deriva diáfananamente de lo señalado en los artículos 113, 117, 118, 119, 268, 272, 277 y 313-8 del Ordenamiento Superior.***

(...)

*Es incuestionable, pues, que las contralorías **y personerías** tienen competencia para ordenar sus gastos con independencia de lo decidido por el alcalde para la administración local, **lo cual constituye, incuestionablemente, una expresión de la autonomía presupuestal que les reconoce la Carta Política para la consecución de los altos propósitos que les ha trazado el Estatuto Superior**" (Resalta la Sala).*

En síntesis, compete a la Personería Municipal de Santiago de Cali proceder al reconocimiento y pago de las sentencias judiciales dictadas en su contra, que se encuentren en firme, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 173, 174, 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, con cargo al presupuesto de gastos asignado en su Sección, dentro del presupuesto general del municipio, para lo cual debe tener y afectar el rubro correspondiente, siguiendo el principio de legalidad del gasto.

Interesa pues ahora, analizar el tema del rubro presupuestal para el pago de tales sentencias.

3.3 El rubro presupuestal destinado al pago de las sentencias judiciales

La Constitución Política es clara en señalar que todos los gastos de cualquier órgano o entidad pública deben estar expresamente contemplados en su presupuesto.

Es así como el inciso segundo del artículo 345 de la Carta dispone que no “podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto”, y el artículo 347 insiste en que “el proyecto de ley de apropiaciones deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva”.

Adicionalmente, el artículo 346 del ordenamiento superior menciona, dentro de los gastos, a los créditos judicialmente reconocidos.

El Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto compilatorio 111/96), aplicable a nivel territorial, como se vio, y por ende, a la Personería Municipal de Santiago de Cali, señala en el artículo 36, que el presupuesto de gastos se compone de los gastos de funcionamiento, del servicio de la deuda pública y de los gastos de inversión, y el artículo 38 dispone que en el presupuesto de gastos sólo se pueden incluir apropiaciones que correspondan, entre otros conceptos, “A créditos judicialmente reconocidos”.

Ahora bien, la ley 1110 del 27 de diciembre de 2006, referente al presupuesto general de la Nación para el año 2007, en su artículo 39 dispone:

“Artículo 39.- Las sentencias y conciliaciones serán incorporadas al presupuesto de acuerdo con la disponibilidad de recursos, de conformidad con el artículo 39 del estatuto orgánico del presupuesto”.

El artículo 39 del Estatuto establece lo siguiente:

“Artículo 39.- Los gastos autorizados por leyes preexistentes a la presentación del proyecto anual del presupuesto general de la Nación, serán incorporados a éste, de acuerdo con la disponibilidad de recursos y las prioridades del Gobierno, si corresponden a funciones de órganos del nivel nacional y guardan consonancia con el plan nacional de inversiones, e igualmente las apropiaciones a las cuales se refiere el parágrafo único del artículo 21 de la ley 60 de 1993.

Los proyectos de ley mediante los cuales se decreten gastos de funcionamiento sólo pueden ser presentados, dictados o reformados por iniciativa del Gobierno a través del Ministro de Hacienda y Crédito Público y del Ministro del ramo, en forma conjunta (Ley 179 de 1994, art. 18)”.

Ahora bien, como se advierte de la consulta, que la Personería Municipal de Santiago de Cali, en la actualidad, dentro de su Sección del presupuesto de la ciudad, carece de un rubro presupuestal denominado “Sentencias y Conciliaciones”, para atender estos compromisos, lo procedente es asignarle recursos para crear dicho rubro, mediante la tramitación ante el Concejo Municipal, de un proyecto de Acuerdo de traslados o adiciones presupuestales, conforme a lo dispuesto por los artículos 79 y 80 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, que establecen lo siguiente:

“Artículo 79.- Cuando durante la ejecución del Presupuesto General de la Nación **se hiciera indispensable aumentar el monto de las apropiaciones, para complementar las insuficientes, ampliar los servicios existentes o establecer nuevos servicios autorizados por la ley, se pueden abrir créditos adicionales** por el Congreso o por el Gobierno, con arreglo a las disposiciones de los artículos siguientes (Ley 38/89, art. 65)” (Resalta la Sala).

“Artículo 80.- El Gobierno nacional presentará al Congreso nacional, proyectos de ley sobre **traslados y créditos adicionales al presupuesto, cuando sea indispensable aumentar la cuantía de las apropiaciones autorizadas inicialmente o no comprendidas en el presupuesto por concepto de gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública e inversión (Ley 38/89, art. 66, Ley 179/94, art. 55, incs. 13 y 17)**” (Destaca la Sala).

En consecuencia, una vez se encuentre vigente el Acuerdo municipal de aprobación del traslado o adición presupuestal correspondiente, el Personero Municipal o el funcionario en quien haya delegado la función, podrá ordenar el gasto respectivo para efectuar el pago de las sentencias condenatorias en firme, a cargo del órgano de control.

LA SALA RESPONDE:

1. Las sentencias en firme, dictadas por las jurisdicciones laboral y contenciosa administrativa, mediante las cuales se condena al pago de sumas de dinero, de manera expresa, a la Personería Municipal de Santiago de Cali, deben ser reconocidas y pagadas por este organismo, al cual le corresponde una Sección del presupuesto municipal.
2. El Concejo Municipal de Santiago de Cali, mediante la aprobación de un Acuerdo, debe apropiar las partidas y autorizar los traslados y adiciones presupuestales necesarios, para que la Personería Municipal de Santiago de Cali disponga y afecte, dentro de su presupuesto de gastos, el rubro de “Sentencias y Conciliaciones”, destinado al pago de las mencionadas sentencias judiciales.

Transcribábase al señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: FLAVIO RODRÍGUEZ ARCE, Presidente de la Sala. GUSTAVO EDUARDO APONTE SANTOS, Consejero. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Consejero. LIDA YANNETTE MANRIQUE, Secretaria de la Sala.

2. Regiones administrativas y de planificación. Facultad constitucional de los departamentos para su creación

Radicado 2017

Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra

Fecha: 02/11//2011

Levantamiento de la reserva mediante oficio del 13 de diciembre de 2011

El señor Ministro del Interior y de Justicia formuló a la Sala una consulta referente a la viabilidad de crear las regiones administrativas y de planificación (que denomina, en forma abreviada, RAP) por parte de los departamentos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 306 de la Constitución Política.

1. Antecedentes

1.1 Antecedentes expuestos en la consulta

El Ministro manifestó en la consulta que en las elecciones del 14 de marzo de 2010 se realizó la llamada “Consulta Caribe”, entre los habitantes del Caribe colombiano, con un resultado de 2,5 millones de votos a favor de la creación de la Región Caribe como una entidad territorial de derecho público, y “por tanto, como RAP, pues este mandato la comprende”.

Señaló que tal consulta fue “autorizada por el Consejo Nacional Electoral y avalada por la Registraduría Nacional del Estado Civil” y si bien sus resultados no tienen efectos jurídicos vinculantes en los términos de la ley 134 de 1994, sí tienen “efectos políticos vinculantes” que obligan al Congreso de la República a tramitar y expedir la ley orgánica de ordenamiento territorial prevista en el artículo 307, entre otros, de la Constitución, y a los gobernadores de los departamentos caribeños a concretar jurídicamente este mandato popular expresado en las urnas.

Consideró el Ministro que ameritaba una revisión el Concepto No. 1.361 del 6 de septiembre de 2001, mediante el cual la Sala de Consulta y Servicio Civil señaló que la creación de las regiones administrativas y de planificación no requería la expedición previa de la ley de ordenamiento territorial, pero sí la de una ley ordinaria, que regulara varios aspectos de la creación de dichas entidades, “tales como si debe preceder una ordenanza de las asambleas departamentales respectivas autorizando la constitución, o si se trata de un convenio celebrado entre los gobernadores que posteriormente aprobarán las asambleas departamentales, ... el procedimiento para fijar la sede de la región administrativa y de planificación, si dicha sede será permanente o podrá alternarse con una determinada periodicidad, como también el sistema de control político, el régimen laboral de los servidores vinculados a dicha entidad, los recursos de que dispondrán dichas regiones administrativas y de planificación y el régimen de control fiscal”.

Expresó que el artículo 306 de la Carta confería directamente a los departamentos la facultad de crear las regiones administrativas y de planificación, sin supeditarla a la previa expedición de una ley ordinaria, contravirtiendo las razones expuestas en el concepto citado, y señaló que algunos de los aspectos mencionados se encontraban regulados en diversas leyes, como las Nos. 42 y 87 de 1993, 489 de 1998, 617 de 2000 y 715 de 2001, y el decreto ley 1222 de 1986, y que otros aspectos serían objeto del respectivo convenio interadministrativo que al efecto celebrarían los gobernadores.

1.2 Información adicional aportada por el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil

El Consejero Ponente dispuso, mediante auto del 23 de julio de 2010, oficiar al Consejo Nacional Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, con la finalidad de obtener información respecto de la llamada Consulta Caribe, que dio origen a la presente consulta.

El Consejo Nacional Electoral, por intermedio de la doctora Gloria Ruiz Moya, Subsecretaria, mediante oficio CNE-SS-10019 del 30 de julio de 2010, remitió la información requerida, de la cual se destacan los siguientes aspectos:

1.2.1. El texto de la papeleta de voto de la mencionada consulta fue el siguiente:

*“VOTO CARIBE
POR EL PODER DE NUESTRA REGIÓN*

Voto a favor de la Constitución de la Región Caribe como una entidad territorial de derecho público, con autonomía para la gestión de sus intereses, que promueva el desarrollo económico y social de nuestro territorio dentro del Estado y la Constitución Colombiana”.

1.2.2. El Consejo Nacional Electoral, por medio del Concepto radicado 0059-10 del 9 de febrero de 2010, se refirió a la petición de los Gobernadores de los Departamentos del Caribe Colombiano, liderada por el doctor Eduardo Verano de la Rosa, Gobernador del Departamento del Atlántico, “para la realización de una ‘Consulta democrática’ a los ciudadanos de los departamentos del Caribe, con el fin de indagar su opinión frente a la creación de ‘La Región Caribe de la República de Colombia, como entidad territorial de derecho público’”.

Consideró que “corresponde a la Organización Electoral propender por la práctica de iniciativas ciudadanas, no solo cuando ellas estén enmarcadas en una de aquellas previstas en el artículo 103 de la Constitución sino también, cuando la propuesta esté evidentemente encaminada a la divulgación del derecho fundamental a la participación ciudadana”.

Y concluyó: “Siendo así, es viable la realización de una consulta popular de connotaciones eminentemente PEDAGÓGICAS, sin fuerza vinculante”.

1.2.3. El Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución No. 0783 del 20 de abril de 2010, “Por la cual se certifican los resultados de los escrutinios de la consulta realizada a los ciudadanos de la Región Caribe, el día 14 de marzo de 2010”, certificó que hubo un total de 2.502.907 votos en la mencionada consulta.

1.2.4. Por su parte, la Registraduría Nacional del Estado Civil, a través del doctor Alfonso Portela Herrán, Registrador Delegado en lo Electoral, mediante oficio RDE-964 del 2 de agosto de 2010 envió dentro de la documentación requerida, la Circular No. 031 del 23 de febrero de 2010, dirigida a los Delegados Departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, Registradores Distritales, Especiales, Municipales y Auxiliares del Estado Civil, por el Registrador Delegado en lo Electoral, la cual se refiere a “Información general de las consultas populares, partidos políticos y Región Caribe”.

La Circular indicó que en los comicios del domingo 14 de marzo de 2010 se debía realizar “la consulta pedagógica de la Región Caribe” entre los electores de los departamentos del Atlántico, Bolívar, Cesar, Córdoba, La Guajira, Magdalena, San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Sucre, transcribía el texto de la papeleta de voto y daba instrucciones acerca de su recepción y contabilización.

2. Interrogantes

El señor Ministro presentó los siguientes interrogantes:

“1. ¿Puede adelantarse el proceso y consecuentes creaciones de las Regiones Administrativas y de Planificación (RAP) autorizadas por el artículo 306 Constitucional, sin necesidad de expedición de una ley ordinaria que lo reglamente?”

2. Siendo el objeto principal de la Región Administrativa y de Planificación (RAP) como entidad pública, el desarrollo económico y social de su respectivo territorio, según lo estipulado por el Artículo 306 Constitucional, ¿es necesario expedir una ley ordinaria para reglamentarla cuando ya lo hizo la ley 152 de 1994 (Capítulo XI), orgánica de la planeación en Colombia, y cuando la norma constitucional creadora no condiciona su aplicación inmediata a reglamentación legal alguna?

3. Al consagrar el Artículo 306 Constitucional que “dos o más departamentos podrán constituirse en regiones administrativas y de planificación, con personería jurídica, autonomía y patrimonio propio”, ¿le otorga el Constituyente a las RAP la condición de entidades descentralizadas por servicios de carácter especial, constituyéndose en una nueva clasificación de este tipo de entidades?

4. El principio de autonomía territorial consagrado en el artículo 1º Constitucional ¿otorga a los departamentos la potestad no sólo de constituir las RAP sino también de darles la organización interna como entidades descentralizadas de acuerdo con las necesidades del servicio y las conveniencias de su desarrollo, todo dentro del marco fijado por el Artículo 306 Constitucional y las leyes 152 de 1994, orgánica de la planeación, y 489 de 1998, que regula la organización y el funcionamiento de las entidades descentralizadas del orden nacional aplicable a las del orden territorial?

5. Los 2,5 millones de votos depositados por los ciudadanos del Caribe colombiano en las elecciones del 14 de Marzo de 2010 a favor de la constitución de la región Caribe ¿constituye un mandato ciudadano a los gobernadores caribeños y otras autoridades del Estado colombiano (superior al que pueda otorgarle a aquéllos las Asambleas Departamentales) para constituir la Región Administrativa y de Planificación del Caribe (RAP CARIBE)?

6. En caso de necesitarse una ley reglamentaria, cuáles serían los asuntos objeto de reglamentación?”

3. PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

3.1 *La región como entidad territorial y la región administrativa y de planificación*

No se conoce en la teoría social ni en el lenguaje jurídico una definición unívoca de región. De acuerdo con la experiencia político administrativa universal, según los datos que ofrece el derecho comparado, las regiones suelen ser divisiones del territorio estatal que cumplen determinados propósitos de administración y, aún, de gobierno, bajo un régimen muy variable de autonomía.

El tamaño de las regiones y los criterios de construcción regional difieren mucho según los distintos países que han adoptado esta forma de organización territorial. Así, por ejemplo, los Lander alemanes, que de por sí son ya bastante pequeños, están divididos administrativamente en regiones.⁶²⁹ La región francesa, en cambio, es resultado de la

629 El Land de Baviera está subdividido en 18 regiones, el de Renania Septentrional Westfalia en 14. Thorsten Sagawe, *Regiones para complementar los niveles subnacionales*, en “Colombia regional, alternativas y estrategias”, Universidad Externado de Colombia,

agrupación de varios departamentos. La geografía de las regiones es determinada, en los distintos ordenamientos jurídicos que las contemplan, por muy diversos factores: la idiosincrasia étnica, histórica y cultural, o bien las particularidades de geografía física, clima, recursos naturales, especialidad económica y otros rasgos similares que les confiere identidad a dichos territorios.⁶³⁰

El artículo 306 de la Carta Política dispuso que habrá región en Colombia a partir de “dos o más departamentos”, sin sujeción a ninguna condición especial desde el punto de las características físicas del territorio, de su economía o de sus habitantes. En tales términos, cualquier tipo de unión interdepartamental será válida para constituir región, y el número de integrantes es indiferente, siempre y cuando la constituyan por lo menos dos departamentos.

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia C – 207 de 2000, indicó:

“En términos constitucionales la región es un criterio de organización funcional que a partir de un espacio territorial determinado, busca facilitar las tareas de administración a través de la prestación descentralizada de servicios, del fomento de proyectos de desarrollo, o de la ordenación de recursos -materiales o monetarios- para su eficaz inversión. La definición concreta de una región, es decir, las zonas del país que afecta, las finalidades que cumple y los auxilios financieros con los que cuenta para su gestión, son asuntos que corresponde fijar a la ley”.

El profesor Orlando Fals Borda, quien lideró en la Asamblea Constituyente los debates sobre ordenamiento territorial y luego fue presidente de la Comisión de Ordenamiento Territorial creada por el artículo 38 transitorio de la C.P., expresó sobre esta materia:

“Todas estas visiones alternativas de ‘región’ son útiles e interesantes y, como viene dicho, entre ellas privilegamos lo cultural e histórico. No obstante, a partir de la promulgación de la Constitución de 1991 existe otra definición de región que es jurídica y de obligatorio cumplimiento, así no refleje las realidades existentes, excepto las político – administrativas con todos sus defectos. Por normas de los artículos 306 y 307, en adelante las regiones colombianas deben configurarse como resultado de protocolos o entendimientos entre gobernadores de departamentos debidamente autorizados, en dos maneras o etapas:

1. *Región como entidad administrativa y de planificación (RAP)...*

2. *Región como entidad territorial plena (RET)”⁶³¹.*

El concepto de región establecido en la Constitución hace referencia a modalidades de integración interdepartamental⁶³² que pueden presentarse en dos ámbitos: *i)* como

Bogotá, 2005, p. 22.

630 V. Giuseppe de Vergottini, “Las transiciones constitucionales. Desarrollo y crisis del constitucionalismo a finales del siglo XX”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 95. Jacobo Pérez Escobar. “Derecho Constitucional Colombiano”. Editorial Temis, Quinta Edición. Bogotá, D.C., 1997. Pág. 717. Miguel S. Marienhoff Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, pág. 504. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires. Cuarta Edición, 1990.

631 “Región e historia. Elementos sobre ordenamiento y equilibrio regional en Colombia”. Tercer Mundo Editores – IEPRI Universidad Nacional. Bogotá, D.C., Primera Edición 1996. Págs. 30 – 31.

632 Existe sólo una posibilidad de que la organización territorial para la ejecución de labores de la administración, al que sirve la región, también pueda lograrse mediante la integración de entes territoriales de distinto nivel. Es el caso previsto exclusivamente para el Distrito Capital de Bogotá en el artículo 325 Superior: “Con el fin de garantizar la ejecución de planes y programas de desarrollo integral y la prestación oportuna y eficiente de los servicios a su cargo, dentro de las condiciones que fijen la Constitución y la ley, el

mecanismo territorial de desarrollo económico y social (región administrativa y de planificación), y *ii*) como forma especial y permanente de ordenación del territorio (región como entidad territorial).

El artículo 306 C.P. permite que dos o más departamentos se constituyan en “*regiones administrativas y de planificación, con personería jurídica, autonomía y patrimonio propio*”. Su objeto principal será “*el desarrollo económico y social del respectivo territorio*”. Las regiones administrativas y de planificación no son entidades territoriales, puesto que de estas trata el artículo 307.

Respecto a la región como entidad territorial, el artículo 286 de la C.P. dispone que la ley “*podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución...*”. Se trata de una fórmula compatible con el carácter unitario del Estado colombiano, consistente en la aplicación de un mecanismo de descentralización territorial para el cumplimiento de las funciones que le asigne la ley en condiciones de autonomía.

Para tal efecto el artículo 307 de la C.P. dispone que la ley orgánica de ordenamiento territorial, que ha de expedir el Congreso, establecerá las atribuciones, los órganos de administración, y los recursos de las regiones y su participación en el manejo de los ingresos provenientes del Fondo Nacional de Regalías. Igualmente, definirá los principios para la adopción del estatuto especial de cada región.

De conformidad con el plan constitucional, una región únicamente podrá acceder al status de entidad territorial siempre y cuando previamente hubiere existido como región administrativa y de planificación. La Constitución excluye la posibilidad de creación directa de regiones con el carácter de entidades territoriales, rango este al cual las regiones accederán únicamente por vía de transformación. No otro es el sentido del artículo 307 constitucional cuando dispone: “*La respectiva ley orgánica... establecerá las condiciones para solicitar la conversión de la región en entidad territorial.*” Similar es el sentido del artículo 285: “*La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.*”

Debe hacerse notar que la Constitución no somete a reserva de ley la creación de las regiones administrativas y de planificación, como sí lo hace respecto de su transformación en entidad territorial. En efecto, para su transformación en entidad territorial, de acuerdo con el artículo 307 deberán cumplirse los siguientes pasos: i) Ley orgánica de ordenamiento territorial, que “*establecerá las condiciones para solicitar la conversión de la región en entidad territorial*”, además de “*las atribuciones, los órganos de administración, y los recursos de las regiones y su participación en el manejo de los ingresos provenientes del fondo nacional de regalías*”; ii) Concepto previo de la comisión de ordenamiento territorial al proyecto de ley para la conversión de una región en entidad territorial; iii) Aprobación de la ley por el Congreso de la República; iv) Ratificación de la ley por referendo de los ciudadanos de los departamentos interesados. Posteriormente se adoptará para la región un “*estatuto especial*”, de conformidad con los principios que para el efecto se dispongan en la ley orgánica (artículo 307).

Distrito Capital podrá conformar un área metropolitana con los municipios circunvecinos y una región con otras entidades territoriales de carácter departamental”.

Una vez nazcan a la vida jurídica las entidades territoriales de naturaleza regional, se convertirán en titulares de los derechos constitucionales que a toda entidad territorial confiere el artículo 287 en virtud del principio de autonomía consagrado en el artículo 1°, a saber: i) Gobernarse por autoridades propias, esto es, de elección popular; ii) Ejercer las competencias que les correspondan, en particular las que les atribuya la ley orgánica; iii) Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y iv) Participar en las rentas nacionales.

Ahora bien, dado que al momento de emitirse este concepto entró en vigencia la ley 1454 del 28 de junio de 2011, *“por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”*, la Sala observa que en esta se encuentra respuesta a las preguntas formuladas en la consulta y, por tanto, estima pertinente adentrarse en su análisis y, en particular, en el estudio de las disposiciones atinentes a las regiones administrativas y de planificación.

3.2 Concepto de región administrativa y de planificación (RAP) en la ley orgánica 1454 de 2011

La citada ley tiene por objeto, según el artículo 1°, *“...dictar las normas orgánicas para la organización político administrativa del territorio colombiano; enmarcar en las mismas el ejercicio de la actividad legislativa en materia de normas y disposiciones de carácter orgánico relativas a la organización político administrativa del Estado en el territorio; establecer los principios rectores del ordenamiento; definir el marco institucional e instrumentos para el desarrollo territorial; definir competencias en materia de ordenamiento territorial entre la Nación, las entidades territoriales y las áreas metropolitanas y establecer las normas generales para la organización territorial”*.

En dicho contexto normativo, la ley 1454 claramente distingue la región como entidad territorial (RET) de la región administrativa y de planificación (RAP). Respecto de la primera, la ley ratifica las reglas constitucionales expuestas, en el sentido de excluir la posibilidad de creación directa de regiones con el carácter de entidades territoriales, rango este al cual las regiones accederán únicamente por vía de transformación (artículo 307 de la Constitución.) Dice así el artículo 36 de la ley 1454:

“ARTÍCULO 36. De la Región Territorial. De conformidad con el artículo 307 de la Constitución Política la Región Administrativa y de Planificación podrá transformarse en Región Entidad Territorial, de acuerdo con las condiciones que fije la ley que para el efecto expida el Congreso de la República”.

Por su parte, el artículo 30 de la misma ley define las RAP y regula el procedimiento para constituir las en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 30. Región Administrativa y de Planificación. Son Regiones Administrativas y de Planificación (RAP) las entidades conformadas por dos o más departamentos, con personería jurídica, autonomía financiera y patrimonio propio, cuya finalidad está orientada al desarrollo regional, la inversión y la competitividad, en los términos previstos en el artículo 306 de la Constitución Política y en el marco de los principios consagrados en la presente ley, enfatizando la gradualidad, flexibilidad y responsabilidad fiscal. Los departamentos que conformen la RAP deberán tener en cuenta para su financiación y funcionamiento los parámetros establecidos en la Ley 617 de 2000 y 819 de 2003 para los departamentos que las conformen.

En ningún caso las Regiones Administrativas y de Planificación podrán constituir circunscripción electoral especial dentro de la división político administrativa territorial del país.

De conformidad con lo previsto en el artículo 306 de la Constitución Política, previa autorización de sus respectivas asambleas, y previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial de Senado, los gobernadores de dos o más departamentos podrán constituir mediante convenio la región administrativa y de planificación que consideren necesaria para promover el desarrollo económico de sus territorios y el mejoramiento social de sus habitantes.

Entre los departamentos que conformen las regiones aquí previstas debe haber continuidad geográfica.

Lo anterior no impedirá que Departamentos que no guarden continuidad geográfica puedan desarrollar alianzas estratégicas de orden económico con el fin de comercializar sus bienes y servicios a nivel nacional e internacional.

La Nación podrá cofinanciar proyectos estratégicos de las regiones administrativas y de planificación, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones previstos en la normativa vigente.

Parágrafo. Los Distritos Especiales cuyo territorio esté inmerso en una Región Administrativa y de Planificación tendrán las mismas prerrogativas que estas les otorguen a los Departamentos.

Parágrafo 2°. Lo dispuesto en este artículo se aplicará en lo pertinente frente a la constitución de la Región Administrativa y de Planificación Especial (RAPE) entre entidades territoriales departamentales y el Distrito Capital.

Parágrafo 3°. De conformidad con el artículo 325 de la Constitución Política, el Distrito Capital de Bogotá, el Departamento de Cundinamarca y los departamentos contiguos a este podrán asociarse en una Región Administrativa de Planeación Especial (RAPE), con personería jurídica, autonomía y patrimonio propio cuyo objeto principal será el desarrollo económico y social de la respectiva región.

Las citadas entidades territoriales conservarán su identidad política y territorial. El acto de constitución de la Región Administrativa y de Planeación Especial podrá realizarse por convenio entre los mandatarios seccionales, previa aprobación por parte de las corporaciones de las respectivas entidades territoriales y su ejecución será incorporada en el respectivo plan de desarrollo de la región mediante ordenanza y acuerdo distrital o municipal, en cada caso, según corresponda”.

De la disposición transcrita, así como de la aplicación de los principios y demás normas de la ley 1454, pueden extraerse los siguientes elementos constitutivos de la noción de las RAP:

- i. Las RAP están conformadas por dos o más departamentos. No obstante, la que conformen las entidades territoriales departamentales y el Distrito Capital, se denominará Región Administrativa y de Planificación Especial (RAPE).*
- ii. Las RAP son esquemas asociativos territoriales. En efecto, uno de los principios rectores del ordenamiento territorial quedó definido así en el artículo 3° num. 13:*
- iii. “Asociatividad. El ordenamiento territorial propiciará la formación de asociaciones entre las entidades territoriales e instancias de integración territorial para producir economías de escala, generar sinergias y alianzas competitivas, para la consecución de objetivos de desarrollo económico y territorial comunes”*

- iv. El proceso asociativo de las RAP requiere de la autorización previa de las correspondientes Asambleas Departamentales interesadas en su conformación, además del previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial del Senado y la celebración de un convenio entre los gobernadores de los departamentos respectivos.
- v. La finalidad de la RAP es el desarrollo económico, la inversión y competitividad de los territorios que la conforman, así como el mejoramiento social de sus habitantes.
- vi. Para la conformación de la RAP deben tenerse en cuenta los principios previstos en la ley 1454, con especial énfasis en los de gradualidad y flexibilidad⁶³³, así como el de responsabilidad fiscal.
- vii. Respecto de este último, los departamentos que conformen la RAP deberán tener en cuenta para su financiación y funcionamiento los parámetros establecidos en las leyes 617 de 2000 y 819 de 2003.
- viii. En ningún caso las RAP podrán constituir circunscripción electoral especial dentro de la división político administrativa territorial del país.
- ix. Debe existir continuidad geográfica entre los departamentos que conformen la RAP.
- x. Por todo lo anterior, las RAP no pertenecen al orden nacional sino al territorial.

No sobra mencionar que, por expresa disposición de la ley orgánica 1454 de 2011, quedaron derogadas todas las disposiciones contrarias a lo en ella previsto (art. 40).

Expuestos los anteriores elementos y dado que en la consulta se pregunta si las RAP son entidades descentralizadas, pasará la Sala a dilucidar tal asunto.

3.3 Las Regiones administrativas y de planificación son esquemas asociativos territoriales

De acuerdo con el artículo 210 de la C.P., la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla mediante distintas formas de organización, entre ellas la descentralización. El concepto general de descentralización en el derecho administrativo colombiano apunta a la creación y organización de administraciones autónomas⁶³⁴, lo que le permite al ente descentralizado disfrutar de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, con sujeción a control de tutela. Dichos elementos se reúnen todos en el caso de las RAP, las cuales son de acuerdo con la ley 1454 de 2011 expresión de los principios rectores del ordenamiento territorial que consagra el artículo 3°, y en particular una manifestación de los principios de asociatividad y descentralización. Este último está formulado por la ley en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 3. Principios rectores del ordenamiento territorial. Son principios del proceso del ordenamiento territorial entre otros los siguientes:

(...) 3. Descentralización. La distribución de competencias entre la Nación, entidades territoriales y demás esquemas asociativos se realizará trasladando el correspondiente poder de decisión de los órganos

633 “Art. 3 num. 10. Gradualidad y flexibilidad. El ordenamiento territorial reconoce la diversidad de las comunidades y de las áreas geográficas que componen el país, por tanto, ajustará las diferentes formas de división territorial. Las entidades e instancias de integración territorial se adaptarán progresivamente, para lo cual podrán asignárseles las competencias y recursos que les permitan aumentar su capacidad planificadora, administrativa y de gestión. //En el caso de las instancias de integración, las competencias y recursos serán asignados por las respectivas entidades territoriales que las componen”.

634 Consistente en el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a personas públicas diferentes del Poder Central para que las ejerzan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad.

centrales del Estado hacia el nivel territorial pertinente, en lo que corresponda, de tal manera que se promueva una mayor capacidad de planeación, gestión y de administración de sus propios intereses, garantizando por parte de la Nación los recursos necesarios para su cumplimiento”.

A partir de dichos principios la ley 1454 de 2011 cataloga y describe las regiones administrativas y de planificación – RAP como “esquemas asociativos territoriales” (artículo 3° numeral 3, Capítulo II, en especial los artículos 9° y 10°) e “instancias de integración territorial” (artículo 3° numerales 10 y 13). El artículo 10° de la ley incluye a las regiones administrativas y de planificación – RAP en la categoría de “esquemas asociativos territoriales”, junto con las regiones de planeación y gestión, las asociaciones de departamentos propiamente dichas, las áreas metropolitanas, las asociaciones de distritos especiales, las provincias administrativas y de planificación y las asociaciones de municipios de antaño conocidas.

Las regiones administrativas y de planificación – RAP, que no son entidades territoriales pues les falta todo lo que para el efecto exige el artículo 307 de la Constitución, son resultado de la libre voluntad departamental de integrarse y constituirse en RAP, mediante ordenanza y convenio, dando así origen a una persona jurídica de derecho público de naturaleza asociativa del orden territorial.

Las RAP, como entes asociativos de origen departamental que son, pueden de acuerdo con los principios del proceso de ordenamiento territorial consagrados en la ley 1454, en especial el principio de descentralización, participar en procesos de distribución de competencias con la Nación, siendo de destacar que dicha descentralización tiene como finalidad promover *“una mayor capacidad de planeación, gestión y de administración de sus propios intereses, garantizando por parte de la Nación los recursos necesarios para su cumplimiento”*, tal como se dispone en el artículo 3° numeral 3 arriba transcrito.

3.4 El procedimiento para constituir la Región administrativa y de planificación del Caribe (RAP CARIBE)

Según lo expuesto en este concepto, ningún procedimiento distinto al constitucionalmente fijado en el artículo 307 puede válidamente llevar a la constitución de una región de rango territorial (RET). Es pues claro que no está al arbitrio de los ciudadanos ni de las autoridades sustituir dicho trámite por ninguno otro, so pena de incurrir en violación constitucional.

En cuanto hace a las RAP observa la Sala que el artículo 306 de la Constitución Política atribuye a los departamentos una competencia directa para conformarlas. El procedimiento para crearlas, de acuerdo con la ley 1454 de 2011, exige la autorización previa de las correspondientes Asambleas Departamentales, el previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial del Senado, y la celebración de un convenio entre los gobernadores de los departamentos respectivos. Siendo estas las únicas reglas establecidas en la Constitución y la ley orgánica para crear una RAP, ningún procedimiento que se aparte de dicha preceptiva es conforme a derecho ni podrá producir efecto jurídico alguno.

Finalmente, la Sala observa que, en virtud de la expedición de la ley orgánica 1454 de 2011, ha cambiado el marco jurídico que sirvió de fundamento al concepto 1361 del 6 de septiembre de 2001, particularmente en lo relativo al procedimiento exigido para la conformación de las regiones administrativas y de planificación.

LA SALA RESPONDE:

“1. ¿Puede adelantarse el proceso y consecuentes creaciones de las Regiones Administrativas y de Planificación (RAP) autorizadas por el artículo 306 Constitucional, sin necesidad de expedición de una ley ordinaria que lo reglamente?”

“2. Siendo el objeto principal de la Región Administrativa y de Planificación (RAP) como entidad pública, el desarrollo económico y social de su respectivo territorio, según lo estipulado por el Artículo 306 Constitucional, ¿es necesario expedir una ley ordinaria para reglamentarla cuando ya lo hizo la ley 152 de 1994 (Capítulo XI), orgánica de la planeación en Colombia, y cuando la norma constitucional creadora no condiciona su aplicación inmediata a reglamentación legal alguna?”

“4. El principio de autonomía territorial consagrado en el artículo 1º Constitucional ¿otorga a los departamentos la potestad no sólo de constituir las RAP sino también de darles la organización interna como entidades descentralizadas de acuerdo con las necesidades del servicio y las conveniencias de su desarrollo, todo dentro del marco fijado por el Artículo 306 Constitucional y las leyes 152 de 1994, orgánica de la planeación, y 489 de 1998, que regula la organización y el funcionamiento de las entidades descentralizadas del orden nacional aplicable a las del orden territorial?”

“6. ¿En caso de necesitarse una ley reglamentaria, cuáles serían los asuntos objeto de reglamentación?”

Como ya se señaló, luego de haber sido recibida esta consulta entró en vigencia la ley 1454 del 28 de junio de 2011, *“por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”*, que desarrolla en detalle el artículo 306 de la Constitución Política y en buena medida da respuesta a las preguntas arriba transcritas. Dicha ley establece un procedimiento especial que no sólo viabiliza la constitución de las regiones administrativas y de planificación - RAP, sino que estimula e incentiva sus posibilidades para la distribución de competencias entre la Nación y dichas entidades.

La ley orgánica 1454 de 2011 configura las regiones administrativas y de planificación - RAP como la culminación de un proceso asociativo de los departamentos que exige autorización previa de las correspondientes Asambleas Departamentales, concepto previo de la Comisión de Ordenamiento Territorial del Senado y la celebración de un convenio entre los gobernadores respectivos.

“3. Al consagrar el Artículo 306 Constitucional que ‘dos o más departamentos podrán constituirse en regiones administrativas y de planificación, con personería jurídica, autonomía y patrimonio propio’, ¿le otorga el Constituyente a las RAP la condición de entidades descentralizadas por servicios de carácter especial, constituyéndose en una nueva clasificación de este tipo de entidades?”

Bien cabe concluir que las RAP emergen, en la ley 1454 de 2011, como entidades descentralizadas de carácter especial, dado el amplio alcance que en dicha ley se da al principio

de descentralización. Con todo, siguiendo la definición y los rasgos distintivos que les atribuye la ley, para ser más precisos ha de entenderse que las regiones administrativas y de planificación – RAP son “esquemas asociativos territoriales” o “instancias de integración territorial” de origen departamental que dan lugar a personas jurídicas de derecho público de naturaleza asociativa del orden territorial.

“5. Los 2,5 millones de votos depositados por los ciudadanos del Caribe colombiano en las elecciones del 14 de Marzo de 2010 a favor de la constitución de la región Caribe ¿constituye un mandato ciudadano a los gobernadores caribeños y otras autoridades del Estado colombiano (superior al que pueda otorgarle a aquéllos las Asambleas Departamentales) para constituir la Región Administrativa y de Planificación del Caribe (RAP CARIBE)?”

El artículo 306 de la Constitución Política y la Ley Orgánica 1454 de 2011 atribuyen una competencia directa a los departamentos para conformar las Regiones administrativas y de planificación (RAP). Para constituir las debe seguirse el procedimiento previsto en dicha ley, la cual no prevé, ni exige ni autoriza la celebración de consulta popular previa.

Transcribese al señor Ministro del Interior. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Consejero. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala

3. Competencia y jurisdicción de las autoridades de tránsito

Radicado 2034

Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra

Fecha: 21/09/2011

Levantamiento de la reserva mediante oficio del 29 de septiembre de 2011

1. La Consulta

El Ministerio del Interior y de Justicia, a solicitud del Doctor Juan Carlos Granados Becerra, Presidente de la Comisión Sexta Constitucional Permanente de la Honorable Cámara de Representantes, solicita a la Sala concepto sobre la jurisdicción y competencia de las autoridades de Tránsito de acuerdo con lo dispuesto en la ley 769 de 2002 - Código Nacional de Tránsito Terrestre, y la ley 1310 de 2009 aplicable a las autoridades de tránsito en el ámbito territorial.

Las inquietudes son las siguientes:

“1. ¿Cuál es la norma pertinente y aplicable, en los entes territoriales, si existen dos autoridades de tránsito efectuando la misma función de agentes de tránsito y transporte?”

Teniendo en cuenta que la primera corresponde a los agentes de tránsito y transporte Municipales quienes vienen desarrollando dicha actividad hace casi 40 años en estos entes

territoriales, con vinculación legal y reglamentaria en carrera administrativa. La segunda corresponde a los cuerpos de policía nacional con funciones de policía de tránsito. Ambas entidades realizan las mismas labores en la que se cuenta con la realización de comparendos y levantamiento de accidentes, de regulación y control de tráfico entre otras; hasta el momento no existen convenios interinstitucionales en la mayoría de los municipios con la Policía Nacional (...), caso Neiva, Barrancabermeja, Bucaramanga, lo que se conoce es la aplicación de manera autónoma y unilateral de la autoridad de tránsito por parte de la Policía Nacional sin tener en cuenta lo establecido en la ley 1310 de 2009.

2. ¿Cómo se interpreta el alcance del artículo 4. JURISDICCIÓN de la ley 1310 de 2009, el cual establece: ‘Sin perjuicio de la colaboración que deben prestar las distintas autoridades de tránsito, cada una de ellas ejercerá sus funciones en el territorio de su jurisdicción, de la siguiente manera: La Policía de Carreteras de la Policía Nacional en las carreteras nacionales; los agentes de tránsito de los organismos departamentales en aquellos municipios donde no hayan organismos de tránsito; los agentes de tránsito municipales o distritales en el perímetro urbano y rural de sus municipios.

Cada organismo de tránsito contará con un solo cuerpo especializado de agentes de tránsito y transporte, que actuará únicamente en su respectiva jurisdicción (o bajo convenios con otros municipios), los cuales por su rango de autoridad y tener funciones de policía judicial no podrán ser objeto de delegación o contratar con particulares.’

3. ¿Cómo se explica o debe entenderse lo establecido en el parágrafo 4 del artículo 7º de la ley 769 de 2002 que a la letra reza: ‘Cumplimiento régimen normativo: Los organismos de tránsito podrán celebrar contratos y/o convenios con los cuerpos especializados de policía urbana de tránsito mediante contrato especial pagado por los distritos, municipios y departamentos y celebrado con la Dirección General de la Policía. Estos contratos podrán ser temporales o permanentes, con la facultad para la policía de cambiar a sus integrantes por las causales establecidas en el reglamento interno de la institución policial.’

Igualmente en el artículo *ibidem* de la misma norma se establece lo pertinente a una única autoridad de tránsito que debe aplicar y desarrollar su autoridad de tránsito y transporte ÚNICAMENTE EN SU RESPECTIVA JURISDICCIÓN Y DEPENDERÁ DE ESE ÚNICO ORGANISMO DE TRÁNSITO. Ley 769 de 2002, CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO, en especial el artículo 7.

4. Si bien es cierto el ordenamiento de tránsito determina en el inciso 4, del artículo 7 de la ley 769 de 2002 ‘...que cualquier autoridad de tránsito está facultada para abocar el conocimiento de una infracción o de un accidente mientras la autoridad competente asume la investigación.’ No significa que corresponda a la elaboración de una orden de comparendo ya que estos procedimientos conllevan a la aplicación de un procedimiento contravencional y como competente sería el agente de tránsito y transporte municipal por competencia y jurisdicción para la elaboración del comparendo o levantamiento del informe de tránsito por accidente o por delito culposo.

¿En su sabiduría, cual es la correcta interpretación que se debería hacerse (sic) de este inciso?”

El Ministerio recuerda que, de conformidad con la Constitución Política, Colombia es un Estado Social de Derecho organizado como República Unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales; que las autoridades están instituidas para proteger a las personas en su vida honra, bienes, derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares; y que en este mismo sentido, los servidores públicos sólo pueden desarrollar las funciones que les atribuyen la Constitución, la ley y el reglamento.

Manifiesta que la ley 769 de 2002, contempla en el artículo 3º cuáles son las autoridades de tránsito, y en el 6º enuncia los Organismos de Tránsito en la respectiva jurisdicción; que a su vez, la ley 1310 de 2009 define los conceptos de Organismos, Autoridades, Agente de Tránsito y Transporte, Grupo de Control Vial o Cuerpo de Agentes de Tránsito y, que en cuanto a la jurisdicción, la norma en mención indica el territorio en el cual las autoridades de tránsito deben cumplir sus funciones.

Agrega que la ley 1310 de 2009 fue revisada por la Corte Constitucional en la sentencia C-306 de 2009, en la cual declaró infundadas las objeciones presidenciales contra el Proyecto de Ley No. 190 de 2007 Senado, 077 de 2006 Cámara, *“mediante el cual se unifican normas sobre agentes de tránsito y transporte y grupos de control vial de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones”* y lo declaró exequible *“únicamente por los cargos planteados en las objeciones analizadas en esta sentencia.”*

Resalta que en lo que tiene que ver con el tema consultado, la Corte consideró que la norma se limita a establecer una definición general, dentro de la cual caben varias modalidades de organización institucional para el cumplimiento de la *“función de organizar, dirigir y controlar el tránsito en su respectiva jurisdicción”*; razón por la cual, el legislador no está vulnerando *“la autonomía de las entidades territoriales, pues la norma no interfiere en la función de (...) determinar su estructura administrativa, ni les impone un modelo específico de organismo de tránsito y transporte.”*

2. PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

La consulta plantea, en especial, una problemática de imprecisión legal en la definición de la competencia de las diferentes autoridades de tránsito en el territorio, presentándose por esta razón la ocasional coincidencia de autoridades de distinto nivel territorial en el mismo espacio y en relación con los mismos hechos, lo cual da lugar a conflictos y fricciones y, por ende, a una deficiente prestación del servicio, a eventuales arbitrariedades y a procedimientos viciados de ilegalidad.

Con el fin de absolver en todos sus aspectos la consulta elevada por el Ministerio del Interior y de Justicia, la Sala estudiará la definición legal de las autoridades y organismos de tránsito y de los cuerpos especializados de agentes de tránsito, las normas que fijan la jurisdicción y competencia de las autoridades de tránsito, el principio de asunción de conocimiento mientras la autoridad competente asume la investigación y la celebración de contratos y/o convenios con los cuerpos especializados de policía urbana de tránsito.

2.1. Organización institucional de los servicios de tránsito a cargo del Estado

2.1.1 Autoridades y organismos de tránsito

De acuerdo con el artículo 3° de la ley 769 de 2002, «Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones», modificado por el art. 2° de la ley 1383 de 2010, son autoridades de tránsito: el Ministerio de Transporte; los Gobernadores y los Alcaldes; los organismos de tránsito de carácter departamental, municipal o distrital; la Policía Nacional en sus cuerpos especializados de policía de tránsito urbano y policía de carreteras; los Inspectores de Policía, los Inspectores de Tránsito, Corregidores o quien haga sus veces en cada ente territorial; la Superintendencia General de Puertos y Transporte, las fuerzas militares para cumplir exclusivamente lo dispuesto en el parágrafo 5o. de este artículo y los agentes de Tránsito y Transporte.⁶³⁵

Las funciones de las autoridades son “de carácter regulatorio y sancionatorio”, prescribe el artículo 7° de la ley 769 de 2002, el cual agrega que “velarán por la seguridad de las personas y las cosas en la vía pública y privadas abiertas al público” y que sus acciones deben estar orientadas a la prevención y la asistencia técnica y humana a los usuarios de las vías.

La ejecución de las normas sobre tránsito y transporte, bajo la suprema dirección del Ministerio de Transporte, los Gobernadores y los Alcaldes, como autoridades de tránsito que son en sus respectivas jurisdicciones, corresponde a unidades especializadas de la administración que reciben en la ley la denominación genérica de “organismos de tránsito”.

El artículo 6° de la ley 769 de 2002 dispone que son organismos de tránsito “en su respectiva jurisdicción”: a) Los departamentos administrativos, institutos distritales y/o municipales de tránsito; b) Los designados por la autoridad local única y exclusivamente en los municipios donde no hay autoridad de tránsito; c) Las secretarías municipales de tránsito dentro del área urbana de su respectivo municipio y los corregimientos; d) Las secretarías distritales de tránsito dentro del área urbana de los distritos especiales; e) Las secretarías departamentales de tránsito o el organismo designado por la autoridad, única y exclusivamente en los municipios donde no haya autoridad de tránsito. Como puede apreciarse, en resumen, esta norma describe los organismos y entes públicos especializados de los niveles municipal, distrital y departamental.

En concordancia con el artículo 6°, el artículo 2° de la misma ley señala que, para la aplicación e interpretación del Código, se entenderán como “organismos de tránsito” las “*unidades administrativas municipales, distritales o departamentales que tienen por reglamento la función de organizar y dirigir lo relacionado con el tránsito y transporte en su respectiva jurisdicción.*” Esta definición fue ligeramente modificada por el artículo 2° de la ley 1310 de 2009, “*Mediante la cual se unifican normas sobre agentes de tránsito y transporte y grupos de control vial de las entidades territoriales y se dictan otras*

635 Esta enumeración ha sido reiterada por el artículo 2° de la ley 1310 de 2010, conforme al cual es Autoridad de Tránsito y Transporte “*Toda entidad pública o empleado público que esté acreditado conforme al artículo 3° de la Ley 769 de 2002.*”

disposiciones”, para indicar que los organismos de tránsito y transporte “son entidades públicas del orden municipal, distrital o departamental que tienen como función organizar, dirigir y controlar el tránsito y el transporte en su respectiva jurisdicción.”

Se discierne con claridad en la legislación, por consiguiente, el criterio de fijar la jurisdicción de las distintas autoridades de tránsito y transporte por niveles territoriales, y el de distinguir, por tanto, entre autoridades de tránsito y transporte del orden nacional, del orden departamental y del orden distrital y municipal.

En este orden de ideas, un organismo de tránsito es una entidad o administración pública del orden municipal, distrital o departamental, que puede corresponder a una cualquiera de las diferentes modalidades de organización administrativa indicadas en el artículo 6º del Código Nacional de Tránsito y Transporte, con el fin de ejecutar en su respectiva jurisdicción la legislación de tránsito y transporte.

Ahora bien, los organismos de tránsito actúan sobre el terreno y en el día a día de la vigilancia, organización, control y dirección del tránsito, por medio de cuerpos profesionales y especializados formados por agentes de tránsito, con sujeción a las normas que a continuación se analizan.

2.1.2. Cuerpos especializados de agentes de tránsito

El artículo 7º de la ley 769 de 2002 dispone que “Cada organismo de tránsito contará con un cuerpo de agentes de tránsito que actuará únicamente en su respectiva jurisdicción y el Ministerio de Transporte tendrá a su cargo un cuerpo especializado de agentes de tránsito de la Policía Nacional que velará por el cumplimiento del régimen normativo de tránsito en todas las carreteras nacionales por fuera del perímetro urbano de distritos y municipios.”

La ley fija el ámbito de competencia territorial de los cuerpos de agentes de tránsito de tal manera que a unos corresponde actuar “en todas las carreteras nacionales por fuera del perímetro urbano de distritos y municipios” (agentes de la Policía Nacional), y a los cuerpos de agentes departamentales, metropolitanos, distritales y municipales “en su respectiva jurisdicción”.

Ahora bien, el artículo 2º de la ley 1310 de 2009 también definió el “Grupo de Control Vial o Cuerpo de Agentes de Tránsito” como el “Grupo de empleados públicos investidos de autoridad como agentes de tránsito y transporte vinculados legal y reglamentariamente a los organismos de tránsito y transporte.” Igualmente define como “Agente de Tránsito y Transporte” a “Todo empleado público investido de autoridad para regular la circulación vehicular y peatonal, vigilar, controlar e intervenir en el cumplimiento de las normas de tránsito y transporte en cada uno de los entes territoriales.”

A su vez, el párrafo 2 del artículo 4º del Código Nacional de Tránsito y Transporte, modificado por el artículo 8 de la Ley 1310 de 2009, dispone que “los cuerpos especializados de Policía de tránsito urbano y Policía de Carreteras de la Policía Nacional y los cuerpos especializados de agentes de policía de tránsito dependientes de los organismos de tránsito departamental, metropolitano, distrital y municipal, deberán acreditar formación técnica o tecnológica en la materia.”

De las normas mencionadas se deduce que los “cuerpos especializados de tránsito y transporte” a que alude el artículo de la ley son los grupos de empleados públicos investidos de autoridad vinculados legal y reglamentariamente a los organismos de tránsito y

transporte. En la práctica, corresponden a los cuerpos especializados de la Policía Nacional, los cuerpos especializados de agentes de policía de tránsito y transporte dependientes de los organismos de tránsito de las entidades territoriales.

Son en concreto los integrantes de estos cuerpos especializados de tránsito y transporte, es decir, los agentes de tránsito de la Policía Nacional y los agentes de tránsito departamentales, distritales y metropolitanos, dependientes de los respectivos organismos de tránsito y transporte, los que ocasionalmente se ven expuestos a las situaciones de incertidumbre que, en materia de jurisdicción, dan origen a la presente consulta.

2.2 Disposiciones legales que fijan la jurisdicción y competencia de las autoridades de tránsito

Como enseguida se observará, las disposiciones legales en materia de tránsito se han esforzado en territorializar la competencia de los agentes de tránsito en función de diferentes criterios, a saber: atribución de competencia según la jurisdicción de las distintas entidades territoriales; atribución de competencia según el nivel territorial del organismo de tránsito al que pertenezca el agente de tránsito; atribución de competencia según el carácter nacional, departamental o municipal de las carreteras; atribución de competencia según que existan o no autoridades de tránsito en el municipio; atribución de competencia a partir de los perímetros urbano y rural del municipio o distrito. Es de anotar que la diversidad de reglas que sobre esta materia ofrece la legislación se presta para algún grado de confusión, motivo por el cual es necesario hacer un análisis de conjunto de todas las reglas en procura de una síntesis que permita armonizarlas.

Regla fundamental se encuentra en el artículo 7° de la ley 769 de 2002 que dice así: “Cada organismo de tránsito contará con un cuerpo de agentes de tránsito que **actuará únicamente** en su respectiva jurisdicción”.⁶³⁶ Dicha regla se complementa con esta otra, que aparece en el artículo 134 de la misma ley, que es igualmente fundamental: “Los organismos de tránsito conocerán de las faltas ocurridas dentro del territorio de su jurisdicción”.

Adicionalmente se observa que los procedimientos administrativos especiales de control de tránsito y los de carácter preventivo y sancionatorio regulados en la ley 769 de 2002 a partir del artículo 116 de este código, solo pueden ser adelantados por la autoridad de tránsito “competente”, esto es, la que tiene jurisdicción en el lugar donde ocurre la falta o el hecho. Así, por ejemplo, se advierte en el artículo 159 del código en mención, que a continuación se transcribe:

ARTÍCULO 159. CUMPLIMIENTO. La ejecución de las sanciones que se impongan por violación de las normas de tránsito, estará a cargo de las autoridades de tránsito de la jurisdicción donde se cometió el hecho, quienes estarán investidas de jurisdicción coactiva para el cobro, cuando ello fuere necesario y prescribirán en tres años contados a partir de la ocurrencia del hecho y se interrumpirá con la presentación de la demanda.

(...)

PARÁGRAFO 2o. Las multas serán de propiedad exclusiva de los organismos de tránsito donde se cometió la infracción de acuerdo con su jurisdicción. El monto de aquellas multas que sean impuestas sobre

⁶³⁶ Esta regla aparece reiterada en el artículo 4° de la ley 1310 de 2009: “Cada organismo de tránsito contará con un solo cuerpo especializado de agentes de tránsito y transporte, que actuará únicamente en su respectiva jurisdicción...”

las vías nacionales, por parte del personal de la Policía Nacional adscrito a la Policía de carreteras, se distribuirá el 50% para el municipio donde se entregue el correspondiente comparendo y el 50% para apoyar la capacitación del personal de la policía de carreteras y los planes de educación y seguridad vial que adelanta esta Especialidad a lo largo de la Red Vial Nacional.

A partir de estos fundamentos debe realizarse una lectura integral de la legislación, con sus diversas variables, para determinar las jurisdicciones de las distintas autoridades de tránsito.

2.2.1 Jurisdicción de los agentes de tránsito de la Policía Nacional

El parágrafo 2° del artículo 6° de la ley 769 de 2002 atribuye a la Policía Nacional, en su cuerpo especializado de carreteras, el control de las normas de tránsito y la aplicación de este código en todas las carreteras nacionales por fuera del perímetro urbano de los municipios y distritos. Esta regla aparece reproducida en el artículo 7° de la misma ley en los siguientes términos: “... el Ministerio de Transporte tendrá a su cargo un cuerpo especializado de agentes de tránsito de la Policía Nacional que velará por el cumplimiento del régimen normativo de tránsito en todas las carreteras nacionales por fuera del perímetro urbano de distritos y municipios.” Sobre este punto se observa, sin embargo, que el artículo 4° de la ley 1310 de 2009 atribuyó jurisdicción a “los agentes de tránsito municipales o distritales en el perímetro urbano **y rural** de sus municipios”, motivo por el cual ha de concluirse que la jurisdicción de los agentes de la Policía Nacional quedó reducida a las carreteras nacionales por fuera del perímetro urbano y rural de los municipios y distritos.

El mismo artículo 4° de la ley 1310, al reglamentar la jurisdicción, dispuso que cada una de las distintas autoridades de tránsito “ejercerá sus funciones en el territorio de su jurisdicción”, y que por consiguiente las ejercerá “la Policía de Carreteras de la Policía Nacional en las carreteras nacionales”. En otras palabras, y para utilizar las expresiones de la ley, el “territorio” de la jurisdicción de los agentes de tránsito de la Policía Nacional son las carreteras nacionales, salvo los tramos de estas que estén localizadas dentro del perímetro urbano y rural de los municipios y distritos.

En este punto es importante destacar que la ley 105 de 1993, “*Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones*”, describe la infraestructura a cargo de los diferentes niveles de la administración, y en el artículo 12 define la red nacional de carreteras, en el 16 la infraestructura de transporte a cargo de los departamentos con especial mención de las vías que son de propiedad de los Departamentos, y en el 17 la infraestructura distrital y municipal de transporte (incluidas las vías urbanas, suburbanas y aquellas que sean propiedad del Municipio).

2.2.2 Jurisdicción de los agentes departamentales, municipales y distritales de tránsito

De acuerdo con el artículo 4° de la ley 1310 de 2009, son competentes para ejercer sus funciones “los agentes de tránsito de los organismos departamentales en aquellos municipios donde no haya organismos de tránsito”.

En tanto que la ley 769 de 2002 asigna a la Policía Nacional competencia sobre las carreteras nacionales, guarda silencio respecto de las carreteras departamentales y demás vías especificadas en el artículo 16 de la ley 105 de 1993. La ley 1310 de 2009 no señala tampoco de forma expresa su competencia; dicha ley, en el artículo 4º, se limita a reproducir el texto del literal e) del artículo 6º de la ley 769 de 2002, conforme al cual son organismos de tránsito en “su respectiva jurisdicción” las secretarías departamentales de tránsito o el organismo designado por la autoridad, única y exclusivamente en los municipios donde no haya autoridad de tránsito.

Ahora bien, puesto que los agentes de tránsito de la Policía Nacional carecen de competencia para actuar en las carreteras departamentales, y estas obviamente no forman parte de la infraestructura distrital y municipal de transporte de acuerdo con la ley 105 de 1993, no debiendo existir además vacío de competencia por el factor territorial, cabe concluir que la competencia de los organismos departamentales de tránsito recae sobre las vías departamentales, por fuera del perímetro urbano y rural de los distritos y municipios, y en los municipios donde no exista autoridad de tránsito, siendo esta “su respectiva jurisdicción”.

Finalmente, teniendo en cuenta que cada entidad territorial sólo puede tener un organismo de tránsito y a su vez un sólo cuerpo especializado de tránsito y transporte, la autoridad de tránsito del respectivo organismo territorial de tránsito puede elegir, según las necesidades particulares del municipio, distrito o departamento, si contrata los servicios de control del tránsito en su jurisdicción con el cuerpo especializado de la Policía Nacional, o con otro organismo de tránsito municipal, o si organiza su policía de tránsito de acuerdo con lo previsto en el artículo 8º inciso tercero de la ley 105 de 1993, la cual prescribe:

“Las funciones de la policía de tránsito serán ejercidas por los cuerpos especializados de tránsito. Los Departamentos y los Municipios, de más de cincuenta mil habitantes, con población urbana con más del 80%, conforme al censo aprobado, podrán organizar su policía de tránsito, siempre que lo requieran, para el normal tránsito de sus vehículos.”⁶³⁷

Las autoridades de tránsito locales ejercen jurisdicción sobre las vías que estén dentro del perímetro urbano y rural del municipio o distrito. Es interesante agregar que el parágrafo del artículo 44 de la ley 105 de 1993 prevé, también, la modalidad de “asociaciones de Municipios creadas con el fin de prestar servicio unificado de transporte”.

2.2.3 Asunción de conocimiento mientras la autoridad competente inicia la investigación

De conformidad con el artículo 288 de la Constitución, las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales y, por consiguiente, también a las autoridades de tránsito y transporte, serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. Adicionalmente, el artículo 209 de la Carta dispone que “las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.”

637 En el mismo sentido, ver concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Radicación No. 1826 del 20 de septiembre de 2007.

De este marco constitucional derivan los principios de colaboración, coordinación y solidaridad que ha definido la legislación de tránsito y transporte. Es así como el artículo 3° de la ley 105 de 1993 establece como principio el de la colaboración entre entidades en los siguientes términos:

“3. DE LA COLABORACIÓN ENTRE ENTIDADES: Los diferentes organismos del Sistema Nacional de Transporte velarán porque su operación se funde en criterios de coordinación, planeación, descentralización y participación.”

En el mismo sentido, el artículo 5° de la ley 1310 de 2010 señala, como una función de los cuerpos de agentes de tránsito y transporte, la “solidaridad” entre ellos mismos y entre ellos, la comunidad y demás autoridades.

Con fundamento en dichos principios, constitucionales y legales, la ley 769 de 2002 estableció dos reglas complementarias en los artículos 3° y 7°. Dice el primero así:

ARTÍCULO 3°. AUTORIDADES DE TRÁNSITO (Modificado por el artículo 2° de la ley 1383 de 2010).

(...)

PARÁGRAFO 4°. La facultad de autoridad de tránsito otorgada a los cuerpos especializados de la Policía Nacional se ejercerá como una competencia a prevención.

Por su parte, el inciso 4° del artículo 7° del Código Nacional de Tránsito dice así:

“Cualquier autoridad de tránsito está facultada para abocar el conocimiento de una infracción o de un accidente mientras la autoridad competente asume la investigación.”

Ha dado lugar a controversia la facultad que el párrafo 4° del artículo 3° de la ley 769 de 2002 (modificado por el artículo 2° de la ley 1383 de 2010) confiere a los cuerpos especializados de la Policía Nacional para ejercer competencias “a prevención”. Esta modalidad de competencia se predica cuando autoridades radicadas en territorio diferente tienen igual facultad para conocer de un asunto y decidirlo. Es el caso, por ejemplo, del numeral 7 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, sobre reglas generales para determinar la competencia territorial de los jueces, conforme al cual *“En los procesos contra una sociedad es competente el juez de su domicilio principal; pero cuando se trate de asuntos vinculados a una sucursal o agencia, serán competentes, a prevención, el juez de aquél y el de ésta.”* Otro ejemplo de este concepto lo ofrece el numeral 20 del mismo artículo 23, según el cual *“Para la práctica de pruebas anticipadas, de requerimiento y diligencias varias, serán competentes, a prevención, el juez del domicilio y el de la residencia de la persona con quien debe cumplirse el acto.”* Así las cosas, la prevención convierte en exclusiva la competencia del juez en aquellos eventos en los que por disposición de la ley son varios los jueces que podrían conocer el mismo asunto y, por consiguiente, la competencia será exclusiva de este juez y no de ningún otro.

Ocurre, sin embargo, que las autoridades de tránsito únicamente pueden ejercer sus funciones “en el territorio de su jurisdicción” (artículos 7° y 134 de la ley 769 de 2002, y artículo 4° de la ley 1310), y ello también vale para los agentes de tránsito nacionales. Es por virtud de esta premisa que los procedimientos administrativos especiales de control de tránsito y los de carácter preventivo y sancionatorio regulados en la ley 769 de 2002,

solo pueden ser adelantados por la autoridad de tránsito “competente”. Dicha premisa de la ley 769 de 2002 aparece reiterada en la propia **ley 1383 de 2010, cuando en el artículo 159 establece que** “La ejecución de las sanciones que se impongan por violación de las normas de tránsito, estará a cargo de las autoridades de tránsito de la jurisdicción donde se cometió el hecho”.

No pretende la ley que un hecho de tránsito esté sometido simultáneamente a dos jurisdicciones, ni que unas autoridades puedan ser desplazadas por otras que actúan por fuera de la jurisdicción que les fijó la misma ley. Por tanto, en aplicación de la competencia “a prevención” a que se refiere el párrafo 4° del artículo 3° de la ley 769 de 2002 (modificado por el artículo 2° de la ley 1383 de 2010), mal podrían los cuerpos especializados de la Policía Nacional prorrogar o extender discrecionalmente su jurisdicción, con el efecto de desplazar a los agentes de tránsito departamentales, municipales o distritales dentro de su propia jurisdicción, absorbiendo y nulificando sus competencias, sin violar el régimen legal de tránsito y transporte y, en particular, sin vulnerar el artículo 287 de la Constitución Política.

En efecto, de acuerdo con el numeral 2 de dicha disposición constitucional, “Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses”, y en tal virtud tendrán el derecho de “Ejercer las competencias que les correspondan.” La ley ha conferido la calidad de “autoridades de tránsito” a Gobernadores y Alcaldes, a los organismos de tránsito de carácter departamental, municipal o distrital, a los Inspectores de Policía, los Inspectores de Tránsito, Corregidores o quien haga sus veces en cada ente territorial. Bajo la suprema dirección de los Gobernadores y los Alcaldes, como autoridades de tránsito en sus respectivas jurisdicciones, actúan los organismos de tránsito, que “*son entidades públicas del orden municipal, distrital o departamental que tienen como función organizar, dirigir y controlar el tránsito y el transporte en su respectiva jurisdicción.*” De cada organismo de tránsito, a su vez, depende un cuerpo de agentes de tránsito, que son agentes departamentales, municipales o distritales.

A estas autoridades territoriales (y no a otras) compete conocer “*de las faltas ocurridas dentro del territorio de su jurisdicción*” (artículo 134 de la ley 769 de 2002), y adelantar los procedimientos administrativos especiales de control, preventivo y sancionatorio regulados en la ley, incluido el comparendo. Es derecho constitucional de los departamentos, municipios y distritos ejercer estas competencias, que son suyas, y que expresan en su más alto sentido el principio fundamental de autonomía de las entidades territoriales.

No pudiendo los cuerpos especializados de la Policía Nacional despojar de sus competencias a los organismos, autoridades y agentes de tránsito departamentales, municipales y distritales, puesto que violarían la ley que se las atribuyó, amén del principio constitucional fundamental de autonomía, la regla del párrafo 4° del artículo 3° de la ley 769 de 2002 (modificado por el artículo 2° de la ley 1383 de 2010) ha de entenderse en el contexto del inciso 4° del artículo 7° de la misma ley, conforme al cual “*cualquier autoridad de tránsito está facultada para abocar el conocimiento de una infracción o de un accidente mientras la autoridad competente asume la investigación.*”

El ejercicio de competencias “a prevención”, en este contexto, alude a la facultad e incluso al deber de toda autoridad de tránsito (y no solo las del orden nacional) de adoptar medidas inmediatas, en ausencia de la autoridad competente, con el propósito de minimizar los daños y riesgos que para personas o cosas pudieran derivarse de incidentes relativos al tránsito. El precepto legal pretende que la autoridad disponible en las proximidades de donde ha ocurrido un siniestro de tránsito adopte medidas urgentes mientras se hace presente la autoridad competente, medidas que podrían extenderse a aspectos tales como la elaboración de un comparendo o de un informe de tránsito, dado que la norma no fija por este concepto límite alguno.

En todo caso, la asunción de conocimiento por parte de cualquier autoridad procede únicamente para la iniciación del procedimiento, según se estipula en el artículo 134⁶³⁸ y siguientes de la ley 769 de 2002, quedando claro, de conformidad con el artículo 135 del mismo Código, que la autoridad de tránsito entregará al funcionario competente o a la entidad encargada de su recaudo, dentro de las doce horas siguientes, la copia de la orden de comparendo, so pena de incurrir en causal de mala conducta, y que cuando se trate de agentes de policía de carreteras, la entrega de esta copia se hará por conducto del comandante de la ruta o del comandante director del servicio.

De igual forma, el agente de tránsito que en tales circunstancias hubiere conocido de un accidente remitirá, a más tardar dentro de las veinticuatro horas siguientes, copia del respectivo informe y croquis al “organismo de tránsito” competente para lo pertinente, y a los centros de conciliación autorizados por el Ministerio de Justicia (art. 145), o a la autoridad instructora competente en materia penal si los hechos dieran lugar a ello (art. 149).

2.3 Celebración de contratos y/o convenios con los cuerpos especializados de policía urbana de tránsito

El parágrafo 4° del artículo 7° de la ley 769 de 2002 permite a los organismos de tránsito de los distritos, municipios y departamentos celebrar convenios o contratos con la Dirección General de la Policía Nacional para que esta preste en dichas entidades territoriales los servicios de policía de tránsito y transporte, en los siguientes términos:

“Los organismos de tránsito podrán celebrar contratos y/o convenios con los cuerpos especializados de policía urbana de tránsito mediante contrato especial pagado por los distritos, municipios y departamentos y celebrado con la Dirección General de la Policía. Estos contratos podrán ser temporales o permanentes, con la facultad para la policía de cambiar a sus integrantes por las causales establecidas en el reglamento interno de la institución policial.”

De otra parte el artículo 4° de la ley 1310 de 2009, posibilita a los municipios la celebración de los expresados convenios “con otros municipios”, así:

638 “ARTÍCULO 134. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. Los organismos de tránsito conocerán de las faltas ocurridas dentro del territorio de su jurisdicción, así: Las inspecciones de tránsito o quienes hagan sus veces en única instancia de las infracciones sancionadas con multas de hasta veinte (20) salarios, y en primera instancia de las infracciones sancionadas con multas superiores a veinte (20) salarios mínimos diarios legales vigentes o las sancionadas con suspensión o cancelación de la licencia para conducir, siendo la segunda instancia su superior jerárquico.

PARÁGRAFO. Los daños y perjuicios de mayor y menor cuantía sólo pueden ser conocidos por los jueces civiles de acuerdo a su competencia.”

“Cada organismo de tránsito contará con un solo cuerpo especializado de agentes de tránsito y transporte, que actuará únicamente en su respectiva jurisdicción (o bajo **convenios con otros municipios**), los cuales por su rango de autoridad y tener funciones de policía judicial no podrán ser objeto de delegación o contratar con particulares.”

LA SALA RESPONDE:

“1. ¿Cuál es la norma pertinente y aplicable, en los entes territoriales, si existen dos autoridades de tránsito efectuando la misma función de agentes de tránsito y transporte?”

Teniendo en cuenta que la primera corresponde a los agentes de tránsito y transporte Municipales quienes vienen desarrollando dicha actividad hace casi 40 años en estos entes territoriales, con vinculación legal y reglamentaria en carrera administrativa. La segunda corresponde a los cuerpos de policía nacional con funciones de policía de tránsito. Ambas entidades realizan las mismas labores en la que se cuenta con la realización de comparendos y levantamiento de accidentes, de regulación y control de tráfico entre otras; hasta el momento no existen convenios interinstitucionales en la mayoría de los municipios con la Policía Nacional (...), caso Neiva, Barrancabermeja, Bucaramanga, lo que se conoce es la aplicación de manera autónoma y unilateral de la autoridad de tránsito por parte de la Policía Nacional sin tener en cuenta lo establecido en la ley 1310 de 2009.

2. ¿Cómo se interpreta el alcance del artículo 4. JURISDICCIÓN de la ley 1310 de 2009, el cual establece: ‘Sin perjuicio de la colaboración que deben prestar las distintas autoridades de tránsito, cada una de ellas ejercerá sus funciones en el territorio de su jurisdicción, de la siguiente manera: La Policía de Carreteras de la Policía Nacional en las carreteras nacionales; los agentes de tránsito de los organismos departamentales en aquellos municipios donde no hayan organismos de tránsito; los agentes de tránsito municipales o distritales en el perímetro urbano y rural de sus municipios.

Cada organismo de tránsito contará con un solo cuerpo especializado de agentes de tránsito y transporte, que actuará únicamente en su respectiva jurisdicción (o bajo convenios con otros municipios), los cuales por su rango de autoridad y tener funciones de policía judicial no podrán ser objeto de delegación o contratar con particulares.’

Es contrario a la ley que los cuerpos de policía nacional con funciones de policía de tránsito ejerzan sus funciones en municipios dotados de organismos de tránsito propios, los cuales actúan por medio de sus agentes de tránsito. En efecto, según se ha expuesto, repugna a la racionalidad del diseño legal que dos autoridades de tránsito ejerzan funciones en la misma jurisdicción, dado que la ley se ha propuesto, precisamente, deslindar las jurisdicciones con criterio territorial para que se distingan con toda precisión los ámbitos de actuación de los diversos organismos, autoridades y cuerpos especializados de agentes de tránsito en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital.

Cuando los cuerpos de policía nacional con funciones de policía de tránsito invaden la jurisdicción asignada por la ley a las entidades territoriales, actúan por fuera de su propia

jurisdicción, que de acuerdo con la ley son las carreteras nacionales, excepción hecha de los tramos de estas que estén localizadas dentro del perímetro urbano y rural de los municipios y distritos, y de contera violan la regla legal conforme a la cual los cuerpos especializados de agentes de tránsito actuarán únicamente en su respectiva jurisdicción.

3. ¿Cómo se explica o debe entenderse lo establecido en el parágrafo 4 del artículo 7º de la ley 769 de 2002 que a la letra reza: “Cumplimiento régimen normativo: Los organismos de tránsito podrán celebrar contratos y/o convenios con los cuerpos especializados de policía urbana de tránsito mediante contrato especial pagado por los distritos, municipios y departamentos y celebrado con la Dirección General de la Policía. Estos contratos podrán ser temporales o permanentes, con la facultad para la policía de cambiar a sus integrantes por las causales establecidas en el reglamento interno de la institución policía”?

Igualmente en el artículo íbidem de la misma norma se establece lo pertinente a una única autoridad de tránsito que debe aplicar y desarrollar su autoridad de tránsito y transporte ÚNICAMENTE EN SU RESPECTIVA JURISDICCIÓN Y DEPENDERÁ DE ESE ÚNICO ORGANISMO DE TRÁNSITO. Ley 769 de 2002, CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO, en especial el artículo 7.

Teniendo en cuenta que cada entidad territorial sólo puede tener un organismo de tránsito y, a su vez, un solo cuerpo especializado de agentes de tránsito, el organismo de tránsito respectivo puede tomar la decisión de asumir el servicio mediante un cuerpo de agentes propio, o contratarlo con la Policía Nacional. Si opta por esto último, de acuerdo con el parágrafo 4º del artículo 7º de la ley 769 de 2002, deberá celebrar contrato o convenio con la Dirección General de la Policía.

4. Si bien es cierto el ordenamiento de tránsito determina en el inciso 4, del artículo 7 de la ley 769 de 2002 ‘...que cualquier autoridad de tránsito está facultada para abocar el conocimiento de una infracción o de un accidente mientras la autoridad competente asume la investigación.’ No significa que corresponda a la elaboración de una orden de comparendo ya que estos procedimientos conllevan a la aplicación de un procedimiento contravencional y como competente sería el agente de tránsito y transporte municipal por competencia y jurisdicción para la elaboración del comparendo o levantamiento del informe de tránsito por accidente o por delito culposo.

¿En su sabiduría, cual es la correcta interpretación que se debería hacerse (sic) de este inciso?”

Cualquier autoridad de tránsito (sea esta nacional, departamental o municipal) puede, si las circunstancias lo ameritan, abocar el conocimiento de una infracción o accidente mientras, como expresa la norma, la autoridad competente asume la investigación. La norma pretende que cualquier autoridad de tránsito disponible en el sector intervenga y actúe de inmediato, al momento mismo de la ocurrencia de los hechos, mientras la autoridad competente se hace presente, pudiendo llegar su actuación, en ausencia de la autoridad competente, hasta la elaboración de un comparendo o de un informe de tránsito, dado que la norma no fija límites en este aspecto.

En todo caso, es claro que la autoridad de tránsito que aboque inicialmente el conocimiento del hecho, entregará al funcionario competente, dentro de las doce horas siguientes, la copia de la orden de comparendo, o dentro de las veinticuatro, si se tratare de un informe de accidente.

Transcríbase al señor Ministro del Interior y de Justicia, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Consejero. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS, Secretaria de la Sala

4. Creación de municipio. Traslado de recursos del Sistema General de Participaciones

Radicado 2044

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Fecha: 15/12/2010

Levantamiento de la reserva mediante oficio del 18 de enero 2011

1. La consulta

El Ministerio del Interior y de Justicia, consulta a la Sala sobre la posibilidad de mantener en el Sistema General de Participaciones a un municipio creado en el Departamento de Córdoba en el año 2007, cuyo acto de creación fue anulado parcialmente por la jurisdicción contenciosa administrativa en sentencia del pasado 8 de julio de 2010.

Para el efecto, el Ministerio consultante hace referencia a los siguientes antecedentes:

1. El municipio de Tuchín fue creado mediante Ordenanza 09 de 2007 de la Asamblea de Córdoba, a partir de la segregación de una parte del territorio de los municipios de San Andrés de Sotavento y de Chimá.

2. En virtud de lo anterior y con base en las certificaciones de cumplimiento de los requisitos correspondientes expedidas por las autoridades competentes para cada una de las variables contempladas en la ley, el Municipio de Tuchín fue incluido en el Sistema General de Participaciones.

3. Contra la ordenanza 09 de 2007 se inició un proceso de nulidad, dentro del cual se decretó su suspensión provisional por auto de 5 de marzo de 2009⁶³⁹, con base en el cual se interrumpió el giro de recursos del Sistema General de Participaciones al Municipio de Tuchín.

4. El proceso judicial terminó con Sentencia del 8 de julio de 2010 del Tribunal Administrativo de Córdoba, en la que declaró la nulidad parcial de la Ordenanza 09 de 2007, en el sentido de ordenar la exclusión del área que se había segregado del municipio de Chimá para la creación del Municipio de Tuchín. La parte motiva de la Sentencia indica

639 Confirmado por auto del 29 de septiembre de 2009 del Consejo de Estado.

que las autoridades competentes deberán adelantar los procedimientos necesarios para readecuar los límites del municipio de Tuchín.

5. Ejecutoriada la referida sentencia, el Municipio de Tuchín solicitó al Ministerio del Interior y de Justicia iniciar los trámites pertinentes para reanudar el traslado de los recursos del Sistema General de Participaciones a esa entidad territorial.

6. Por su parte, la Dirección de Gobernabilidad Territorial de ese Ministerio, ha solicitado a la Asamblea Departamental de Córdoba y a la Gobernación de ese Departamento que se agilicen los trámites para fijar los límites definitivos del Municipio de Tuchín, conforme a lo señalado en la parte motiva de la sentencia del Tribunal Administrativo de Córdoba, “a fin de que esa entidad pueda ser integrada nuevamente a la base de municipios con derecho a recibir los giros del Sistema General de Participaciones (...)”.

7. Dada la situación anterior, el Departamento Nacional de Planeación también ha señalado su inquietud sobre la situación actual del Municipio de Tuchín, en cuanto a si debe reconocerse su existencia y mantenerse en el Sistema General de Participaciones o si, por el contrario, debe esperarse hasta que se definan totalmente sus límites y población.

Con base en lo anterior, se consulta:

“1. Teniendo en cuenta que a raíz de la sentencia de fecha 08 de julio de 2010 proferida por la Sala Tercera del Tribunal Administrativo de Córdoba, no están definidos los límites del municipio y, por ende, la totalidad de su población, se pregunta ¿Se debe mantener a Tuchín en la base de distribución del Sistema General de Participaciones de la vigencia de 2010, realizada por el DNP y aprobada por el Conpes Social?

2. ¿Se debe continuar con el giro de recursos del Sistema General de Participaciones?

3. ¿A partir de la ejecutoria de la sentencia del Tribunal Administrativo de Córdoba, se debe modificar la distribución de los recursos del Sistema General de Participaciones de la vigencia de 2010, aprobados por los Conpes Sociales 131 y 134 de 2010?

4. Se debe esperar a que la Asamblea Departamental de Córdoba defina los nuevos límites del Municipio de Tuchín, que el IGAC proceda a realizar el deslinde y el mapa oficial de éste municipio para que, con base en lo anterior, el DANE certifique al DNP los datos de población y providencia (**sic**) de cada uno y de los municipios involucrados (San Andrés de Sotavento, Tuchín y Chimá), para realizar el giro de los recursos del SGP al municipio de Tuchín?

5. ¿De ser afirmativa la respuesta al anterior interrogante, mientras tanto qué mecanismo se puede utilizar para proveer los recursos de la Nación al Municipio de Tuchín?

6. ¿Se debe solicitar a las entidades responsables de certificar los datos de cada uno de los criterios de distribución del SGP para efectuar la reliquidación de los recursos?

7. ¿A partir de qué momento se debe realizar la redistribución de los recursos del SGP 2010 por razones de la ya mencionada sentencia del Tribunal Administrativo de Córdoba?

8. ¿En el caso de la Asignación Especial del Sistema General de Participaciones para los resguardos indígenas correspondientes al Resguardo de San Andrés de Sotavento, ubicado en el Municipio de Tuchín, cuál es el procedimiento a seguir?”

2. PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

De acuerdo con los antecedentes remitidos a la Sala, cuando el Municipio de Tuchín se creó en el año 2007, fue incluido en el Sistema General de Participaciones, previa verificación de todos los requisitos y certificaciones necesarias para ese efecto.

Ahora, la entidad consultante desea conocer el concepto de esta Sala en cuanto a si la Sentencia del Tribunal Administrativo de Córdoba del 8 de julio de 2010⁶⁴⁰, por la cual se declaró la nulidad parcial del acto de creación del municipio, afecta su permanencia en el Sistema General de Participaciones por el hecho de que su territorio y población no estén totalmente definidos.

Para atender la consulta, la Sala se referirá en primer lugar al derecho de las entidades territoriales a participar de los recursos del Sistema General de Participaciones y a los criterios que deben ser tenidos en cuenta para su distribución y liquidación; posteriormente, analizará el impacto de la Sentencia del Tribunal Administrativo de Córdoba en la existencia del Municipio de Tuchín como entidad territorial y, especialmente, frente a su inclusión en el Sistema General de Participaciones. Finalmente, para responder la última pregunta, determinará si la referida sentencia produce algún impacto en la forma de trasladar los recursos correspondientes a los resguardos indígenas ubicados en el territorio de dicho municipio.

Los derechos de los municipios en el Sistema General de Participaciones

1. La inclusión de los municipios en el Sistema General de Participaciones es un derecho de rango constitucional derivado de su condición de entidad territorial. El artículo 287 de la Constitución Política establece que las entidades territoriales (departamentos, municipios y territorios indígenas) tienen *derecho* a gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar sus recursos y “participar en las rentas nacionales”.

Este derecho tiene relación directa con el carácter descentralizado del Estado colombiano, elevado a rango de principio en el artículo 1 de la Constitución, junto con la autonomía de las entidades territoriales y la participación ciudadana. Y se fundamenta en el hecho de que la efectiva descentralización y participación local requiere no sólo el traslado de competencias administrativas desde la Nación hacia las entidades territoriales, sino también, de los recursos necesarios para que Municipios, Departamentos, Distritos y Resguardos Indígenas puedan gestionar los asuntos locales oportuna y adecuadamente⁶⁴¹. Así, según la Constitución “nos se podrán descentralizar competencias sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas” (art.356).

640 Con la consulta se aporta constancia secretarial del Tribunal Administrativo de Córdoba sobre la ejecutoria de la sentencia el 22 de julio de 2010, la cual se confirmó telefónicamente con la referida secretaría. La Sala revisó adicionalmente el sistema de información de procesos judiciales de la Rama Judicial y encontró que la sentencia no aparece apelada. Por tanto, la Sala parte del supuesto de que la actuación judicial se encuentra finalizada.

641 Por ejemplo, Sentencia C-871 de 2005, reiterada en Sentencia C-369 de 2006: “7.- La Constitución de 1991 es autonómica y por ello quiso fortalecer financieramente a las entidades territoriales, para que pudieran cumplir las nuevas funciones que les eran atribuidas, en desarrollo del principio de que no deben descentralizarse competencias sin la previa asignación de recursos suficientes para atenderlas (CP art. 356). Sin embargo, con el fin de evitar desequilibrios regionales, la Asamblea Constituyente mantuvo los ingresos tributarios más dinámicos en el orden nacional, pero estableció un derecho de las entidades territoriales a participar en un componente de esos ingresos

2. En ese sentido, el Sistema General de Participaciones es el mecanismo previsto en la Constitución (art.356) para hacer efectivo el mencionado derecho de participación y asegurar que las entidades territoriales reciban los recursos necesarios para atender los servicios a su cargo y financiar adecuadamente su prestación:

“Art. 356 (...) Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de los Departamentos, Distritos, y Municipios. Para efecto de atender los servicios a cargo de éstos y a proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación, se crea el Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios (...)”.

En desarrollo de lo anterior, la Ley 715 de 2001 al definir la naturaleza del Sistema General de Participaciones, se refiere a éste como la concreción del mandato de transferencia de recursos de la Nación hacia las entidades territoriales contenido en los artículos 356 y 357 de la Constitución:

“Artículo 1°. Naturaleza del Sistema General de Participaciones. El Sistema General de Participaciones está constituido por los recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política a las entidades territoriales, para la financiación de los servicios cuya competencia se les asigna en la presente ley. “

3. Particularmente, en el caso de municipios nuevos, la Ley 715 de 2001 establece que éstos tienen derecho a participar del Sistema General de Participaciones desde la misma vigencia fiscal de su creación, en proporción a su población y a la de los municipios de los cuales se han segregado; y que, a partir de la siguiente vigencia fiscal, deberán ser incluidos directamente en el sistema General de Participaciones y recibirán recursos en las mismas condiciones de las demás entidades territoriales:

“Artículo 87. Participación de los nuevos municipios en el Sistema General de Participaciones. Los municipios creados durante la vigencia fiscal en curso tendrán derecho a participar en el Sistema General de Participaciones de acuerdo con las siguientes reglas:

Si el municipio ha sido segregado del territorio de otro, el valor de la participación del municipio del cual se segregó que se encuentre pendiente de giro para el mes subsiguiente a la fecha en la cual se haya recibido en el Departamento Nacional de Planeación la comunicación del Gobernador del Departamento respectivo sobre su creación, se distribuirá entre los dos municipios en proporción a la población de cada uno de ellos.

Si el municipio ha sido segregado del territorio de dos o más municipios, se procederá en la misma forma señalada en el numeral precedente, pero el valor que se distribuirá será la suma de los valores pendientes de giro del mes subsiguiente de los municipios de los cuales se haya segregado el nuevo municipio (...).

Parágrafo 1°. Para efectos de este artículo se entiende recibida la comunicación del Gobernador del Departamento, en la fecha de radicación en Departamento Nacional de Planeación.

Parágrafo 2°. En la vigencia siguiente a la cual haya sido reportado al Departamento Nacional de Planeación la creación del nuevo municipio, este deberá ser incluido en la distribución general y se le aplicarán los criterios de asignación establecidos en el Sistema General de Participaciones (...)”

nacionales (CP art. 287). La obvia contrapartida de ese derecho de las entidades territoriales era la obligación de que un porcentaje de los ingresos corrientes fuera obligatoriamente distribuido a las entidades territoriales, ya sea por vía del situado fiscal, que correspondía a los departamentos y a los distritos, ya sea por la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación.”.

4. Ahora bien, la Constitución prevé también en su artículo 356 los criterios que debe tener en cuenta el legislador para establecer la forma de distribución del Sistema General de Participaciones entre las entidades territoriales según los posibles destinos de los respectivos recursos (educación salud, saneamiento, etc.). Señala dicho artículo en su parte pertinente lo siguiente:

“Artículo 356. (...) La ley reglamentará los criterios de distribución del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos, y Municipios, de acuerdo con las competencias que le asigne a cada una de estas entidades; y contendrá las disposiciones necesarias para poner en operación el Sistema General de Participaciones de estas, incorporando principios sobre distribución que tengan en cuenta los siguientes criterios:

a) Para educación, salud y agua potable y saneamiento básico: población atendida y por atender, reparto entre población urbana y rural, eficiencia administrativa y fiscal, y equidad. En la distribución por entidad territorial de cada uno de los componentes del Sistema General de Participaciones, se dará prioridad a factores que favorezcan a la población pobre, en los términos que establezca la ley.

b) Para otros sectores: población, reparto entre población y urbana y rural, eficiencia administrativa y fiscal, y pobreza relativa.

No se podrá descentralizar competencias sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas (...).” (Se resalta)

Estos criterios se encuentran desarrollados en la Ley 715 de 20001, modificada parcialmente por la Ley 1176 de 2007. En ella se establece cómo se calculan los tres componentes del Sistema General de Participaciones (educación, salud y participación para propósito general⁶⁴²). Para educación se tiene en cuenta principalmente la población atendida, la población por atender y el criterio de equidad (Art.16); la participación para Salud que a su vez tiene tres componentes -financiación de subsidios a la demanda, prestación del servicio a la población pobre y acciones de salud pública- utiliza como criterios la población pobre atendida con subsidios a la demanda y la equidad (art.48); la población pobre por atender y la dispersión poblacional (art.49); y la población, equidad y eficiencia administrativa (art.51), respectivamente. En cuanto a la participación de propósito general, la distribución entre las entidades territoriales se calcula según los índices de pobreza relativa, población urbana y rural y eficiencia administrativa y fiscal (art.79).

5. Es indudable que para la determinación de estas variables la ley parte del supuesto de que las entidades territoriales participantes del Sistema tienen definido un ámbito espacial o territorial sobre el cual calcular cada uno de sus componentes (población atendida y por atender en salud, educación y saneamiento básico, niveles de pobreza,

642 Artículo 3°. Modificado por el art. 1, Ley 1176 de 2007. Conformación del Sistema General de Participaciones. El Sistema General de Participaciones estará conformado así:

3.1. Una participación con destinación específica para el sector educativo, que se denominará participación para educación.

3.2. Una participación con destinación específica para el sector salud, que se denominará participación para salud.

3.3. Una participación de propósito general que incluye los recursos para agua potable y saneamiento básico, que se denominará participación para propósito general.

población urbana y rural, eficiencia, etc.). Igualmente, que la correcta aplicación y cálculo de las diversas variables garantiza la igualdad y la equidad en la distribución de las participaciones entre las entidades territoriales, por lo que en su aplicación debe procederse con diligencia y cuidado.

Sin embargo, también es importante señalar que gran parte de los criterios de distribución utilizados corresponden a variables estimadas, las cuales están sujetas a cambios constantes entre los diversos periodos de cálculo (las personas mudan su domicilio, entran o salen del mercado laboral, se desplazan a centros urbanos o vuelven al campo, hay nacimientos y fallecimientos, surgen estudiantes nuevos y otros se retiran, etc.); y que, por ello, tanto la Ley 715 de 2001, como sus normas reglamentarias no están estructuradas sobre datos exactos e inmodificables sino sobre la base de estimaciones, estadísticas y comparativos, para cuya determinación se establecen, además, distintas formas de suplir vacíos o inconsistencias de información y de hacer conciliaciones y ajustes posteriores cuando los datos utilizados son objeto de rectificaciones o actualizaciones. Todo ello con el fin de que los problemas de información no afecten el derecho de las entidades territoriales a recibir los recursos necesarios para atender las necesidades locales.

Así, por ejemplo, el artículo 86 de la Ley 715 establece para todos los componentes del Sistema General de Participaciones, la posibilidad de hacer ajustes en la vigencia fiscal posterior, cuando una entidad territorial haya recibido más recursos de los que le corresponden debido a “deficiencias de la información”:

“Artículo 86. Ajuste del monto apropiado. Cuando la Nación constate que una entidad territorial recibió más recursos de los que le correspondería de conformidad con la presente ley, debido a deficiencias de la información, su participación deberá reducirse hasta el monto que efectivamente le corresponda. Cuando esta circunstancia se presente, los recursos girados en exceso se deducirán de la asignación del año siguiente (...)”

Norma ésta reglamentada en el artículo 9 del Decreto 313 de 2008, que regula los ajustes a la distribución por deficiencias de información, señalando lo siguiente:

*“Artículo 9°. Ajuste a distribución. Cuando para ajustar la distribución **debido a deficiencias de información**, y conforme al artículo 86 de la Ley 715 de 2001, no existan en la vigencia en la cual corresponda realizar el ajuste recursos suficientes del Sistema General de Participaciones para la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, correspondientes a aquellas entidades que recibieron recursos de más, el ajuste a la distribución se hará hasta por el monto que los recursos de la respectiva vigencia lo permitan, en forma proporcional.”*

Adicionalmente, el artículo 11 del mismo decreto establece la forma de hacer los ajustes en la distribución del Sistema General de Participaciones, cuando las entidades reportan cambios o ajustes en la información inicialmente utilizada:

“Artículo 11. Ajustes por cambio en certificaciones. Los ajustes a la distribución de los recursos del Sistema General de Participaciones a que haya lugar por efecto de las modificaciones a las variables de distribución reportadas por las entidades competentes después del 15 de septiembre de la vigencia para la cual se distribuyen los recursos, se efectuarán con cargo a los recursos del Sistema General

de Participaciones de la vigencia siguiente. Para el efecto, la entidad que reporte un cambio de la información certificada, deberá explicar en la certificación las razones que motivan la expedición de nuevos datos.”

En la misma dirección, para asegurar que la eficiencia en la asignación de los recursos del sistema no se afecte por problemas de información, el Decreto 177 de 2004 permite hacer transferencias parciales del Sistema General de Participaciones con destino a salud y educación, sujetas a revisión posterior cuando se tenga información consolidada y definitiva:

“Artículo 1°. Distribución del Sistema General de Participaciones para Salud y Educación: Con el propósito de mejorar la eficiencia y la equidad en la asignación de los recursos del SGP para salud y educación mediante la disponibilidad y verificación de la información necesaria, el Departamento Nacional de Planeación, DNP, podrá realizar distribuciones parciales de estos recursos durante la vigencia fiscal atendiendo los criterios de la Ley 715 de 2001.

La distribución definitiva se efectuará previa evaluación y verificación de la información por parte de las entidades responsables de su certificación.

Estas distribuciones serán aprobadas por el Conpes para la Política Social y los giros mensuales correspondientes se programarán y ajustarán con base en dichas distribuciones”.

Y, para los municipios nuevos, que, precisamente, por no tener datos estadísticos e históricos propios, pueden enfrentar problemas de información para el cálculo de su participación en el Sistema General de Participaciones, el Decreto Reglamentario 159 de 2002 señala que esos inconvenientes se deben solucionar usando los indicadores disponibles de los municipios de los cuales se ha segregado la nueva entidad territorial:

“Artículo 6. Cálculo de variables para los nuevos municipios con información insuficiente. Para los efectos de la determinación de la asignación que corresponde a los nuevos municipios que hayan sido creados y reportados al Departamento Nacional de Planeación hasta el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior a la vigencia fiscal para la cual se realiza la distribución de los recursos del Sistema General de Participaciones, se aplicarán los mismos indicadores del municipio del cual hubiere sido segregado, o el promedio si se hubiere segregado de varios en el evento de información certificada sobre una o más variables (...)”

En síntesis, se puede observar entonces que la legislación reconoce las diversas contingencias que por problemas de información pueden enfrentar las autoridades competentes al momento de calcular la distribución del Sistema General de Participaciones, pero a la vez, les ofrece posibilidades, que en el contexto del derecho de participación de las entidades territoriales en las rentas nacionales constituyen deberes, de superarlas y de hacer eficiente el flujo de recursos hacia los entes locales, para no afectar la atención de las necesidades que estas últimas cubren con ellos.

6. Todo lo anterior hace visible también la diferencia existente entre el derecho de participación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, para el que la Constitución no exige nada distinto a tener la calidad de *entidad territorial*, y los criterios con base en los cuales se calcula el monto de la respectiva participación

(población, cobertura de educación y servicios públicos, niveles de pobreza, eficiencia administrativa, equidad, etc.).

Respecto de estos últimos, las certificaciones, estimaciones y cálculos de las distintas autoridades competentes⁶⁴³ son esencialmente instrumentales (no condicionantes) para la efectividad de ese derecho, de manera que, sin perjuicio de que en cada caso deba exigirse la información a que haya lugar y el uso de instrumentos de medición adecuados, su aplicación no puede hacerse con excesiva formalidad y rigorismo, al punto que termine afectando desproporcionada e innecesariamente el derecho constitucional de las entidades territoriales a recibir recursos del Sistema General de Participaciones.

7. Debe tenerse en cuenta además, que los recursos del Sistema General de Participaciones tienen una destinación social constitucionalmente relevante⁶⁴⁴, al estar dirigidos, por mandato de la Carta, a la atención de necesidades básicas de la población como educación, salud, agua potable y saneamiento básico, con énfasis en la población más pobre y vulnerable:

“Art. 356. (...) Los recursos del Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios se destinarán a la financiación de los servicios a su cargo, dándoles prioridad al servicio de salud, los servicios de educación, preescolar, primaria, secundaria y media, y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, garantizando la prestación y la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre (...).”

Por tanto, si las entidades territoriales no reciben los recursos que les corresponden, pueden estar en riesgo derechos fundamentales y colectivos especialmente protegidos, lo que justifica aún más no actuar con excesivo formalismo, atender la finalidad del Sistema General de Participaciones y utilizar todas las herramientas previstas en la normativa vigente para solucionar los inconvenientes de información que puedan afectar las transferencias de recursos a las entidades territoriales.

643 Para el componente de educación, la información debe ser reportada por las entidades territoriales y, subsidiariamente, se usa información disponible del Ministerio de Educación (art. 19 Ley 715 de 2001); para el componente de propósito general, la información sobre población y pobreza es obtenida del DANE y lo relativo a eficiencia fiscal y administrativa es remitida por las entidades territoriales con refrendación del Contador General de la Nación (art. 79 ibídem); para el componente de salud, el más complejo, intervienen distintas entidades, según el artículo 66 de la Ley 715 de 2001, así:

“Artículo 66. De la información para la asignación de recursos. La información utilizada para la distribución de recursos en materia de población urbana y rural, deberá ser suministrada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, DANE.

La información sobre la población pobre afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, provendrá del Sistema Integral de Información en Salud, del Ministerio de Salud.

La información sobre la población identificada por el Sistema de Identificación de Beneficiarios de Programas Sociales que determine el Conpes, será consolidada y suministrada por el Departamento Nacional de Planeación.

La información sobre la extensión de departamentos, distritos y municipios será proporcionada por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, IGAC.

La información para la aplicación de los criterios de equidad y eficiencia administrativa tenidos en cuenta para la distribución de los recursos del componente para acciones en salud pública, será suministrada por el Ministerio de Salud.

El factor de ajuste que pondera los servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado será definido conjuntamente por el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Salud. “ (Véase también artículos 1 y 7 del D. 159 de 2002 que reglamenta el envío de información al Departamento Nacional de Planeación)

644 Esta destinación justifica, por ejemplo, su inembargabilidad, (art.21 D. 28/08), respecto de la cual la Corte Constitucional señaló que “la cláusula de inembargabilidad de los recursos del SGP persigue fines constitucionalmente legítimos, compatibles con la naturaleza y destino social de esos recursos”; por tal razón, se declaró exequible (Sentencia C-154/2008).

8. Visto lo anterior, la Sala pasa a revisar hasta dónde la declaración de nulidad parcial del acto de creación del Municipio de Tuchín afecta su existencia y límites territoriales, así como la posibilidad de ser parte del Sistema General de Participaciones y de recibir los recursos que le corresponden en virtud de ello.

Antecedentes de la creación del Municipio de Tuchín y sentido de la decisión judicial que declaró la nulidad parcial de la ordenanza 09 de 2007

9. La atribución para la creación y supresión de municipios está asignada por la Constitución Política a las Asambleas Departamentales, quienes deben sujetarse para tal efecto a los requisitos que señale la ley (art.300-6).
10. De acuerdo con el artículo 15 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 8 de la Ley 136 de 1994, la creación de un municipio debe cumplir los siguientes requisitos, siendo especialmente relevantes para este asunto los dos primeros:

(i) que el área del municipio propuesto tenga identidad, atendidas las características naturales, sociales, económicas y culturales; (ii) que el nuevo municipio cuente al menos con 14.000 habitantes y que el municipio o municipios de los cuales se segrega no disminuyan su población por debajo de ese mismo límite; (iii) ingresos corrientes de libre destinación anuales equivalentes a 5.000 salarios mínimos mensuales vigentes, durante un período no inferior a 4 años; (iv) contar con estudio previo de conveniencia económica y social de la iniciativa y de viabilidad de la nueva entidad, aprobado por la oficina de planeación del respectivo departamento; (v) someter el proyecto de ordenanza a un control previo de legalidad por parte del Tribunal Administrativo de la respectiva jurisdicción; si el respectivo proyecto “no se encontrare ajustado a la ley no podrá sancionarse”; y (vi) si la creación del municipio no tuvo origen en una iniciativa popular, la respectiva ordenanza será sometida a referéndum entre los habitantes del respectivo territorio.

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 17 de la Ley 617 de 2000, el proyecto de ordenanza debe estar acompañado de una exposición de motivos que incluirá como anexos los estudios y certificaciones sobre población, área y recursos, el concepto de viabilidad expedido por la oficina de planeación departamental, *el mapa preliminar del territorio* del municipio que se pretende crear y los demás documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley.

Finalmente, el artículo 16 de la Ley 136 de 1994 establece que la ordenanza de creación deberá fijar los límites del nuevo municipio, indicar la cabecera municipal y señalar la forma en que la nueva entidad concurrirá al pago de la deuda pública de los municipios de los cuales se segregó.

11. Cumplido todo lo anterior, el gobernador del respectivo departamento, remitirá copia de la ordenanza y sus anexos a la dirección general unidad administrativa especial para el desarrollo institucional de los entes territoriales del Ministerio del Interior, donde se llevará un registro de los municipios creados (párrafo tercero del artículo 15 de la Ley 617 de 2000); también comunicará la creación del municipio al Departamento Nacional de Planeación para su inclusión en el Sistema General de

Participaciones (Art. 87 Ley 715/2001, supra 6); y, finalmente, una vez publicada la ordenanza que crea el nuevo municipio, el Gobernador mediante Decreto, nombrará alcalde encargado y en el mismo acto citará con no menos de tres (3) meses de anticipación a elección de concejales y alcalde popular (art. 18 de la Ley 136/1994).

12. Finalmente, el artículo 16 de la Ley 136 de 1994 *establece que una vez entre en funcionamiento el nuevo municipio* (es decir que no es una condición para su existencia sino una consecuencia de ella), se procederá a su deslinde, amojonamiento y a la elaboración y publicación del mapa oficial.
13. En el caso del Municipio de Tuchín, su creación se dio mediante la Ordenanza 09 de 2007 de la Asamblea Departamental de Córdoba, ratificada en Referendo Aprobatorio el 13 de abril de 2008 (según acta de escrutinio del 15 de abril de 2008). El 14 de septiembre del mismo año, se eligió por votación popular su alcalde y concejales. Además, según aparece en la decisión judicial que ahora se analiza, la ordenanza cumplió con el control previo de legalidad y con los anexos, estudios de viabilidad y certificaciones previstas en la ley.

Particularmente, para su creación, la Asamblea Departamental segregó el 27% del territorio del Municipio de San Andrés de Sotavento y el 2% del territorio del Municipio de Chimá, este último correspondiente a la *vereda Sabana Costa y al caserío El Brillante* (art.2 Ordenanza 09/2007). En el respectivo acto de creación, se fijaron los límites del nuevo Municipio con base en lo que sería su territorio y se ordenó al Instituto Geográfico Agustín Codazzi adelantar el proceso de deslinde y amojonamiento, al igual que la elaboración y publicación del mapa oficial de la respectiva entidad (art.4).

14. Según indica la consulta, el Municipio de Tuchín fue incluido desde su creación en el Sistema General de Participaciones con base en las certificaciones necesarias para el efecto, aunque los traslados de recursos fueron suspendidos en el año 2009 en virtud de la suspensión provisional de la Ordenanza 09 de 2007 por parte del Tribunal Administrativo de Córdoba⁶⁴⁵.
15. Ahora bien, el Tribunal Administrativo de Córdoba resolvió el asunto definitivamente en la Sentencia del 8 de julio de 2010, en la que solamente se declaró la nulidad parcial (no total) de la Ordenanza 09 de 2007, en el sentido de excluir del nuevo municipio los territorios que la Asamblea Departamental había tomado del Municipio de Chimá, esto es, la *vereda Sabana Costa y el caserío El Brillante*. Quedó entonces vigente la referida Ordenanza, en cuanto a la integración del nuevo Municipio de Tuchín con el territorio restante, esto es, el segregado de San Andrés de Sotavento⁶⁴⁶.

Según la sentencia, el Municipio de Chimá tenía menos de 14.000 habitantes y, en esa medida, su población y economía no podía reducirse aún más como consecuencia de la creación del nuevo municipio; por ello, la *vereda Sabana Costa y el caserío El Brillante*

645 Auto del 5 de marzo de 2009, confirmado en auto del Consejo de Estado del 24 de septiembre de 2009.

646 Precisamente, según el texto aportado con la Consulta, la sentencia tuvo un salvamento de voto de unos de los magistrados integrantes del Tribunal, en el cual se argumenta que la declaratoria de nulidad debió recaer sobre toda la ordenanza y no solamente sobre una parte de ella, de forma que no se debió permitir la subsistencia del nuevo municipio con el área restante. Sin embargo, la decisión mayoritaria no lo determinó así.

deben permanecer en dicho municipio y excluirse de la referida Ordenanza 09 de 2007. En la providencia se mencionan los siguientes datos a partir de certificaciones del DANE aportadas al proceso, los cuales sirven para determinar enseguida el verdadero impacto de la respectiva sentencia:

- Que el Municipio de Tuchín, con los territorios que lo debían integrar según el acto de creación, tenía una población estimada de 33.653 habitantes;
- Que el Municipio de Chimá contaba con una población, antes de la segregación, de 13900 personas y, después de ella, de 13590 personas, con lo que su aporte al nuevo municipio habría sido apenas de 310 unas personas.

16. Conforme a lo expuesto, la Sala observa lo siguiente sobre los efectos de la Sentencia del 8 de julio de 2010 del Tribunal Administrativo de Córdoba:

- En primer lugar, la sentencia no afectó la existencia legal del Municipio de Tuchín, pues la nulidad del acto de creación fue solamente parcial y se limitó a excluir de sus límites una porción de su territorio original; en ese sentido, la sentencia deja a salvo el área restante no vinculada a la declaración de nulidad, como elemento territorial propio de dicho municipio.
- En segundo lugar, su impacto poblacional es relativamente bajo, pues, según lo expuesto, el Municipio de Tuchín solamente perdió un área menor que no le aportaba más de del 1% de su población.
- En tercer lugar, el área no afectada con la decisión judicial y que hoy constituye el territorio del Municipio de Tuchín, es un área plenamente determinada e identificable por cualquier de dos vías: basta restarle al trazado original lo correspondiente a las dos veredas del Municipio de Chimá que perdió con la sentencia o, simplemente, tomar el área que se segregó del Municipio de San Andrés de Sotavento que es la que actualmente constituye el Municipio de Tuchín.
- En cuarto lugar y como consecuencia de lo anterior, la delineación de los límites del Municipio de Tuchín -en la que ya no aparezcan los territorios excluidos por la decisión judicial-, pasa a ser una situación más de tipo formal y cartográfico que de fondo; frente a ello, lo que corresponde a la Asamblea Departamental de Córdoba no es crear o dar nuevamente vida jurídica al Municipio de Tuchín (pues ya la tiene), sino, solamente, ajustar en su forma el acto inicial de su creación en lo relacionado, no con los territorios que componen el Municipio, sino, únicamente, con la enunciación de sus límites actuales, teniendo como base que al mismo ya no le pertenecen las áreas de *Sabana Costa* y *El Brillante del Municipio de Chimá*.

17. Todo lo anterior permite concluir que el Municipio de Tuchín existe jurídicamente como entidad territorial; que en su condición de tal puede ejercer las funciones que le corresponden y reclamar los derechos de los cuales es titular de acuerdo con la Constitución y la ley; y que tiene un territorio identificable conformado por el área segregada del Municipio de San Andrés de Sotavento (dato éste objetivo y verificable), a partir del cual se pueden hacer las estimaciones y cálculos pertinentes para el Sistema General de Participaciones.

En consecuencia, para la Sala no existe ninguna razón constitucional o legal para excluir al municipio de Tuchín del Sistema General de Participaciones, pues, según se ha indicado,

su derecho a estar en él se deriva de su existencia como entidad territorial (*supra Nos. 1, 3 y 6*). Además, debe recordarse, como se señaló anteriormente (*supra No.12*), que el deslinde, amojonamiento y elaboración y publicación del mapa oficial de los nuevos municipios son actos posteriores (no condicionantes) a la existencia de los mismos, de manera que la transferencia de recursos del Sistema General de Participaciones no podría estar supeditada a ellos.

Precisamente, lo que se observa es que la sentencia del Tribunal Administrativo de Córdoba deja sin efecto la suspensión provisional decretada dentro del proceso en el año 2009 y permite reactivar el traslado de recursos del Sistema General de Participaciones, pues deja indemne la existencia del municipio y la legalidad de la Ordenanza 09 de 2007 en lo que no fue anulada.

Tanto la Constitución como la demás normativa que regula la materia, en consonancia con los principios orientadores de la función administrativa (art.209 C.P), conducen entonces a que las autoridades involucradas deban proceder con la celeridad y eficiencia necesarias para garantizar el derecho de participación del Municipio de Tuchín en las rentas nacionales y la atención de las necesidades locales de la población ubicada en su territorio, lo cual se hace tanto más importante si se tiene en cuenta que tal entidad lleva más de un año sin recibir recursos como consecuencia de la ya referida suspensión provisional de la Ordenanza 09 de 2007.

En consecuencia, esta Sala aconseja utilizar la información disponible y agotar los diversos mecanismos previstos en la Ley 715 de 2001 y sus decretos reglamentarios para suplir o corregir las deficiencias de datos que pudieran aparecer al momento de calcular el monto de las transferencias correspondientes. Si es imposible actualizar toda la información en este momento, ello no debe impedir el traslado de los respectivos recursos, pues como se ha indicó, en la vigencia fiscal siguiente pueden hacerse los ajustes a que haya lugar, conforme a lo dispuesto en los artículos 86 de la Ley 715 de 2001 y 9 y 11 del Decreto 313 de 2008 (*supra No. 5*).

18. Ahora bien, con las preguntas 6 y 7, se busca determinar si la anulación parcial de la Ordenanza 09 de 2007, en la medida que implica la reducción del territorio original del Municipio de Tuchín, obliga a reliquidar hacia el pasado el monto de las transferencias hacia ese municipio; frente a ello, la Sala considera que la respuesta es en principio afirmativa dados los efectos retroactivos de la nulidad⁶⁴⁷, los cuales implican que el cálculo de las respectivas transferencias (pasadas y futuras) sólo debería cubrir el área que legalmente le corresponde al municipio sin incluir la porción de territorio inicialmente tomada del Municipio de Chimá.

Sin embargo, dado que, como también ha señalado el Consejo de Estado, tales efectos retroactivos de la nulidad tienen límite en la seguridad jurídica y las situaciones consolidadas, de manera que no deben producir un desorden innecesario en las relaciones jurídicas ya superadas⁶⁴⁸, la Sala considera también que tal redistribución hacia el pasado solamente sería procedente respecto de las transferencias pendientes por efecto de la

647 “(...) la declaratoria de nulidad produce efectos ex tunc, esto es, desde la génesis o formación del acto (...)”. Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 21 de abril de 1995, M.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

648 “Precisamente, allí radica la diferencia de la inexecutable de la ley con la nulidad de los actos administrativos, pues ésta, por regla general, sí tiene efectos ex tunc, es decir, retrotrae la situación jurídica a la anterior a la expedición del acto anulado, debiéndose

suspensión producida en el año 2009. En relación con éstas, al tratarse de situaciones no consolidadas, el Municipio de Tuchín solamente debe recibir lo que le corresponde según su territorio y, correlativamente, el Municipio de Chimá, la parte que le toca en razón de las áreas restituidas con el fallo judicial.

Reiterando, claro está, que si existen dificultades para hacer esa reliquidación este mismo año, el traslado de recursos puede hacerse con la información disponible, sin perjuicio de que en la siguiente vigencia fiscal se realicen los ajustes pertinentes con base en las actualizaciones correspondientes.

Distribución de la participación para los resguardos indígenas ubicados en el Municipio de Tuchín

19. Finalmente, la entidad consultante pregunta cómo proceder para la Asignación Especial del Sistema General de Participaciones al Resguardo de San Andrés de Sotavento, ubicado en jurisdicción del Municipio de Tuchín.

Al respecto, cabe recordar que en el caso de los resguardos indígenas, éstos son beneficiarios del Sistema General de Participaciones mientras no se constituyan las entidades territoriales indígenas (art. 329 C.P y 82 de la Ley 715 de 2001⁶⁴⁹), pero que los recursos correspondientes no son girados directamente a ellos, sino a través de los municipios en los cuales se encuentran ubicados, quienes para el efecto deben manejar cuentas separadas y convenir con los autoridades de los resguardos su forma de ejecución. A ese respecto, el artículo 83 de la Ley 715 de 2001 dispone lo siguiente:

“Artículo 83. Distribución y administración de los recursos para resguardos indígenas. Los recursos para los resguardos indígenas se distribuirán en proporción a la participación de la población de la entidad o resguardo indígena, en el total de población indígena reportada por el Incora al DANE.

Los recursos asignados a los resguardos indígenas, serán administrados por el municipio en el que se encuentra el resguardo indígena. Cuando este quede en jurisdicción de varios municipios, los recursos serán girados a cada uno de los municipios en proporción a la población indígena que comprenda. Sin embargo deberán separarse en cuentas separadas a las propias de las entidades territoriales y para

tener como si éste no hubiera existido, **pero dejando a salvo de ese efecto retroactivo las situaciones consolidadas.**” (Se resalta). Sentencia del Consejo de Estado del 21 de mayo de 2009, Sección Primera, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Planeta, exp. 2003-00119.

En el mismo sentido, Sentencia del 5 de julio de 2006, Sección Tercera del Consejo de Estado, M.P. Ruth Stella Correa Palacio: “Ahora, la nulidad de un acto administrativo general si bien es cierto que la jurisprudencia tiene determinado que produce efectos *ex tunc* (*‘desde entonces’*), esto es, desde el momento en que se profirió el acto anulado por lo que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, no es menos cierto que la jurisprudencia también tiene establecido que ello en modo alguno significa que dicha declaratoria afecte situaciones concretas e individuales que se hayan producido en vigencia del mismo. En otras palabras, sólo las situaciones no definidas son afectadas por la decisión anulatoria, bien porque se encontraban en discusión o eran susceptibles de discusión en sede administrativa, ya porque estuvieren demandadas o eran susceptibles de debatirse ante la jurisdicción administrativas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria. Se excluyen, entonces, aquellas situaciones consolidadas en aras de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada, habida cuenta de que *‘la ley (...) ha querido que las situaciones particulares no queden indefinidamente sometidas a la controversia jurídica y para ello ha establecido plazos dentro de los cuales se puede solicitar la revisión de las actuaciones administrativas y de encontrarse violatorias de normas superiores, para excluirlas del ámbito jurídico y restablecer el derecho del afectado.’*”

649 “Artículo 82. Resguardos indígenas. En tanto no sean constituidas las entidades territoriales indígenas, serán beneficiarios del Sistema General de Participaciones los resguardos indígenas legalmente constituidos y reportados por el Ministerio del Interior al Departamento Nacional de Estadísticas, DANE, y al Departamento Nacional de Planeación en el año inmediatamente anterior a la vigencia para la cual se programan los recursos”.

su ejecución deberá celebrarse un contrato entre la entidad territorial y las autoridades del resguardo, antes del 31 de diciembre de cada año, en la que se determine el uso de los recursos el año siguiente. Copia de dicho contrato se enviará antes del 20 de enero al Ministerio del Interior.

*Cuando los resguardos se erijan como Entidades Territoriales Indígenas, sus autoridades recibirán y administrarán directamente la transferencia (...)*⁶⁵⁰

Por tanto, en el caso consultado se deberá proceder como indica esta disposición, es decir, según el municipio o municipios en que se encuentre ubicado el respectivo resguardo, situación que no cambia con el fallo judicial analizado para el caso de los resguardos indígenas situados en el Municipio de Tuchín.

En ese sentido, huelga reiterar que el Municipio de Tuchín existe legalmente y como tal puede ejercer los derechos y cumplir las funciones que le asigna la ley como entidad territorial.

Así, si el resguardo de San Andrés de Sotavento se encuentra localizado en su totalidad en el Municipio de Tuchín, los recursos correspondientes a ese resguardo deben transferirse a través suyo; o si, como consecuencia de la decisión judicial que anuló parcialmente la Ordenanza 09 de 2007, el resguardo quedó ubicado en parte en el Municipio de Tuchín y en parte en el Municipio de Chimá, las transferencias deberán hacerse proporcionalmente, teniendo en cuenta la población ubicada en cada uno de ellos.

LA SALA RESPONDE:

1. Teniendo en cuenta que a raíz de la sentencia de fecha 08 de julio de 2010 proferida por la Sala Tercera del Tribunal Administrativo de Córdoba, no están definidos los límites del municipio y, por ende, la totalidad de su población, se pregunta ¿Se debe mantener a Tuchín en la base de distribución del Sistema General de Participaciones de la vigencia de 2010, realizada por el DNP y aprobada por el Conpes Social?

2. ¿Se debe continuar con el giro de recursos del Sistema General de Participaciones?

El Municipio de Tuchín existe legalmente y por tanto debe mantenerse en el Sistema General de Participaciones; por lo mismo, debe recibir los recursos que le correspondan de conformidad con la Constitución y la Ley.

3. ¿A partir de la ejecutoria de la sentencia del Tribunal Administrativo de Córdoba, se debe modificar la distribución de los recursos del Sistema General de Participaciones de la vigencia de 2010, aprobados por los Conpes Sociales 131 y 134 de 2010?

4. ¿Se debe esperar a que la Asamblea Departamental de Córdoba defina los nuevos límites del Municipio de Tuchín, que el IGAC proceda a realizar el deslinde y el mapa oficial de éste municipio para que, con base en lo anterior, el DANE certifique al DNP los datos de población y providencia de cada uno y de los municipios involucrados (San

⁶⁵⁰ La exequibilidad del artículo 83 de la Ley 715 de 2001 fue condicionada por la Corte Constitucional, en el sentido que los municipios, al momento de suscribir los convenios de ejecución de los recursos del Sistema General de Participaciones con los resguardos indígenas, *deben asegurar el respeto de sus derechos a la identidad cultural y a la participación en dicho sistema y que, en caso de discrepancia sobre el uso de recursos, prevalecerá la decisión adoptada por las autoridades del respectivo resguardo.* (Sentencia C-921/07). Al respecto debe verse también Sentencia T-514 de 2009, sobre los recursos de los resguardos indígenas.

Andrés de Sotavento, Tuchín y Chimá), para realizar el giro de los recursos del SGP al municipio de Tuchín?

5. ¿De ser afirmativa la respuesta al anterior interrogante, mientras tanto qué mecanismo se puede utilizar para proveer los recursos de la Nación al Municipio de Tuchín?

Si, a partir de la ejecutoria de la sentencia del Tribunal Administrativo de Córdoba se debe ajustar la distribución de los recursos del Sistema General de Participaciones de la vigencia de 2010, con base en los límites territoriales actuales del Municipio de Tuchín. Empero, no se debe esperar o condicionar el giro de recursos del Sistema General de Participaciones a la actualización de los límites del Municipio de Tuchín por parte de la Asamblea Departamental de Córdoba y a la elaboración del mapa oficial por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Para establecer el monto de la participación del Municipio de Tuchín en el Sistema General de Participaciones se puede utilizar como referente el territorio que actualmente lo conforma, es decir, el señalado en su acto de creación, menos las áreas correspondientes a *Sabana Costa y El Brillante del Municipio de Chimá*, excluidas mediante Sentencia del 8 de julio de 2010 del Tribunal Administrativo de Córdoba. Se deberán hacer las transferencias correspondientes con la información disponible, sin perjuicio de las conciliaciones a que haya lugar en la siguiente vigencia fiscal.

¿Se debe solicitar a las entidades responsables de certificar los datos de cada uno de los criterios de distribución del SGP para efectuar la reliquidación de los recursos?

Sí, pero en todo caso, si tales certificaciones no se alcanzan a actualizar para esta vigencia fiscal, las transferencias del SGP deben hacerse con la información disponible y la reliquidación correspondiente se puede aplicar en la vigencia fiscal siguiente.

6. ¿A partir de qué momento se debe realizar la redistribución de los recursos del SGP 2010 por razones de la ya mencionada sentencia del Tribunal Administrativo de Córdoba?

La redistribución procede respecto de los recursos que a la fecha de ejecutoria de la Sentencia del 8 de julio de 2010 del Tribunal Administrativo de Córdoba se encontraban pendientes de transferir al Municipio de Tuchín como consecuencia de la suspensión provisional de la Ordenanza 09 de 2007 decretada mediante auto del 5 de marzo de 2009.

7. ¿En el caso de la Asignación Especial del Sistema General de Participaciones para los resguardos indígenas correspondientes al Resguardo de San Andrés de Sotavento, ubicado en el Municipio de Tuchín, cuál es el procedimiento a seguir?

El procedimiento a seguir es el indicado en el Artículo 83 de la Ley 715 de 2001, de acuerdo con lo señalado en este concepto.

5. Competencia disciplinaria sobre servidores departamentales y municipales con ocasión de la medida correctiva de asunción temporal de competencia prevista en el decreto 028 de 2008**Radicado 2046**

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Fecha: 03/03/2011

Levantamiento de la reserva mediante oficio del 17 de marzo de 2011

La señora Ministra de Educación Nacional, Dra. María Fernanda Campo Saavedra, consulta a la Sala sobre la titularidad de la competencia disciplinaria cuando a los departamentos o a los municipios se les imponga la medida correctiva de asunción temporal de competencia prevista en el decreto 028 de 2008.

1. Antecedentes

La señora Ministra informa a la Sala que, con fundamento en el artículo 3° del Acto Legislativo 04 de 2007 y el decreto 028 de 2008, el Ministerio de Educación Nacional intervino en dos departamentos la prestación del servicio educativo en los niveles de educación preescolar, básica y media, y que para tal efecto designó en cada uno de ellos administradores temporales.

Agrega que, de acuerdo con el artículo 13, numeral 13.3.1 del decreto 028 de 2008, el decreto reglamentario 2613 de 2009 y el CONPES Social No. 124 de 2009, el administrador o tercero contratado tiene las facultades propias del jefe del organismo intervenido para la administración del servicio público y le corresponde disponer para tal fin de los recursos del Sistema General de Participaciones como ordenador de gasto y nominador. En la consulta se cita, igualmente, el artículo 153 de la ley 115 de 1994, relativo a las facultades de administración de la educación en los municipios.

Expuestos los anteriores hechos, la señora Ministra indica que en uno de esos departamentos el administrador temporal para el sector educativo ha conocido y fallado en primera instancia varios procesos disciplinarios relacionados con docentes de esa entidad territorial y que, en cumplimiento de la ley 734 de 2002, ha solicitado al Ministerio de Educación conocer la segunda instancia.

Ante esta circunstancia el Ministerio ha considerado que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 76 de la ley 734 de 2002, la autoridad competente para conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra los servidores públicos docentes, directivos docentes y administrativos del departamento es el jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario de la entidad territorial o el funcionario que haga sus veces, y que la segunda instancia corresponde al Administrador Temporal del sector educativo del respectivo departamento, por haber asumido las facultades propias del Gobernador para la administración de dicho sector.

2. Interrogantes

En consideración a los antecedentes expuestos, la Ministra de Educación Nacional formula las siguientes preguntas:

1. “¿En los departamentos y municipios que han sido objeto de la medida correctiva de Asunción Temporal de Competencia de la prestación del servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, cómo debe estar organizada la función disciplinaria? ¿Con el mismo esquema existente antes de la Asunción Temporal de Competencia, o con una estructura propia durante el tiempo de la intervención?”
2. “¿La designación de un particular como administrador temporal, en los términos señalados, convierte al Ministro de Educación Nacional en su superior jerárquico que deba conocer en segunda instancia los procesos disciplinarios, teniendo en cuenta que hacer tal designación no equivale a la provisión de un cargo de planta del Ministerio? ¿Para los mismos efectos, qué sucede si el designado como administrador temporal es un servidor público, de la planta de personal de este Ministerio?”

3. PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

3.1 Planteamiento del problema jurídico

De los antecedentes expuestos y las preguntas transcritas se colige que la consulta indaga sobre las reglas de competencia que en materia disciplinaria rigen en los departamentos donde se ha adoptado la medida correctiva de asunción temporal de competencia prevista en el decreto 028 de 2008, particularmente en cuanto se refiere al administrador temporal y a la segunda instancia.

Para tal efecto la Sala analizará en primer lugar la figura de la asunción temporal de competencia como medida correctiva dentro del marco de la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto ejecutado por las entidades territoriales con recursos del Sistema General de Participaciones, de que tratan el Acto Legislativo N° 4 de 2007 y el decreto 028 de 2008. A continuación se estudiará el marco jurídico general del control disciplinario interno en las entidades estatales, para proseguir con la determinación de las facultades del administrador temporal como autoridad disciplinaria y concluir con lo relativo a la primera instancia en materia disciplinaria en los casos en que se esté adelantando una asunción temporal de competencia.

3.2 El Acto Legislativo N° 4 de 2007 y la asunción temporal de competencia como medida correctiva

Por Acto Legislativo N° 4 de 2007 el Gobierno Nacional quedó facultado para definir “una estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto ejecutado por las entidades territoriales con recursos del Sistema General de Participaciones” y para regular, entre otros aspectos, “los eventos en los cuales está en riesgo la prestación adecuada de los servicios a cargo de las entidades territoriales, las medidas que puede adoptar para evitar tal situación y la determinación efectiva de los correctivos necesarios a que haya lugar.” En ejercicio de esta facultad de origen constitucional, el Gobierno Nacional expidió

el decreto ley 028 de 2008, “por medio del cual se define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto que se realice con recursos del Sistema General de Participaciones.” Dicho decreto previó, entre las distintas medidas de control que puede adoptar el Gobierno Nacional sobre el gasto realizado por las entidades territoriales cuando detecte alguno de los eventos de riesgo que la norma tipifica, la denominada “asunción de competencia”. En virtud de esta medida correctiva, la competencia para asegurar la prestación del servicio la asumirá temporalmente el departamento y, en el caso de los departamentos o distritos, la Nación (artículo 13.3).

La asunción temporal de competencia implica las siguientes atribuciones, de conformidad con el artículo 13.3.1 del decreto ley 028 de 2008:

“El departamento o la Nación, según el caso, ejercerán las atribuciones referentes a la programación presupuestal, ordenación del gasto, competencia contractual y nominación del personal en relación con los recursos del Sistema General de Participaciones asignados para la financiación del correspondiente servicio. En este evento, el departamento o la Nación, están facultados para determinar quién tendrá a su cargo la administración del servicio y para celebrar los contratos con terceros para este fin.

El administrador o el tercero contratado para estos efectos tendrá las facultades propias del jefe del organismo intervenido para la administración del servicio público y podrá disponer para tal fin de los recursos del Sistema General de Participaciones como ordenador de gasto y nominador dentro de los límites de la ley...”

Y agrega el artículo 13.3.2 del mismo decreto ley:

“3.3.2. El departamento o la Nación, según el caso, adoptarán las medidas administrativas, institucionales, presupuestales, financieras y contractuales, necesarias para asegurar la continuidad, cobertura y calidad en la prestación de los servicios y la ejecución de los recursos dispuestos para su financiación, para lo cual se le girarán los respectivos recursos del Sistema General de Participaciones.”

La aplicación de estas disposiciones de orden constitucional y legal llevó a que el Ministerio de Educación Nacional asumiera la administración del sector de educación y de los respectivos recursos del SGP en dos departamentos, por medio de un administrador temporal. Es en este punto donde surge la cuestión de las competencias en materia disciplinaria.

3.3 Control disciplinario y reglas de competencia

Los artículos 4, inciso segundo, y 95 de la Constitución Política (C.P), establecen expresamente el deber de obediencia al ordenamiento jurídico, el cual se complementa con el artículo 6 ibídem cuando dispone que los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y que los **servidores públicos** lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En el caso de las autoridades públicas el deber de obediencia al ordenamiento jurídico constituye, además, un presupuesto fundamental para el ejercicio de las competencias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 121 de la Carta, según el cual “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”. A su vez, el artículo 124 C.P. dispone:

“Artículo 124. La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”.

En este contexto, el control disciplinario tiene como finalidad garantizar que la función pública se ejerza de conformidad con los principios que la rigen (art. 209 C.P.), en beneficio de la comunidad y en orden a la protección de los derechos y libertades de los asociados (art. 2 C.P.) En tal sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho disciplinario “... está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, ya que los servidores públicos no sólo responden por la infracción a la Constitución y a las leyes sino también por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (CP Art. 6°)”⁶⁵¹.

En consecuencia, el derecho disciplinario se enmarca dentro del derecho administrativo sancionatorio, y de manera general dentro del ejercicio del ius puniendi del Estado, correspondiéndole a la ley señalar quiénes son específicamente los titulares de la acción disciplinaria y, más concretamente, las autoridades competentes para adelantar las actuaciones a que haya lugar.

Sin perjuicio de que el Estado sea el titular de la acción disciplinaria, la ley ha definido expresamente las autoridades que en nombre de aquel ejercen dicha potestad. En efecto, ley 734 de 2002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, dispone en lo pertinente lo siguiente:

“Artículo 2. Titularidad de la acción disciplinaria. Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las personerías distritales y municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias...”.

Por su parte, el artículo 67 establece:

“Artículo 67. Ejercicio de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria se ejerce por la Procuraduría General de la Nación; los consejos superior y seccionales de la judicatura; la Superintendencia de Notariado y Registro; los personeros distritales y municipales; las oficinas de control disciplinario interno establecidas en todas las ramas, órganos y entidades del Estado; y los nominadores y superiores jerárquicos inmediatos, en los casos a los cuales se refiere la presente ley.” (Ibidem).

Corresponde a la ley señalar no sólo el titular de la acción, sino también la autoridad competente para conocer en cada caso del proceso a seguir. Y ello es así porque la competencia está estrechamente ligada al debido proceso, tal como lo dispone el artículo 29 de la C.P., y lo reitera el artículo 6 de la ley 734 en los siguientes términos:

“Artículo 6. Debido proceso. El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público”.

En materia disciplinaria la competencia, esto es, la atribución legítima conferida a una autoridad para el conocimiento o decisión de un asunto de esta naturaleza, se asigna con fundamento en los siguientes factores: la calidad del sujeto disciplinable, la naturaleza

651 Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-417/93, C-251/94, C-427/94, C-095 de 2003, entre otras.

del hecho, el territorio, el factor funcional y la conexidad (art. 74 ley 734 de 2002). Respecto del primer factor de competencia, el artículo 75 *ibídem*, dispone:

“Artículo 75. Competencia por la calidad del sujeto disciplinable. Corresponde a las entidades y órganos del Estado, a las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios, disciplinar a sus servidores o miembros.

El particular disciplinable conforme a este código lo será exclusivamente por la Procuraduría General de la Nación, salvo lo dispuesto en el artículo 59 de este código, cualquiera que sea la forma de vinculación y la naturaleza de la acción u omisión.

Cuando en la comisión de una o varias faltas disciplinarias conexas intervengan servidores públicos y particulares disciplinables la competencia radicará exclusivamente en la Procuraduría General de la Nación y se determinará conforme a las reglas de competencia que gobiernan a los primeros.

Las personerías municipales y distritales se organizarán de tal forma que cumplan con el principio de la doble instancia, correspondiendo la segunda en todo caso al respectivo personero. Donde ello no fuere posible la segunda instancia le corresponderá al respectivo Procurador Regional”.

Cuando la ley se refiere a “entidades” debe entenderse que ellas son la Nación, los departamentos, los distritos y municipios, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y demás personas jurídicas de derecho público. Y cuando se refiere a “órganos” lo hace en relación con aquellos que integran las ramas del poder público o que son autónomos e independientes (art. 113 de la C.P.). Tanto las entidades como los órganos están constituidos por “dependencias”, esto es, por unidades directivas, de asesoría o coordinación, operativas o ejecutoras y para el estudio y decisión de asuntos especiales, a través de las cuales desarrollan sus actividades.

Pero si, en principio, son las entidades las competentes para disciplinar a sus servidores, cabe preguntarse qué dependencia específica o servidor público desarrolla esa función. La respuesta se encuentra en el artículo 76 de la ley 734, a saber:

*“Artículo 76. Control disciplinario interno. Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, **deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel**, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de **conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores**. Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias.*

En aquellas entidades u organismos donde existan regionales o seccionales, se podrán crear oficinas de control interno del más alto nivel, con las competencias y para los fines anotados.

En todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario. *En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia.*

PAR. 1ª—La oficina de control interno disciplinario de la Fiscalía General de la Nación conocerá y fallará las investigaciones que se adelanten contra los empleados judiciales de la entidad. La segunda instancia será de competencia del señor Fiscal General de la Nación.

PAR. 2ª—Se entiende por oficina del más alto nivel la conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración.

PAR. 3ª—Donde no se hayan implementado oficinas de control interno disciplinario, el competente será el superior inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico de aquél”.

La interpretación sistemática de las normas expuestas, así como de la jurisprudencia constitucional sobre la materia⁶⁵², permite extraer las siguientes conclusiones que resultan de utilidad para resolver el problema planteado en la consulta:

- i. La titularidad de la acción disciplinaria corresponde a las oficinas de control interno disciplinario, sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación. En estos términos, en el ejercicio del poder disciplinario concurren las Oficinas de Control Disciplinario con la Procuraduría. Sin embargo, por expreso mandato constitucional, ésta última tiene prevalencia o preferencia para el ejercicio de la acción disciplinaria (C.P. Art. 276, numeral 6°).
- ii. El control disciplinario exige la presencia de una Oficina de Control Interno⁶⁵³, constituida por funcionarios del más alto nivel, cuyo objeto es el ejercicio de funciones relacionadas con el control disciplinario al interior de cada entidad, órgano u organismo del Estado⁶⁵⁴. Ello significa, en el asunto que ocupa la atención de la Sala, que en la entidad territorial, en este caso el departamento, debe existir una Oficina que cumpla tal función.
- iii. Las Oficinas de Control Disciplinario son las encargadas de conocer y fallar en **primera instancia** los procesos disciplinarios que se adelanten contra los servidores públicos de la entidad, en este caso el departamento.

Salvo disposición legal en contrario, la **segunda instancia** corresponde al nominador. Ello es concordante con el artículo 115 de la ley 734, que consagró la posibilidad de impugnar los fallos disciplinarios mediante el recurso de apelación. Para ser consecuentes con ese mandato, el ordenamiento jurídico debe crear una **distribución funcional** que permita un control efectivo de legalidad sobre las decisiones adoptadas en primera instancia.

La asignación de competencia es un asunto de reserva de ley, y por tanto resulta contraria a derecho su modificación o variación por actos jurídicos de inferior categoría.

De las reglas enunciadas se deriva que en una entidad territorial, como el departamento en el presente caso, pueden existir para el sector central de la administración, según la organización interna de los sectores, una o varias oficinas de control interno disciplinario cuya función es conocer y fallar en **primera instancia** los procesos disciplinarios que se

652 Corte Constitucional, sentencias C – 095 y 1061 de 2003.

653 La ley 734 dispone en el numeral 32 del artículo 34 referente a los deberes de todo servidor público, la de implementar u organizar en toda entidad u organismo del Estado una unidad u oficina de control disciplinario interno al más alto nivel.

654 Según ha expresado la Corte Constitucional en las sentencias C 095 y C – 1061 de 2003, “Ello significa que la ley 734 de 2002 ha modificado la manera tradicional como se desarrollaba el control disciplinario al interior de las distintas entidades del Estado. En efecto, con anterioridad a dicha ley, el control interno suponía una relación jerárquica-funcional entre el sujeto disciplinable y el titular de la acción, es decir, el poder disciplinario era siempre ejercido por el superior inmediato del investigado.”

adelanten contra los servidores públicos de la entidad, correspondiéndole la **segunda instancia** al nominador.

Será pertinente estudiar, a continuación, si las competencias así establecidas sufren variación cuando en un departamento se adopta la medida correctiva de asunción temporal de competencia de que trata el decreto 028 de 2008, y específicamente en relación con las atribuciones del administrador temporal.

3.4 La asunción temporal de competencia y facultades del administrador temporal como autoridad de segunda instancia en materia disciplinaria

Las facultades y deberes del administrador temporal, también denominado administrador designado, conforme al decreto reglamentario 2613 de 2009 (“Por el cual se reglamenta el numeral 13.3 del artículo 13 del Decreto 028 de 2008, referido a la medida correctiva de asunción temporal de competencia y, se dictan otras disposiciones”), se estipulan en los artículos 4 y 5 en los siguientes términos:

“Artículo 4. Administración de plantas de personal. La atribución nominadora de personal dentro del sector o servicio objeto de medida, será ejercida por la Nación o el departamento, según el caso, a través de la persona que aquella o éste designe.

La nominación y administración de la planta comprenderá la facultad de expedir los correspondientes actos administrativos generales y particulares relacionados con todas las situaciones administrativas derivadas de la relación laboral, legal y reglamentaria, tales como, nombramientos, traslados, comisiones, permisos, licencias, vacaciones, retiros, encargos, ascensos, reintegros y las demás señaladas en la ley. En todo caso y dependiendo del tipo de atribución o competencia nominadora que se ejerza, el personal sobre el cual recaigan las medidas pertenecerá o continuará perteneciendo a la planta de cargos de la entidad territorial respecto de la cual se haya asumido de forma temporal la competencia.

Ascensos, reintegros y las demás señaladas en la ley. En todo caso y dependiendo del tipo de atribución o competencia nominadora que se ejerza, el personal sobre el cual recaigan las medidas pertenecerá o continuará perteneciendo a la planta de cargos de la entidad territorial respecto de la cual se haya asumido de forma temporal la competencia.

Parágrafo. *En caso de que la entidad sujeta a la medida correctiva cuente con planta de personal financiada con recursos propios complementando la prestación de los servicios, dicha planta será administrada a través de la entidad que asuma temporalmente la competencia y su pago será garantizado por la entidad territorial a la cual pertenece.”*

“Artículo 5. Facultades y deberes del administrador designado. *Sin perjuicio del ejercicio de las demás competencias y facultades propias del jefe del organismo intervenido para la administración del servicio público objeto de la medida de asunción temporal, y para la guarda y administración de los archivos, bases de datos, activos líquidos, inversiones y demás bienes muebles e inmuebles de la entidad territorial que correspondan al sector o servicio sujeta a la medida cautelar, el administrador que la Nación o el departamento, según el caso, designe para ejecutar la medida de asunción temporal de competencias, tendrá los siguientes deberes y facultades:*

- a. Ejecutar las actividades relacionadas con la planificación o planeación del sector o servicio;*
- b. Suscribir los contratos que sean requeridos para garantizar el cumplimiento de las metas de continuidad, cobertura y calidad de los servicios intervenidos;*
- c. Efectuar la administración del personal responsable de la administración y/o prestación del sector o servicio;*
- d. Actuar bajo el marco de la ley para preservar y defender los intereses y recursos públicos inherentes a la prestación del servicio intervenido, de la entidad territorial y de la Nación;*
- e. Presentar los informes que se le requieran, los definidos por las normas vigentes, los de cierre de vigencia y al separarse del cargo; para el efecto, deberá continuar con la contabilidad que le corresponda en libros debidamente registrados, si no se cuenta con la contabilidad al día, proveer su reconstrucción y actualización permanente.*

Parágrafo Primero. Las facultades propias del jefe del organismo intervenido se refieren, en el caso de las entidades territoriales, a las contenidas en los artículos 305 y 315 de la Constitución Política.”

El administrador temporal o administrador designado ejerce, de acuerdo con la normatividad que enmarca su actividad, las “competencias y facultades propias del jefe del organismo intervenido para la administración del servicio público objeto de la medida de asunción temporal.” El parágrafo primero del artículo 5 del decreto 2613 de 2009, en cita, permite deducir que, en tratándose de una intervención del servicio educativo departamental, el administrador temporal ejerce, en relación con dicho servicio, las facultades del gobernador, conforme al artículo 305 de la Constitución Política, en las cuales quedan incluidas “las demás que le señalen la Constitución, las leyes y las ordenanzas” (numeral 15).

Se trata, por consiguiente, del ejercicio de atribuciones administrativas en el más amplio sentido del concepto, incluidas unas tan significativas como las que enumeran los artículos 4 y 5 arriba transcritos: la atribución nominadora de personal, la administración de la planta, la facultad de expedir los correspondientes actos administrativos generales y particulares relacionados con todas las situaciones administrativas derivadas de la relación laboral, legal y reglamentaria, Efectuar la administración del personal responsable de la administración y/o prestación del sector o servicio;

Es importante señalar, porque la consulta se refiere puntualmente a este aspecto, que la normatividad no hace diferencia alguna en cuanto a que el administrador temporal sea un servidor público o un particular contratado para el efecto, según está previsto y autorizado en el artículo 13.3.1 del decreto ley 028 de 2008. Ha de entenderse que, en este último caso se trata de un particular que ejerce función administrativa por atribución de la ley y en las condiciones que esta señala (artículo 210 CP).

De lo expuesto se concluye, por tanto, que por atribución directa de la ley 734 de 2002, en consonancia con el decreto 028 de 2008 y el decreto reglamentario 2613 de 2009, cuando se imponga a una entidad territorial la medida correctiva de asunción temporal de competencia, corresponde al administrador temporal designado, en su calidad de nominador,

conocer de la segunda instancia en los procesos disciplinarios que se adelanten contra los servidores públicos que integran la planta de personal del sector objeto de intervención.

3.5 Asunción temporal de competencia y primera instancia en materia disciplinaria

Resuelto lo relativo a la segunda instancia, cabe preguntarse *¿A quién compete adelantar y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios de la entidad intervenida en el sector objeto de la medida correctiva de asunción temporal de competencia?* Se responde que, por regla general, de los procesos disciplinarios debe conocer en primera instancia, siguiendo las conclusiones a que se arribó en el punto 3 de este concepto, la Oficina de Control Disciplinario Interno de la entidad territorial intervenida, en la medida en que la adopción de la medida correctiva de asunción temporal de competencia no modifica por se dicha atribución, ni altera por esa sola razón la estructura u organización interna de la entidad intervenida.

Ahora bien, la permanencia del control disciplinario en la esfera administrativa ordinaria de la entidad territorial sobre la cual se ha impuesto la medida correctiva de asunción temporal de competencia resulta incompatible con esta, dados los graves motivos que han dado lugar a la medida, y las rigurosas exigencias de control propias de este tipo especial de intervención administrativa.

Para explorar alternativas es pertinente recordar que: *i)* el control disciplinario interno tiene como finalidad garantizar que la función pública sea ejercida observando los principios que la rigen (art. 209 C.P.), en beneficio de la comunidad y en orden a la protección de los derechos y libertades de los asociados (art. 2 C.P); *ii)* la medida de *“asunción temporal de competencia”* tiene como finalidad primordial la eficiente prestación del servicio público intervenido, y *iii)* el administrador temporal es titular de las facultades propias del jefe de la entidad intervenida respecto del correspondiente servicio.

Si se atiende a los motivos y fines de la medida correctiva de asunción temporal de competencia y a las atribuciones del administrador temporal, se encuentra que este goza de facultad jurídica suficiente para organizar, en el sector intervenido, un grupo interno de trabajo con la función de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se generen por hechos acaecidos con posterioridad a la medida de asunción temporal de competencia.

En efecto, el artículo 115 de la ley 489 de 1998 faculta al representante legal o director de todo organismo administrativo (cuyas veces las hace en el presente caso y respecto del sector educativo el administrador temporal) para crear y organizar, mediante acto administrativo, con carácter permanente o transitorio, grupos internos de trabajo en los siguientes términos:

“ARTICULO 115. PLANTA GLOBAL Y GRUPOS INTERNOS DE TRABAJO. El Gobierno Nacional aprobará las plantas de personal de los organismos y entidades de que trata la presente ley de manera global. En todo caso el director del organismo distribuirá los cargos de acuerdo con la estructura, las necesidades de la organización y sus planes y programas.

Con el fin de atender las necesidades del servicio y cumplir con eficacia y eficiencia los objetivos, políticas y programas del organismo o entidad, su representante legal podrá crear y organizar, con carácter permanente o transitorio, grupos internos de trabajo.

En el acto de creación de tales grupos se determinarán las tareas que deberán cumplir y las consiguientes responsabilidades y las demás normas necesarias para su funcionamiento”.

La creación de un grupo interno de trabajo comisionado para asumir en primera instancia el control interno disciplinario es concordante con la recomendación que en su momento hicieron la Procuraduría General de la Nación y el Departamento Administrativo de la Función Pública, en clara alusión al artículo 76 de la ley 734 de 2002, en los siguientes términos:

*“...el mecanismo para cumplir esa función puede ser un grupo formal de trabajo interno, mediante acto interno del jefe de la entidad, adscrito a una de las dependencias del segundo nivel de la organización, todo para salvaguardar el principio de la doble instancia”.*⁶⁵⁵

De lo expuesto cabe concluir que uno de los aspectos propios de la medida correctiva de asunción temporal de competencia en el sector educativo del Departamento del Chocó es la gestión del control interno disciplinario, y que el administrador temporal está por tanto facultado para crear, siguiendo los propósitos y finalidades de la intervención, y con base en el artículo 115 de la ley 489 de 1998, un grupo interno de trabajo específico que conozca y falle en primera instancia los procesos disciplinarios.

Ahora bien, dado que la normatividad analizada no diferencia el régimen del administrador temporal por razón de que este sea un servidor público o un particular contratado para el efecto, se concluye que en este aspecto no es procedente hacer distinción alguna, ya que como se sabe, *“donde la ley no distingue no le es dable al intérprete hacerlo”.*

Por último, conviene mencionar que el artículo 13 del decreto 028 de 2009, entre otras normas de ese decreto, fue demandado ante la Corte Constitucional, expediente D – 8114 y que dicho Tribunal, en comunicado de prensa No. 60 de noviembre 23 de 2010, informa que mediante sentencia C – 937 de 2010 declaró la constitucionalidad de la norma demandada.

En relación con el citado artículo 13 y las medidas correctivas allí consagradas, entre las cuales se encuentra la asunción temporal de competencia, informa el comunicado de prensa de la Corte Constitucional que se le acusó por *“exceder el ámbito de las atribuciones otorgadas por el Acto Legislativo 4 de 2007 y vulnerar la autonomía de las entidades territoriales reconocida por los artículos 1 y 287 de la Constitución Política”.* La Corte Constitucional, sin embargo, mediante sentencia C – 937 de 2010 desecha los cargos formulados al considerar que *“...las medidas correctivas señaladas en el Decreto 28 de 2008, previstas para superar situaciones de riesgo derivadas de un inadecuado manejo*

⁶⁵⁵ Circular conjunta DAFP – PGN – 001 de 2002. En sentido similar se puede consultar la Resolución 1794 del 6 de julio de 2009, *“por la cual se adopta la medida cautelar correctiva de Asunción temporal de competencia de la prestación del servicios educativo en los niveles de preescolar, básica y media en el Departamento del Chocó y se inicia la actuación administrativa de adopción de medidas correctivas de acuerdo con lo previsto en el Decreto 28 y sus normas reglamentarias”.* Igualmente, el CONPES Social 124 de julio 6 de 2009 y la Resolución 4440 del 6 de julio de 2009, *“por medio de la cual se designa al administrador temporal para el sector educativo en el departamento del Chocó”.*

de los recursos del SGP por parte de las entidades territoriales, armonizan a cabalidad en materia de gasto público social, asegurando la efectiva destinación de los recursos...". Dicha sentencia agrega que "...si bien las medidas correctivas impugnadas introducen límites a la autonomía de las entidades territoriales en el manejo de los recursos del SGP, esas restricciones encuentran amplio soporte constitucional", pues no se traducen "...en un vaciamiento de las competencias que llegue al punto de anular la autonomía de las entidades territoriales".

Con base en las consideraciones expuestas,

LA SALA RESPONDE:

1. "¿En los departamentos y municipios que han sido objeto de la medida correctiva de Asunción Temporal de Competencia de la prestación del servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, cómo debe estar organizada la función disciplinaria? ¿Con el mismo esquema existente antes de la Asunción Temporal de Competencia, o con una estructura propia durante el tiempo de la intervención?"

En los departamentos y municipios que han sido objeto de la medida correctiva de asunción temporal de competencia prevista en el decreto ley 028 de 2008, el administrador temporal designado ejerce las competencias y facultades propias del jefe de la entidad intervenida para la administración del servicio público de educación, incluida expresamente la de nominador, razón por cual debe conocer de la segunda instancia en los procesos disciplinarios adelantados en la entidad intervenida, de conformidad con lo dispuesto en la ley 734 de 2002.

Compete a la Oficina de Control Interno Disciplinario existente en la entidad territorial o en el sector educativo, adelantar y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios de la entidad intervenida. Lo anterior sin perjuicio de la facultad que tiene el administrador temporal para organizar, siguiendo los propósitos y finalidades de la intervención, un grupo interno de trabajo específico para el sector educativo encargado de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios.

2. "¿La designación de un particular como administrador temporal, en los términos señalados, convierte al Ministro de Educación Nacional en su superior jerárquico que deba conocer en segunda instancia los procesos disciplinarios, teniendo en cuenta que hacer tal designación no equivale a la provisión de un cargo de planta del Ministerio? ¿Para los mismos efectos, qué sucede si el designado como administrador temporal es un servidor público, de la planta de personal de este Ministerio?"

En ninguna de las hipótesis propuestas la medida correctiva de asunción temporal de competencia convierte al Ministerio de Educación Nacional en segunda instancia de los procesos disciplinarios iniciados en el departamento. Como ya se explicó, el administrador temporal designado, sin importar que se trate de un particular contratado para el efecto o de un servidor público designado para tal encargo, ejerce las competencias y facultades propias del jefe de la entidad intervenida para la administración del servicio público de educación, incluidas expresamente las propias del nominador, razón por la cual debe

conocer de la segunda instancia en los procesos disciplinarios adelantados en la entidad intervenida, de conformidad con lo dispuesto en la ley 734 de 2002.

Transcríbese a la señora Ministra de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Consejero. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS, Secretaria de la Sala

6. El régimen pensional extralegal en el nivel territorial. Decisiones judiciales en las situaciones individuales derivadas del régimen pensional extralegal de la Universidad del Valle. El precedente jurisprudencial. Los efectos de cosa juzgada de las decisiones judiciales

Radicado 2061

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Fecha: 23/11/2011

Levantamiento de la reserva mediante oficio del 15 de diciembre de 2011

La señora Ministra de Educación Nacional, Dra. María Fernanda Campo Saavedra, formuló a la Sala la siguiente pregunta:

¿Son de obligatorio cumplimiento para la Universidad del Valle a título de precedente jurisprudencial, las sentencias que declaren la nulidad de un acto administrativo particular y concreto, proferidas por las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, como consecuencia de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho señalada en el artículo 85 del C.C.A.? ¿O por el contrario, dichas sentencias obligan exclusivamente a las partes que hayan intervenido en el respectivo proceso, es decir, poseen efectos inter partes?

1. Antecedentes

Con base en el escrito de la consulta, los documentos remitidos a la Sala por solicitud del Magistrado Ponente y la revisión del tema hecha en audiencia del 19 de julio con intervención de la señora Ministra de Educación Nacional y la Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio consultante, se sintetizan los antecedentes de la consulta, así:

1.1 El punto de partida: la reserva de ley en la determinación de los regímenes pensionales de los servidores públicos

El punto de partida del problema planteado a la Sala de Consulta y Servicio Civil consiste en afirmar que tanto en la constitución de 1991 como en la de 1886 con sus reformas, sólo la ley puede fijar el régimen pensional de los hoy denominados servidores públicos, expresión que incluye a quienes bajo la anterior constitución se denominaban empleados

oficiales, funcionarios públicos u otras locuciones. Este aserto es aceptado sin discusión por la jurisprudencia del Consejo de Estado y la de la Corte Constitucional.⁶⁵⁶

Aceptando este supuesto, se tiene que antes de la ley 100 de 1993, existieron los siguientes regímenes pensionales para los funcionarios o empleados públicos⁶⁵⁷ que se deben aplicar a quienes “causaron”⁶⁵⁸ el derecho a la pensión durante la vigencia de cada uno de ellos, a saber:

- a. El de la ley 6ª de 1945, artículo 17 según el cual, *“Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de... b). Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía...”*

Este régimen aplicó a quienes reunieron los requisitos enunciados durante la vigencia de dicha ley, y a “los empleados oficiales” que al 29 de enero de 1985⁶⁵⁹ tenían cumplidos “quince (15) años continuos o discontinuos de servicio”.

- b. El de la ley 33 de 1985, artículo 1º, según el cual, *“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. (...)”*

La norma en cita se aplica a quienes reunieron los requisitos en ella establecidos, durante su vigencia y también a quienes quedaron bajo el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.⁶⁶⁰

El problema planteado por la solicitud de consulta de la Sra. Ministra de Educación se origina en que el Consejo Directivo de la Universidad del Valle otorgó, a sus empleados y funcionarios, condiciones diferentes de las legales que acaban de citarse, cuyo contenido se expone en el punto siguiente.

656 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, **Sección Segunda, Subsección B**, Mgr. Dra. Ramírez de Páez, sentencia del 3 de marzo del 2011, Rad. No. 68001-23-15-000-2003-03028 02(0269-10), Actor: Universidad Industrial de Santander, Ddo. Reynaldo Rodríguez; Mgr. Dr. Lemos Bustamante, sentencia del 19 de junio del 2008, Rad. No. 76001-23-31-000-2002-00982-01(5466-05), Actor: Ana Leyda García de Pascuas, Ddo. Universidad del Valle; **Sección Segunda, Subsección A**, Mgr. Gómez Aranguren, sentencia del 17 de marzo del 2011, Rad. No. 25000-23-25-000-2004-08741-02(1111-10), Actor: Universidad Distrital Francisco José de Caldas, Ddo. Edison Dávila Díaz; Mgr. Arango Mantilla, sentencia del 15 de marzo del 2007, Rad. No. 76001-23-31-000-2001-00516-02(7611-05), Actor: Universidad del Valle, Ddo. Omar Velásquez López. // **Corte Constitucional**, C-112-93, C-410-97, C-242-09.

657 Por no ser aplicable al caso, no se hace referencia al régimen de aportes, esto es el que permite la obtención de la pensión mediante acumulación de tiempos en el sector público y el privado.

658 En el presente concepto se utiliza el verbo “causar” para referirse a la situación de la persona que ha reunido los requisitos exigidos para el reconocimiento de su pensión en el régimen que le sea aplicable.

659 Esta fecha corresponde a la señalada en el texto original del párrafo 2º del artículo 1º de la ley 33 de 1985, en armonía con el artículo 25 de la misma ley 33. No obstante, debe tenerse en cuenta que la expresión “rige a partir de su sanción”, contenida en el citado artículo 25, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-932-06, decisión que rige hacia el futuro porque no se señaló fecha en contrario.

660 Para el nivel nacional, el 1º de abril de 1994; y para el nivel territorial el 30 de junio de 1995. Cfr. Arts. 36 y 151, Párrafo, de la ley 100 de 1993:

1.2 El régimen pensional de la Universidad del Valle, de acuerdo con las disposiciones internas

El Consejo Directivo de la Universidad del Valle profirió los siguientes actos administrativos en los cuales se consagraron condiciones pensionales de carácter extralegal:

- a. El 22 de abril de 1976, la Resolución 119. El régimen legal vigente era el de la ley 6ª de 1945. En el artículo 21 de la resolución determina que el derecho a la pensión para los empleados públicos salvo los que ejercen cargos de dirección o manejo, se causaba con 50 años de edad y 20 años de servicio; y dentro del tiempo de servicio, el número de años de vinculación con la Universidad determinaba el monto de la mesada pensional, a la cual se adicionaba una doceava de la última prima pagada⁶⁶¹. Si el funcionario había trabajado 15 o más años, tenía derecho a una pensión equivalente al 100% del último salario⁶⁶² **más una doceava de la prima.**
- b. El 9 de septiembre de 1976, la Resolución 260 en el artículo 2º aclaró la anterior para el personal docente, definiendo que la pensión se reconocería sobre el promedio del último año más la doceava de la prima, y ordenó que será sobre tiempo completo. Expresamente definió que se aplicaba desde el 10 de enero de 1976.
- c. El 5 de junio de 1984 se expidió el Acuerdo 004 “*por medio del cual se expide el Estatuto del Personal Administrativo*” y en el artículo 146 dispuso que “*Sin perjuicio de que el empleado pueda beneficiarse de otras normas que siéndole aplicables puedan favorecerlo, de conformidad con el ordenamiento jurídico del país, la Universidad jubilará a sus empleados al cumplir 20 años de servicios en entidades oficiales y 50 años de edad, de acuerdo con las tablas estipuladas en la Resolución No. 119 del 22 de abril emanada del Consejo Directivo.*”
- d. El 9 de noviembre de 1987 se expidió la Resolución 117 en la cual se lee:

1. Que La Ley 33 de 1985 modificó el Régimen de Jubilación de los empleados oficiales al servicio del Estado en todos sus órdenes.

661 **Resolución 119/76**, Art. 21: “... de 5 a 10 años de servicios continuos o discontinuos a la Universidad, el 80% del último salario; de 10 a 15 años continuos o discontinuos de servicio a la universidad, 90% del último salario; 20 o más años de servicio a la universidad, el 100% del último salario.”// **Resolución 260/76**. Artículo 2º: “A partir del Enero 10 de 1976 regirá para el personal docente de la Universidad que cumpla 50 años de edad y 20 de servicio, en organismos del Estado Colombiano, bien sea Nación, Departamento o Municipio o algún establecimiento público, Empresas Industriales y Comerciales del Estado de cualquier nivel, el siguiente régimen de jubilación...: con la Universidad, de 0 a 5 años, continuos o discontinuos, base de liquidación, el 75% del promedio salarial del último año de servicios más (un doceavo) 1/12 de la última prima pagada; de 5 a 10 años, continuos o discontinuos, base: el 80% del promedio salarial del último año de servicios más 1/12 de la última prima pagada; de 10 a 15 años, continuos o discontinuos; 90% del promedio salarial del último año más 1/12 de la última prima pagada; de 15 a 20 años, continuos o discontinuos, base de un 100% del promedio salarial del último año más 1/12 de la última prima pagada.”// **Acuerdo 004/84**. “Estatuto de Personal Administrativo”, Art. 207: “El presente Estatuto rige a partir de la fecha de su aprobación por este Consejo y deroga los Acuerdos, Resoluciones y demás disposiciones que sean contrarias, en especial la Resolución No. 119 de 1976, emanada del Consejo Directivo... / Cap. IV – Retiro por pensión [Arts. 143 a 146], Art. 146: “Sin perjuicio de que el empleado pueda beneficiarse de otras normas que siéndole aplicables puedan favorecerlo, de conformidad con el ordenamiento jurídico del país, la Universidad jubilará a sus empleados al cumplir 20 años de servicios en entidades oficiales y 50 años de edad, de acuerdo con las tablas estipuladas en la Resolución No. 119 del 22 de abril de 1976, emanada del Consejo Directivo.”

662 Si el salario había variado en los últimos tres meses, se utilizaba el promedio de los últimos 12 meses.

2. Que el artículo 62 de la Constitución Nacional establece que el Régimen de Jubilación para los empleados oficiales del Estado será el que determine la Ley entendida en sentido estricto,

RESUELVE:

ARTICULO ÚNICO: Los Empleados Públicos Docentes y Administrativos de la Universidad del Valle que el 29 de enero de 1985 se encontraren en una cualquiera de las situaciones previstas en los Parágrafos 2 y 3 del Artículo 1° de la Ley 33 de 1985, se jubilarán con las disposiciones anteriores a la vigencia de dicha Ley; los demás Empleados Públicos, se jubilarán bajo el régimen establecido en la misma Ley.

- e. El 14 de mayo de 1997 se suscribió el Acta Final de Acuerdo entre la Universidad y el Comité Conjunto de las Asociaciones Profesorales, en la cual se agregó la prima de vacaciones como otro factor extralegal para adicionar la base de liquidación y por lo tanto, la mesada pensional.⁶⁶³
- f. Como a partir del 30 de junio de 1995⁶⁶⁴ había entrado en vigencia la ley 100 de 1993 en el nivel territorial, la Junta de Seguridad Social de la Universidad del Valle, en Comunicado del 11 de diciembre de 1995, informó a los profesores, empleados y trabajadores sobre los distintos regímenes pensionales que a juicio de la entidad eran aplicables a ellos, a saber: *los preservados por el artículo 146 de la mencionada ley 100; los del régimen de transición del artículo 36 de la misma ley 100; los del régimen general; y los del régimen convencional.*

1.3 La aplicación del anterior régimen extralegal por la Universidad del Valle y las demandas contra los reconocimientos pensionales

La Universidad del Valle aplicó las disposiciones internas relacionadas antes, y a partir de la ley 100 de 1993 continuó haciéndolo con base en la Circular del 1º de diciembre de 1997 y su Aclaratoria del 18 del mismo mes, a pesar de las voces de la Resolución 117 de 1987 que remitió todo el régimen pensional de la Universidad del Valle a la ley 33 de 1985.

En el marco de la ley 100 de 1993 y el decreto reglamentario 2337 de 1996⁶⁶⁵ la Universidad del Valle suscribió con la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento del Valle, el Convenio Interadministrativo de Concurrencia para el Pago del Pasivo Pensional.

En cumplimiento de las obligaciones adquiridas en éste, la Universidad presentó 352 demandas de nulidad contra sus actos de reconocimiento de pensiones extralegales proferidos entre julio de 1995 y septiembre del 2010 con base en dos argumentos: la reserva de ley para el régimen pensional de las personas que laboran para el Estado desde la

663 **Acta final de Acuerdo** entre la Universidad y la Comisión Negociadora por el Comité Conjunto de las Asociaciones Profesorales y Comité de Representantes, 1997. Incluyó prima de vacaciones, factores salariales legales y factores fijados “por los reglamentos propios de la Universidad”, para liquidar las pensiones.

664 Parágrafo del artículo 151 de la ley 100 de 1993: “El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1.995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.”

665 El decreto 2337 de 1996 reglamentó los artículos 131 y 282 de la ley 100 de 1993 y el decreto ley 1299 de 1994, con el objeto de “establecer el régimen general para el reconocimiento del Pasivo Pensional de las Universidades Oficiales y de las Instituciones Oficiales de Educación Superior de naturaleza territorial.”

Constitución Política de 1886, y la obligación de dar aplicación a la ley 33 de 1985 ordenada por la Resolución 117 de 1987.

Según afirma la consulta, 146 fallos fueron favorables a las pretensiones de la Universidad del Valle en primera y segunda instancia, esto es las sentencias anulaban los actos administrativos que reconocieron las pensiones extralegales decretadas con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993, y ordenaron reliquidarlas dando aplicación a los regímenes legales contenidos en la ley 6ª de 1945 y la ley 33 de 1985, según los casos.

Los fallos favorables se basaron en la posición doctrinaria adoptada en ese entonces por la jurisdicción contencioso administrativa, según la cual los regímenes prestacionales creados por normas de carácter territorial eran inconstitucionales puesto que ni la Constitución de 1886 ni la Constitución de 1991 dieron competencias a las autoridades territoriales en la materia; por ello, las situaciones creadas por la aplicación de dichos regímenes no podían configurar derechos adquiridos y los actos administrativos de reconocimiento debían ser anulados; en consecuencia, las decisiones judiciales ordenaban reliquidar la mesada pensional para ajustarla al régimen legal aplicable al pensionado.

1.4 El cambio jurisprudencial

La jurisprudencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, cambió sustancialmente y ha venido declarando la validez de las pensiones extralegales aplicando al efecto el artículo 146 de la ley 100 de 1993 que dice:

ARTÍCULO 146. SITUACIONES JURÍDICAS INDIVIDUALES DEFINIDAS POR DISPOSICIONES MUNICIPALES O DEPARTAMENTALES. Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente Ley, con base en disposiciones Municipales o Departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.

También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo, hayan cumplido... los requisitos exigidos en dichas normas.

Lo dispuesto en la presente Ley no afecta ni modifica la situación de las personas a que se refiere este artículo.

*Las disposiciones de este artículo regirán desde la fecha de la sanción de la presente Ley.*⁶⁶⁶

Este artículo fue declarado constitucional por la Corte Constitucional en la sentencia C-410 de 1997⁶⁶⁷, salvo la expresión “o cumplan dentro de los dos años siguientes” contenida en el segundo inciso. Esta sentencia considera que el artículo 146 no hace otra cosa que reconocer la existencia de unos posibles derechos adquiridos por los trabajadores del orden territorial. Al definir la noción de derecho adquirido, en forma expresa esta sentencia indica que debió obtenerse conforme a las leyes vigentes en ese momento, de conformidad con los siguientes párrafos tomados del texto de la misma:

⁶⁶⁶ La ley 100 de 1993 fue sancionada el 23 de noviembre de 1993. // Salvo la expresión “o cumplan dentro de los dos años siguientes”, la norma transcrita fue declarada exequible en la sentencia C-410-97.

⁶⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia C- 410 del 28 de agosto de 1997.

El inciso primero de la norma en referencia se encuentra ajustado a los preceptos constitucionales y en especial a lo previsto en el artículo 58 de la Constitución Política, según el cual «se garantizan los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores».

En efecto, ha expresado la jurisprudencia de la Corporación, que los derechos adquiridos comprenden aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han consolidado y definido bajo la vigencia de la ley, y por ende ellos se encuentran garantizados, de tal forma que no pueden ser menoscabados por disposiciones futuras, basado en la seguridad jurídica que caracteriza dichas situaciones.”

...

De esta manera, teniendo en cuenta la intangibilidad de los derechos adquiridos de los pensionados por jubilación del orden territorial antes de la expedición de la ley 100 de 1993, las situaciones jurídicas individuales definidas con anterioridad, por disposiciones municipales y departamentales, deben continuar vigentes.”

Por lo tanto, se declarará la exequibilidad del inciso primero del artículo acusado, así como del inciso segundo, en la parte que reconoce el derecho a pensionarse con arreglo a las disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales, para quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo hayan cumplido los requisitos exigidos en dichas normas. Ello con fundamento en la garantía de los derechos adquiridos, reconocida por el artículo 58 superior, por tratarse de situaciones adquiridas bajo la vigencia de una ley anterior al nuevo régimen de segunda social (ley 100 de 1993)....

La nueva posición doctrinaria del Consejo de Estado, interpreta de la siguiente forma el artículo 146 y la sentencia C-410 citados:

Así se concluye, que ni en vigencia de la Constitución de 1886 ni a partir de la Carta de 1991 podían las Entidades Territoriales, ni las Universidades públicas expedir actos de reconocimiento pensional con fundamento en Acuerdos o Resoluciones internas, pues no tenían facultades para ello.”

(...)

Sin embargo, no puede desconocerse que con posterioridad a la expedición de la Carta Política de 1991, el legislador, teniendo en cuenta que en el nivel territorial coexistían regímenes prestacionales extralegales contrarios al Ordenamiento Superior y a la Ley, y con el fin de salvaguardar derechos laborales consolidados, avaló las situaciones atípicas que se presentaron en materia pensional como una expresión del contenido del artículo 53 de la Constitución Política de 1991, en cuanto a la protección de los derechos adquiridos conforme a las disposiciones normativas anteriores....⁶⁶⁸

Resalta la Sala las tres ideas centrales del argumento: los regímenes prestacionales extralegales son “*contrarios al Ordenamiento Jurídico y a la Ley*”; el artículo 146 de la ley 100 de 1993 “*avaló las situaciones atípicas que se presentaron en materia pensional*” pues se trata de derechos adquiridos. En forma aún mas clara, otra sentencia del mismo

668 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “A” Mgr. Dr. Gómez Aranguren Expediente 0218-08. Actor: Universidad del Valle. Demandado: Jairo León Alonso Garzón.

órgano judicial expresó: *“Si bien en este caso el derecho pensional no emana de una norma válida, el artículo 146 de la ley 100 de 1993 lo convalidó⁶⁶⁹.”*

A partir de estos supuestos, las distintas instancias de esta Jurisdicción empezaron a reconocer, como derechos adquiridos, las situaciones individuales consolidadas bajo los regímenes pensionales territoriales, antes del 30 de junio de 1995; y para la Universidad del Valle comenzaron a ser desfavorables o parcialmente favorables, los fallos relativos a sus demandas.

1.5 Las reclamaciones

La ley 1395 de 2010⁶⁷⁰ dispuso en su artículo 114:

ARTÍCULO 114. Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos⁶⁷¹.”

Utilizando la facultad dada por el artículo transcrito, y teniendo en cuenta el anterior cambio jurisprudencial, la Ministra consultante informa que, *“los pensionados de la Universidad del Valle acudiendo al acatamiento del precedente jurisprudencial han solicitado que se concilien los procesos judiciales en curso y se modifique el criterio que originó las demandas”*.

Además de los procesos en curso instaurados por la Universidad, hay o puede haber otros iniciados por los pensionados a quienes se les reliquidó la pensión para adaptarla a las leyes, según se desprende de las sentencias de tutela proferidas por juzgados y Tribunales de Cali, allegadas a la Sala, puesto que los jueces de conocimiento no han accedido al amparo solicitado porque estiman que la reliquidación de las pensiones fue hecha en cumplimiento de mandato judicial; pero dejan abierta la posibilidad de reclamación por vía judicial.

La Ministra en la consulta plantea entonces esta situación: como existen 146 fallos favorables a la Universidad del Valle frente a los cuales existen otros que le son desfavorables, en dónde se encuentra el precedente que debe aplicar para resolver las reclamaciones de los pensionados, ¿en los primeros o en los segundos?

2. PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

Con el fin de dar respuesta al interrogante planteado por el Ministerio de Educación Nacional, analizará la Sala tres temas a saber, el efecto inter partes de las sentencias pronunciadas por la jurisdicción contenciosa administrativa, los elementos de la institución del precedente jurisprudencial en el diseño del artículo 114 de la ley 1395 de 2010, y el valor como precedente tanto las sentencias favorables a la Universidad del Valle como de las que le han sido desfavorables.

669 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B” Mgr. Dr. Lemos Bustamante. Expediente 0699-06. Actor: Universidad del Valle. Demandado: Rodrigo Tascón Barberena.

670 Ley 1395 de 2010: “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial.”

671 Declarada constitucional bajo la condición de “que los precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional” Corte Constitucional. Sentencia C- 539 de 6 de julio de 2011.

2.1 El efecto inter partes de las sentencias proferidas por la jurisdicción contencioso administrativa

Advierte la Sala que en la consulta no es claro quiénes han hecho las peticiones de reliquidación de sus pensiones, por lo cual desea sentar una premisa necesaria, que todos los casos que ya han sido fallados por los jueces y ejecutoriadas las sentencias, independientemente de la parte favorecida con la decisión, constituyen cosa juzgada y por lo mismo los fallos son definitivos y no pueden reabrirse, ni aún argumentando un cambio jurisprudencial, salvo, obviamente una ley que disponga lo contrario.

La cosa juzgada de estas sentencias se predica entre las partes del proceso y resuelve la controversia que existía entre ellas en forma definitiva y obligatoria, por lo cual es de estricto cumplimiento. Por ser un proceso de carácter contencioso entre dos partes con pretensiones opuestas, la sentencia solo tiene efecto entre ellas, de manera que no puede extrapolarse a otros casos, independientemente de quién hubiere obtenido una solución favorable.

De lo expuesto se desprende entonces que la Universidad del Valle debe cumplir cabalmente todas las sentencias proferidas por la jurisdicción contencioso administrativa, independientemente de que haya obtenido la razón, y que aquellas solicitudes de revisión de pensiones que fueron decididas en una sentencia judicial en firme, no pueden ser modificadas por la Universidad, pues sobre la decisión judicial recae la cosa juzgada.

En consecuencia, los razonamientos que se exponen enseguida, y las respuestas que se darán al final, solo pueden aplicarse a aquellos casos de pensionados que llenaron requisitos antes de la ley 100 de 1993 sobre los cuales no ha recaído aún una sentencia ejecutoriada.

2.2 Los elementos de la figura del precedente del artículo 114 de la ley 1395 de 2010

Del artículo 114 de la ley 1395 de 2010 transcrito antes, pueden extraerse los siguientes elementos:

- i. Crea una obligación a cargo de las entidades públicas de cualquier orden;*
- ii. Obligación que consiste en tener “en cuenta los precedentes jurisprudenciales”;*
- iii. Cuando vayan a decidir peticiones cuyo objeto sea “reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros”.*

De los tres elementos del artículo 114, se detiene la Sala en el análisis del segundo, por ser el de mayor importancia para el tema que se estudia, para lo cual buscará definir los siguientes aspectos del mismo: qué entiende esta norma por precedente jurisprudencial, y qué fuerza obligatoria le confiere.

- a. La idea del precedente jurisprudencial en el art 114 de la ley 1395 de 2010

Sin pretender agotar el tema, la Sala parte del supuesto de que el sistema de derecho colombiano hace parte de la llamada familia del derecho continental, o de derecho codificado o del código Civil, originada en la codificación del derecho realizada por Napoleón en la Francia de comienzos del siglo XIX, que se distingue de la familia del derecho de

precedentes, denominada también del case law, propia del derecho anglosajón. Una de las principales diferencias entre ambos sistemas jurídicos, consiste en la forma como se producen las reglas de derecho aplicables a las relaciones intersubjetivas, pues en la primera, la competencia para su creación radica en los parlamentos u órganos legislativos, y en las segundas en los jueces. Los documentos en los que ha de buscarse la norma en los primeros está en los actos del legislador, conocidos comúnmente como leyes, y en los segundos en las sentencias judiciales, recopiladas y ordenadas para facilitar la búsqueda de las normas. Como los fallos judiciales deciden un caso concreto, existe una técnica para deducir de ellas la *rule of law*. El precedente es entonces la decisión judicial que contiene la regla de derecho aplicable a una nueva situación jurídica. La sentencia no es obligatoria hacia el futuro, lo es la regla de derecho que ella contiene y que se desprende de la sentencia.

La noción del precedente jurisprudencial del artículo 114 debe ser entendida como la interpretación obligatoria de la norma jurídica aplicable a un caso concreto, esto es, que frente a las diferentes posibilidades de interpretar una determinada regla en el momento de aplicarla por una autoridad, prima aquella interpretación que con anterioridad hayan hecho los jueces, no sólo en virtud del mandato legal que se analiza, sino en virtud de los principios de igualdad de las personas ante las autoridades y de la seguridad jurídica. De lo anterior se desprende entonces que el llamado precedente en derecho colombiano se integra a las demás fuentes formales como la interpretación obligatoria y vinculante de las normas jurídicas, y no como creador de ellas, que sería la forma de entender esta palabra en los sistemas de derecho del common law.

Este fue el fundamento que la Corte Constitucional le dio al artículo 114 en la Sentencia C- 539 de 2011, de la cual la Sala transcribe los siguientes párrafos:

5.2 *A partir del análisis de estas normas superiores, la jurisprudencia constitucional ha sostenido y reiterado en múltiples pronunciamientos⁶⁷² que todas las autoridades públicas administrativas, en el ejercicio de sus funciones y para la adopción de sus decisiones, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que sus actuaciones se encuentran determinadas por las expresas atribuciones y potestades asignadas constitucional y legalmente, dentro de los límites que establece la Carta Política.”*

Así mismo, ha sostenido que esta sujeción implica el necesario acatamiento de las decisiones judiciales y del precedente judicial dictado por las Altas Cortes en la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional, por cuanto son los máximos órganos encargados de interpretar y fijar el contenido y alcance de las normas constitucionales y legales, interpretación que se incorpora al entendimiento y aplicación de los preceptos jurídicos.”

A este respecto ha fijado esta Corporación las siguientes reglas jurisprudenciales:

(...)

5.2.2 *Una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y le-*

672 Ver Sentencia C-836 de 2001, entre muchas otras.

*gales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico*⁶⁷³.”

“Sobre este tema, ha resaltado la Corte que (i) la intención del constituyente ha sido darle clara y expresa prevalencia a las normas constitucionales –art. 4º Superior- y con ella a la aplicación judicial directa de sus contenidos; (ii) que esto debe encontrarse en armonía con la aplicación de la ley misma en sentido formal, es decir dictada por el Legislador, la cual debe ser interpretada a partir de los valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución; (iii) que por tanto es la Carta Política la que cumple por excelencia la función integradora del ordenamiento; (iv) que esta responsabilidad recae en todas las autoridades públicas, especialmente en los jueces de la república, y de manera especial en los más altos tribunales; (v) que son por tanto la Constitución y la ley los puntos de partida de la interpretación judicial; (vi) que precisamente por esta sujeción que las autoridades públicas administrativas y judiciales deben respetar el precedente judicial o los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores; (vii) que esta sujeción impone la obligación de respetar el principio y derecho de igualdad tratando igual los casos iguales; (viii) que mientras no exista un cambio de legislación, persiste la obligación de las autoridades públicas de respetar el precedente judicial de los máximos tribunales, en todos los casos en que siga teniendo aplicación el principio o regla jurisprudencial; (ix) que no puede existir un cambio de jurisprudencia arbitrario, y que el cambio de jurisprudencia debe tener como fundamento un cambio verdaderamente relevante de los presupuestos jurídicos, sociales existentes y debe estar suficientemente argumentado a partir de razonamientos que ponderen los bienes jurídicos protegidos en cada caso; (x) que en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde en primer lugar al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia; y (xi) que en estos casos corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas y a los jueces, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales existentes para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, “y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley” para el caso en concreto.⁶⁷⁴”

5.2.3 *La jurisprudencia de esta Corte ha precisado que el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas hace parte del respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa –art. 29, 121 y 122 Superiores-, en cuanto (i) las autoridades están sometidas al imperio de la Constitución y de la ley, y por tanto se encuentran obligadas a aplicar en todas sus actuaciones y decisiones administrativas la Constitución y la ley; (ii) el contenido y alcance de la Constitución y la ley es fijado por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (iv) el desconocimiento del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 C.P.-; (v) las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley –art. 13 C.P.⁶⁷⁵”*

673 A este respecto ha dicho la Corte: “14. La sujeción (...) al imperio de la ley, como se dijo anteriormente, no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución.” Sentencia C-486 de 1993. Ver también la sentencia C-836 de 2001.

674 Sobre estos criterios se puede consultar la sentencia C-836 de 2001.

675 A este respecto la Corte señaló: “Carece de fundamento objetivo la actuación manifestamente contraria a la Constitución y a la Ley. **La legitimidad de las decisiones estatales depende de su fundamentación objetiva y razonable. El principio de legalidad rige el**

Por tanto, si existe una interpretación institucional vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto dicha interpretación.

Como se desprende de los párrafos transcritos, la función del precedente en el sistema jurídico colombiano, a diferencia de los sistemas del common law, es la de interpretar la Constitución y la ley, por lo que su integración al ordenamiento es la de la interpretación legal, y se convierte en obligatorio para las autoridades en tanto su fuerza deviene de la misma ley interpretada. Además, al ser obligatoria la interpretación dada por la jurisprudencia, se realizan otros dos principios generales del derecho, el de la igualdad de las personas y el de la seguridad jurídica.

Es conveniente profundizar sobre las bases de la fuerza vinculante del precedente en nuestro derecho, pues en primer lugar aparece que ella se deriva de la misma ley interpretada, dado que se integra como la lectura válida de la regla para aplicarla, pero además el artículo 114 que se analiza agrega otro elemento, el de la repetición al menos por cinco veces de la interpretación hecha a las mismas normas, de suerte que la obligatoriedad se desprende tanto de la autoridad de los intérpretes legales, como de la reiteración de la misma, otorgándole así una mayor seguridad. Con el fin de reforzar el criterio de autoridad en la interpretación y la seguridad jurídica que debe prevalecer en este campo, la Corte Constitucional en los párrafos transcritos, limita las sentencias que deben ser tenidas en cuenta como precedente judicial a las de las Altas Cortes, quitándole esta posibilidad de servir como interpretación obligatoria a las proferidas por los demás órganos de la rama judicial.

Esta última nota sobre la idea del precedente en el artículo 114 de la ley 1395 de 2010 es de especial importancia para resolver la consulta formulada a la Sala, pues según las manifestaciones de la Sra. Ministra, las peticiones realizadas por los pensionados de la Universidad del Valle citan como precedente sentencias de los diferentes órganos de la Jurisdicción Administrativa, lo cual no es suficiente, al menos dentro de la interpretación dada por la Corte Constitucional, pues está de por medio el principio de la seguridad jurídica. Este principio lleva implícitos al menos dos elementos que lo estructuran: que el derecho sea conocido por todos y que, por lo mismo el sentido de las sentencias judiciales sea predecible. Aplicando estos elementos a la definición de precedente en el art 114 que se analiza, es claro que sería casi imposible para las personas conocer la totalidad de las decisiones judiciales expedidas por los diferentes jueces al aplicar cierta norma legal para poder predecir el sentido de un fallo, pues por regla general, las sentencias no se publican como se hace con la ley, y por lo mismo, aceptar sin ninguna cortapisa que cualquier fallo deviene en jurisprudencia, atenta contra el principio de la seguridad jurídica.

ejercicio de las funciones públicas (CP art. 121), es condición de existencia de los empleos públicos (CP art. 122) y su desconocimiento genera la responsabilidad de los servidores públicos (CP arts. 6, 90). Una decisión de la autoridad no es constitucional solamente por el hecho de adoptarse en ejercicio de las funciones del cargo. Ella debe respetar la igualdad de todos ante la ley (CP art. 13), principio que le imprime a la actuación estatal su carácter razonable. Se trata de un verdadero límite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes, en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas, so pena de abandonar el ámbito del derecho y pasar a patrocinar simple y llanamente actuaciones de hecho contrarias al Estado de Derecho que les da su legitimidad."Sentencia T-079 de 1993. (Resalta la Sala)

Continuando con el análisis de la seguridad jurídica como elemento central de la fuerza obligatoria del precedente, para la Sala es importante resaltar que la sentencia que declaró constitucional el art 114 que se estudia, condicionó la decisión *“en el entendido que los precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional”*, el cual debe ser entendido como la obvia necesidad de armonizar entre todas las cortes la interpretación de las normas legales. A partir de esta premisa, para que un conjunto de sentencias tengan valor de precedente es necesario que estén en armonía con la Constitución Política. Así entregan la suficiente certeza jurídica para que sean tomadas como precedentes obligatorios; de lo contrario, tales sentencias tendrán exclusivamente el valor de cosa juzgada inter partes propia de toda sentencia judicial.

b. La fuerza vinculante del precedente

Se analizó en el punto anterior que la fuerza obligatoria de la interpretación judicial contenida en el precedente regulado por el artículo 114 de la ley 1395 de 2010, se desprendía del hecho mismo de la fuerza de la ley, pues se integraba a ella, siempre que además reuniera tres características: que esa interpretación fuera reiterada al menos en cinco fallos, que éstos tuvieran origen en una de las altas Cortes y que fuere coherente con el resto del sistema de derecho colombiano.

A pesar de la anterior definición del precedente judicial, la redacción del artículo 114 que se analiza no obliga a las autoridades a aplicar necesariamente la ley conforme la ha interpretado la jurisprudencia, pues pueden en ciertos casos apartarse de ella, en forma razonada, cuando consideren que los precedentes no se compadecen con las reglas que interpretan. De acuerdo con la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional, es claro que el precedente es obligatorio. Sin embargo, las autoridades administrativas en ciertas circunstancias pueden apartarse de él, en forma excepcional. Así lo expresa la citada sentencia C-539 de 2011:

5.2.5 *De otra parte, ha señalado esta Corte que las autoridades administrativas se encuentran siempre obligadas a respetar y aplicar el precedente judicial para los casos análogos o similares, ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces, quienes pueden eventualmente apartarse del precedente judicial de manera excepcional y justificada. En este sentido ha dicho la Corte:*“

*Lo señalado acerca de los jueces se aplica con más severidad cuando se trata de la administración, pues ella no cuenta con la autonomía funcional de aquéllos. Por lo tanto, el Instituto de los Seguros Sociales debió haber inaplicado la norma mencionada o haber justificado adecuadamente por qué no se ajustaba la jurisprudencia de la Corte en este punto.”*⁶⁷⁶ (Resalta la Corte)

En otra oportunidad dijo la Corte sobre este mismo asunto:“

La obligatoriedad del precedente es, usualmente, una problemática estrictamente judicial, en razón a la garantía institucional de la autonomía (C.P. art. 228), lo que justifica que existan mecanismos para que el juez pueda apartarse, como se recordó en el fundamento jurídico 4., del precedente. Este principio no se aplica frente a las autoridades administrativas, pues ellas están obligadas a aplicar el derecho

676 Sentencia T-566 de 1998.

vigente (y las reglas judiciales lo son), y únicamente están autorizadas -más que ello, obligadas- a apartarse de las normas, frente a disposiciones clara y abiertamente inconstitucionales (C.P. art. 4). De ahí que, su sometimiento a las líneas doctrinales de la Corte Constitucional sea estricto”.⁶⁷⁷

*En consecuencia, las autoridades administrativas deben necesariamente respetar y aplicar el precedente judicial, especialmente el constitucional y si pretenden apartarse del precedente deben justificar con argumentos contundentes las razones por las cuales no siguen la posición del máximo intérprete, especialmente del máximo intérprete de la Constitución*⁶⁷⁸.”

Reitera la Sala que esta posibilidad es excepcional para las autoridades administrativas, pues como lo expresa la Corte Constitucional están sometidas al principio de legalidad, y si se ha afirmado que la interpretación judicial de una norma se integra a la norma interpretada, hace parte de esa legalidad obligatoria para la administración, y de allí que deba cumplir la ley con su interpretación legítima.

3. El caso concreto

Hechas las consideraciones precedentes, procede la Sala a determinar si, en el caso que se estudia, la Universidad del Valle debe tener en cuenta como precedentes jurisprudenciales, al tenor de lo dispuesto en el artículo 114 de la ley 1395 de 2010, las sentencias inicialmente proferidas por el Consejo de Estado en las que ordenaba reliquidar las pensiones de acuerdo con lo dispuesto en la ley, o las posteriores, que ordenan liquidar las pensiones conforme a las regulaciones internas del Consejo Directivo de la Universidad del Valle.

En consecuencia con los razonamientos ya expuestos, concluye la Sala que la segunda posición del Consejo de Estado, esto es, la que convalida las situaciones pensionales extralegales de la Universidad del Valle con fundamento en una interpretación del artículo 146 de la ley 100 de 1993, es la que de acuerdo con el artículo 114 de la ley 1395 de 2010 y debido a su actualidad debe tenerse en cuenta como precedente jurisprudencial, por cuanto ha sido sostenida hasta hoy en diferentes fallos de las dos Subsecciones que componen la Sección Segunda del Consejo de Estado, de manera sistemática y continua, desde hace más de cuatro años.

Frente a la anterior conclusión es necesario hacer dos precisiones. La primera consiste en que los procesos ya decididos y que hicieron tránsito a cosa juzgada no pueden ser objeto de nuevos pronunciamientos administrativos, en virtud de la estabilidad propia de la cosa juzgada. De otra parte, si la Universidad del Valle considera tener “argumentos consistentes” de carácter constitucional o legal para apartarse del precedente jurisprudencial al decidir sobre casos concretos, posibilidad que plantea la Corte Constitucional en sus Sentencias C-539 de 2011 y T-439 de 2000, deberá exponerlos con toda precisión, en cada caso, para dejar en claro las poderosas razones por las cuales no sigue la posición del máximo intérprete. Adicionalmente, siempre podría la Universidad del Valle promover que el Consejo de Estado, en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por importancia jurídica avoque el conocimiento de alguno de los procesos que sobre esta

677 Sentencia T-439 de 2000.

678 Ibidem.

materia se encuentren para sentencia en la Sección Segunda, y de esta manera resuelva en definitiva sobre la eventual validez de las tesis jurídicas sostenidas por la Universidad.

Con base en las premisas anteriores

LA SALA RESPONDE:

“¿Son de obligatorio cumplimiento para la Universidad del Valle a título de precedente jurisprudencial, las sentencias que declaren la nulidad de un acto administrativo particular y concreto, proferidas por las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, como consecuencia de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho señalada en el artículo 85 del C.C.A.? ¿O por el contrario, dichas sentencias obligan exclusivamente a las partes que hayan intervenido en el respectivo proceso, es decir, poseen efectos inter partes?”

Las sentencias proferidas por las Secciones y Subsecciones del Consejo de Estado al anular o no actos administrativos de contenido particular, tendrán siempre efectos inter partes y gozarán de los efectos de la cosa juzgada a partir de su ejecutoria.

De acuerdo con la regla contenida en el artículo 114 de la ley 1395 de 2010, las sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado y las Subsecciones de ésta, en materia de pensiones extralegales de la Universidad del Valle en las cuales ordena aplicar las normas internas de la Universidad para los pensionados en régimen de transición, constituyen precedente jurisprudencial que debe ser tenido en cuenta al decidir los asuntos pensionales pendientes de decisión judicial.

Transcríbase a la señora Ministra de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Consejero. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS, Secretaria de la Sala

7. Faltas temporales de miembros de concejo municipales. Efectos del acto legislativo 01 de 2009

Radicado 2073

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Fecha: 19/10/2011

Levantamiento de la reserva mediante oficio del 29 de noviembre 2011

Antecedentes

El Ministerio del Interior desea conocer el concepto de la Sala sobre los efectos del Acto Legislativo 1 de 2009 frente a las reglas establecidas en la Ley 136 de 1994 sobre faltas temporales de los integrantes de los concejos municipales.

Según la entidad consultante, la situación presentada con una concejal que no ha podido asistir a las sesiones del concejo municipal por una enfermedad que se lo impide, ha generado diversas inquietudes sobre su situación jurídica y la posibilidad de que se encuentre en una causal de pérdida de investidura, en la medida que la reforma constitucional del 2009 habría eliminado la figura de “las faltas temporales”. Por ello, se consulta a la Sala:

“1. La reforma de la Constitución Política contenida en el Acto Legislativo 1 de 1993, que reguló lo atinente a las faltas temporales y a las faltas absolutas, fue regulada a través de la Ley 136 de 1994, “por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y funcionamiento de los municipios”, incluyendo el listado de eventos constitutivos de falta absoluta y de falta temporal. Como el fundamento constitucional de dicha norma ya no se encuentra vigente ¿Cuál es la interpretación que debe hacerse a dichas disposiciones normativas, contenidas en la Ley 136 de 1994?

2. ¿Pueden seguirse aplicando las normas relativas a las faltas temporales contenidas en la Ley 136 de 1994, pese a que el Acto Legislativo 1 de 2009 eliminó las mencionadas faltas?

3. Si ya no existen faltas temporales ¿Cuál debe ser la actuación más indicada de la Mesa Directiva de Cagua cuando se presentan las situaciones de solicitud de una licencia; incapacidad física transitoria, suspensión en el ejercicio del cargo a solicitud de la Procuraduría General de la Nación como resultado de un proceso disciplinario; ausencia forzada e involuntaria; comisión de estudios; suspensión provisional de la elección dispuesta por la jurisdicción contencioso administrativo; medida de aseguramiento; o suspensión provisional del desempeño de sus funciones dentro de un proceso disciplinario o penal?

4. ¿En el evento de presentarse una enfermedad de alguno de los integrantes de la corporación, situación que coincidiría con una incapacidad física transitoria que le impida participar en la discusión y votación de los proyectos de acuerdo, debe realizar un pronunciamiento expreso la corporación, o simplemente guardar silencio frente a la ausencia?

5. En la situación planteada en la pregunta 4. ¿sería aplicable el artículo 58 de la Ley 136 de 1994?

6. Al no existir las faltas temporales y presentarse enfermedad en alguno o algunos de los integrantes de la corporación inevitablemente se configuraría la causal de pérdida de investidura contenida en el numeral 2 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, consistente en la inasistencia a más de cinco sesiones plenarios o de comisión en que voten proyecto de acuerdo, entonces ¿Cuál debe ser la actuación del Presidente de la Corporación ante la verificación de dicha causal de pérdida de investidura?

7. ¿Se pueden configurar faltas temporales como la enfermedad física transitoria o la ausencia forzada e involuntaria o la medida de aseguramiento de detención preventiva, sin que ellas den lugar a reemplazos?

8. ¿En los eventos planteados en el interrogante anterior, se debe dar aplicación al párrafo primero del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, según el cual, cuando medie fuerza mayor

no se configurará la pérdida de investidura contenida en el numeral 2 de la misma norma y, en consecuencia, debe suplirse la curul como lo establece la normatividad o simplemente sesionar con el número de concejales restantes?

9. ¿Cómo debe entenderse el inciso 4 del artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2009, que establece en la primera parte que no habrá faltas temporales, salvo cuando las mujeres, por razón de licencia de maternidad deban ausentarse del cargo, con la parte final del mismo que señala que las faltas temporales no darán lugar a reemplazos?

10. Cuando un concejal requiere adelantar estudios en el exterior o separarse transitoriamente del cargo, si no se le puede otorgar licencia, ¿qué mecanismo se puede utilizar para que no se presente la pérdida de investidura?"

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

1. El régimen anterior de las faltas temporales y su reemplazo

La Constitución Política de 1991 en su versión inicial eliminó la figura de los suplentes de los miembros de las corporaciones de elección popular; además, sólo permitía los reemplazos en el caso de presentarse faltas absolutas. El artículo 261 original establecía lo siguiente:

ARTICULO 261. Ningún cargo de elección popular en corporaciones públicas tendrá suplente. Las vacancias absolutas serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción, sucesivo y descendiente.

Como se observa, eliminada la figura del suplente, la Constitución optó por acudir a la misma lista electoral de quien se separaba del cargo para suplir sus faltas absolutas, que eran las únicas que daban lugar a la designación de un reemplazo⁶⁷⁹.

Posteriormente, el Acto Legislativo 3 de 1993 estableció que tanto las vacancias absolutas como las temporales de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular daban lugar a su reemplazo; en ambos casos se utilizaría entonces la misma lista electoral de la persona que habría de sucederse. Para ello, se cambió en primer lugar la redacción del artículo 134 de la Constitución que quedó de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 134. Las faltas absolutas o temporales de los Miembros de las Corporaciones Públicas serán suplidas por los candidatos que, según el orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral."

En concordancia con lo anterior, el Acto Legislativo 1 de 1993 reformó también el artículo 261 de la Constitución, en el cual se establecieron las causas que daban lugar a las faltas absolutas y temporales de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, reiterando el uso de la misma lista electoral para efectos de designar el respectivo reemplazo:

"ARTÍCULO 261. Las faltas absolutas o temporales serán suplidas por los candidatos que según el orden de inscripción en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral."

679 En concordancia, el artículo 134 de la Constitución Política de 1991 sólo regulaba el reemplazo de los congresistas en caso de faltas absolutas: "Artículo 134. Las vacancias por faltas absolutas de los congresistas serán suplidas por los candidatos no elegidos, según el orden de inscripción en la lista correspondiente."

Son faltas absolutas: Además de las establecidas por la ley; las que se causan por: Muerte; la renuncia motivada y aceptada por la plenaria de la respectiva Corporación; la pérdida de la investidura; la incapacidad física permanente y la sentencia condenatoria en firme dictada por autoridad judicial competente.

Son faltas temporales las causadas por: La suspensión del ejercicio de la investidura popular, en virtud de decisión judicial en firme; la licencia sin remuneración; la licencia por incapacidad certificada por médico oficial; la calamidad doméstica debidamente probada y la fuerza mayor (...)

Se observa entonces cómo, sin revivir la figura de la suplencia, el Acto Legislativo 1 de 1993 permitió que las faltas absolutas y temporales descritas en la misma Constitución, dieran lugar al nombramiento de un reemplazo. De esta forma, una vez evidenciada la causal respectiva, la consecuencia necesaria era la designación de un reemplazo, que para todos los efectos legales tomaba el lugar del reemplazado en la conformación de la respectiva corporación de elección popular.

2. El Acto legislativo 1 de 2009 y la eliminación de las faltas temporales como causal para designar reemplazos

Como lo señala la consulta, el régimen de las faltas temporales y absolutas de los miembros de las corporaciones de elección popular resultó modificado por el Acto Legislativo 1 de 2009. En primer lugar, su artículo 6 reformó el artículo 134 de la Constitución de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 6o. El artículo 134 de la Constitución Política quedará así:

Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en caso de muerte, incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo, declaración de nulidad de la elección, renuncia justificada, y aceptada por la respectiva Corporación, sanción disciplinaria consistente en destitución, pérdida de investidura, condena penal o medida de aseguramiento por delitos distintos a las relacionadas con pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad o cuando el miembro de una Corporación pública decida presentarse por un partido distinto según lo planteado en el Parágrafo Transitorio 1o del artículo 107 de la Constitución Política.

En tales casos, el titular será reemplazado por el candidato no elegido que, según el orden de inscripción o votación obtenida, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.

Como consecuencia de la regla general establecida en el presente artículo, no podrá ser reemplazado un miembro de una corporación pública de elección popular a partir del momento en que le sea proferida orden de captura, dentro de un proceso penal al cual se le vinculare formalmente, por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos de lesa humanidad. La sentencia condenatoria producirá como efecto la pérdida definitiva de la curul, para el partido al que pertenezca el miembro de la Corporación Pública.

No habrá faltas temporales, salvo cuando las mujeres, por razón de licencia de maternidad deban ausentarse del cargo. La renuncia de un miembro de corporación pública de elección popular, cuando se le haya iniciado vinculación formal por delitos cometidos en Colombia o en el exterior, relacionados

con pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad, generará la pérdida de su calidad de congresista, diputado, concejal o edil, y no producirá como efecto el ingreso de quien corresponda en la lista. **Las faltas temporales no darán lugar a reemplazos.**

Cuando ocurra alguna de las circunstancias que implique que no pueda ser reemplazado un miembro elegido a una Corporación Pública, para todos los efectos de conformación de quórum, se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas.

Si por faltas absolutas, que no den lugar a reemplazo, los miembros de cuerpos colegiados elegidos por una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el Gobierno convocará a elecciones para llenar las vacantes, siempre y cuando falte más de dieciocho (18) meses para la terminación del período.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. El régimen de reemplazos establecido en el presente artículo se aplicará para las investigaciones judiciales que se inicien a partir de la vigencia del presente acto legislativo.”

En concordancia con lo anterior, el Artículo 10 del Acto Legislativo 1 de 2009 reformó el artículo 261 de la Constitución para eliminar las referencias existentes a las faltas temporales y su posibilidad de reemplazo. En ese sentido, el nuevo artículo 261 volvió en esencia a la versión original de la Constitución de 1991, así:

Art. 261. “Las faltas absolutas serán suplidas por los candidatos que según el orden de inscripción, o de votación, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral, según se trate de listas cerradas o con voto preferente”.

De esta manera, a partir del Acto Legislativo 1 de 2009 existen nuevas reglas en relación con el reemplazo de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular:

1. Solamente las faltas absolutas dan lugar a la designación de un reemplazo; en todo caso, no hay lugar al reemplazo cuando la falta absoluta se origina en condena penal o medida de aseguramiento por delitos relacionados con pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad.⁶⁸⁰
2. Las faltas temporales no dan lugar a la designación de reemplazos, salvo en el caso de licencia de maternidad. De esta forma, las faltas temporales dejan de ser una forma de acceder, por vía de reemplazos, al ejercicio de funciones públicas en las corporaciones públicas de elección popular.

⁶⁸⁰ Concepto 2059 de 2011, M.P. William Zambrano Cetina: “En concreto, se puede observar que la regla relacionada con la imposibilidad de proveer reemplazos cuando la curul se deja como consecuencia de condena penal o medida de aseguramiento derivada de delitos relacionados con pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad, no sólo es establecida de manera clara y expresa en el primer inciso del nuevo artículo 134 de la Constitución, sino que aparece reforzada en el tercer inciso del mismo artículo cuando se señala expresamente que “no podrá ser reemplazado un miembro de una corporación pública de elección popular a partir del momento en que le sea proferida orden de captura, dentro de un proceso penal al cual se le vinculare formalmente, por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos de lesa humanidad.”

3. Cuando ocurra alguna de las circunstancias que implique que un miembro elegido a una Corporación Pública no pueda ser reemplazado, para todos los efectos de conformación de quórum, se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas. En consecuencia, en tales casos el quórum deberá recomponerse.

3. El alcance de la reforma constitucional frente al régimen legal de faltas temporales de los miembros de las corporaciones de elección popular

Como ha quedado señalado, a partir del Acto Legislativo 1 de 2009, solamente las faltas absolutas de los miembros de las corporaciones de elección popular dan lugar a la designación de reemplazos; las faltas temporales no generan una vacancia en el cargo que de espacio a designar un sustituto, ni por vía de la figura de las suplencias, totalmente eliminada, ni con base en la misma lista del inicialmente elegido como sucedía con el Acto Legislativo 1 de 1993.

Sobre el caso que se estudia a continuación, la consulta plantea que la expresión “**no habrá faltas temporales**, salvo cuando las mujeres, por razón de licencia de maternidad deban ausentarse del cargo”, parecería indicar que adicional a la eliminación de los reemplazos por faltas temporales, el Acto Legislativo 1 de 2009 habría suprimido por completo ese tipo de faltas del ordenamiento jurídico, de forma que las normas legales que las desarrollan habrían devenido en inconstitucionales o estarían derogadas en virtud de la prohibición que allí se establece. En particular, se consideraría que actualmente no se podría aplicar el artículo 52 de la Ley 136 de 1994 que dispone:

“Art. 52. Faltas temporales. Son faltas temporales de los concejales:

a) La licencia;

b) La incapacidad física transitoria;

c) La suspensión del ejercicio del cargo a solicitud de la Procuraduría General de la Nación, como resultado de un proceso disciplinario;

d) La ausencia forzada e involuntaria;

e) La suspensión provisional de la elección, dispuesto por la jurisdicción contencioso administrativa, y

f) La suspensión provisional del desempeño de sus funciones dentro de un proceso disciplinario o penal.”

En este orden, se llegaría a interpretar que la inasistencia de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular por incapacidad física transitoria, licencia, suspensión de la elección, etc., no justificarían la ausencia temporal del elegido, por lo que el presidente de la respectiva corporación debería solicitar la pérdida de investidura de conformidad con en el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 que dispone:

“Artículo 48. Pérdida de investidura de diputados, concejales municipales y distritales y de miembros de juntas administradoras locales. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura: (...)

2. Por la inasistencia en un mismo período de sesiones a cinco (5) reuniones plenarios o de comisión en las que se voten proyectos de ordenanza o acuerdo, según el caso (...) Parágrafo 1º. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.”

Para la Sala, la anterior interpretación no es constitucionalmente atendible. En primer lugar, debe llamarse la atención en cuanto a que el nuevo artículo 134 de la Constitución y en particular el párrafo cuarto que origina la consulta debe leerse como un todo y no de manera fraccionada como lo hace la consulta. Dice el referido artículo:

“No habrá faltas temporales, salvo cuando las mujeres, por razón de licencia de maternidad deban ausentarse del cargo. La renuncia de un miembro de corporación pública de elección popular, cuando se le haya iniciado vinculación formal por delitos cometidos en Colombia o en el exterior, relacionados con pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad, generará la pérdida de su calidad de congresista, diputado, concejal o edil, y no producirá como efecto el ingreso de quien corresponda en la lista. Las faltas temporales no darán lugar a reemplazos.”

Como se observa, si bien la primera expresión del párrafo señala que no habrá faltas temporales, lo que parecería llevar a su eliminación absoluta como figura jurídica, la última frase señala que tales faltas no darán lugar a reemplazos, lo que indica que pueden existir pero que no producen el efecto jurídico del reemplazo que antes generaban. Ciertamente, el lenguaje y redacción de la norma no es el más adecuado y parecerían contener una antinomia. Sin embargo, la lectura integral del artículo 134, los antecedentes del acto legislativo y una lectura de la referida disposición en conjunto con otras normas constitucionales permiten descartar esa aparente contradicción y concluir sin mayor dificultad que el Acto Legislativo 1 de 2009 no elimina las faltas temporales como descripción de las circunstancias fácticas que justifican en ciertos casos la inasistencia de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular (lo cual debe ser desarrollado por el legislador –art.293 C.P.-), sino el efecto jurídico que les daba la norma constitucional anterior de generar la designación de un reemplazo. Veamos:

1. Según se señaló en el Concepto 2059 de 2011⁶⁸¹, desde la exposición de motivos del Acto Legislativo 1 de 2009 se hizo expresa mención a que la reforma constitucional se basaba en la necesidad de modificar el régimen de reemplazos para limitarlos exclusivamente a las faltas absolutas⁶⁸², en la medida que se debía “evitar la práctica actual

681 M.P. William Zambrano Cetina.

682 La justificación del nuevo régimen se explicó así: “c) El régimen de suplencias. Dentro de la filosofía del referendo votado en el año 2003, en el cual se sometía a la aprobación de los colombianos que los miembros de las corporaciones públicas no tendrían suplentes, se busca consagrar en el texto de la Constitución una normativa por la cual las únicas faltas que se suplan a partir de las elecciones de 2010, sean las ocasionadas por muerte, incapacidad absoluta para el ejercicio del cargo o renuncia justificada (falta absoluta). En estos casos, el titular será reemplazado por el candidato que, según el orden de inscripción, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral. La vacancia por renuncia voluntaria no justificada, no se supliría, pero tampoco sería causal de pérdida de investidura. La renuncia no sería justificada cuando se hubiere iniciado una investigación judicial contra el congresista. Se eliminan las faltas temporales (...)” (**Exposición de Motivos Gaceta del Congreso 558 de 2008**. Ver también Informe Ponencia para Primera Debate en la Cámara de Representantes, Gaceta del Congreso 674 de 2008. Igualmente Informe Ponencia para Segundo Debate en la Cámara de Representantes, Gaceta del Congreso 725 de 2008, en la que se señala la necesidad de modificar también el artículo 267 de la Consti-

del “carrusel” donde razones demasiado laxas llevan a que se turnen en la curul varias de las personas de la lista electoral.”⁶⁸³

En ese sentido, la intervención del Senador Ponente del proyecto en relación con el objeto de la reforma -en Segundo Debate de la Primera Vuelta- permite ver que su finalidad es acabar con los reemplazos por faltas temporales, pero no como tal con las circunstancias justificantes de una ausencia temporal; al respecto se afirma en dicha intervención que si las faltas temporales se presentan (es decir, se parte de su existencia), el cambio consistirá en que no darán lugar a reemplazos:

“Este artículo, le quiero decir a los colombianos termina con las suplencias, termina con los reemplazos, inclusive para las licencias temporales, y, produce que el Partido automáticamente una vez el Parlamentario que ocupa la curul este investigado y detenido ese Partido pierda la curul y no la pueda volver a recuperar a no ser que ese Congresista después de haber sido sometido a juicio salga absuelto (...)

*O sea, aunque el Congresista que está investigado renuncie, pierde la curul y no tendrá suplente, nadie lo podrá reemplazar, cuando ocurra y las faltas temporales no darán lugar a reemplazos, el Congresista puede pedir una licencia de tres meses, de seis meses, no puede ser reemplazado ni el Diputado ni el Concejal, como viene sucediendo ahora, cuando ocurra alguna de las circunstancias que implique que no pueda ser reemplazado un miembro elegido a una Corporación Pública, para todos los efectos de conformación del quórum, se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación, con excepción de aquellas curules que no pueden ser reemplazadas, si por faltas absolutas que no den lugar a reemplazo, los miembros de cuerpos colegiados elegidos por una misma circunscripción electoral, quedan reducidos a la mitad o menos, el Gobierno convocará a elecciones para llenar las vacantes siempre y cuando falte más de 18 meses para la terminación del período.”*⁶⁸⁴

También en el Informe Ponencia para Primer debate en Segunda Vuelta en la Cámara se señala, no que las faltas temporales desaparezcan, sino que ellas, cuando se presentan, no darán lugar a una sucesión en el cargo por vía de la designación de un reemplazo:

“6. Con la reforma a los artículos 134 y 261 constitucionales, los Senadores y Representantes a la Cámara elegidos no podrán ser reemplazados cuando se configure una falta de carácter temporal, sino únicamente en los casos de falta absoluta. Con esta reforma se regresa a la disposición original de la Constitución del 91, la cual había eliminado la figura de las suplencias por ser una

tución: “La modificación propuesta al artículo 134, quedaría concordada ajustando el artículo 261 C. P., tal como se propone, de acuerdo con la eliminación de las faltas temporales.” Así mismo, Gaceta del Congreso 828 de 2008, Informe Ponencia para Segundo Debate en el Senado de la República.”

683 Primer Debate en la Segunda Vuelta del Proyecto de Acto Legislativo, Gaceta del Congreso 227 de 2009.

684 Gaceta del Congreso 223 de 2009. Más adelante, en la misma intervención del ponente de la reforma al responder algunas observaciones de otros parlamentarios, puede verse nuevamente que lo eliminado son los reemplazos por faltas temporales y no éstas como figura jurídica: “Tercero, el artículo 7°, que modifica el 134 que es el de la silla vacía no necesita desarrollo legal, doctor Parmenio, está perfectamente consagrado allí porque se pierde la curul por parte de los partidos, los casos exclusivos que son por muerte, incapacidades, o renuncia justificada, o porque se pasan de un partido a otro faltando un año para las próximas elecciones, son los únicos casos donde hay reemplazos, se eliminan los reemplazos para las faltas temporales, se pueden pedir licencias de 3 ó de 6 meses no hay reemplazos y por supuesto en el momento de la detención del parlamentario que ha incurrido en promoción, financiación o complicidad o solidaridad con grupos alzados en armas, paramilitarismo, o guerrilla, el partido pierde la silla porque no puede ser reemplazado no necesita desarrollo legal ese que es uno de los artículos más importantes (...)”

figura muy cuestionada y criticada por los diferentes sectores sociales y políticos al generar prácticas deshonestas.

*Las únicas faltas que se suplirían a partir de la vigencia del Acto Legislativo, son las ocasionadas por muerte, incapacidad absoluta para el ejercicio del cargo por accidente o enfermedad, o renuncia justificada. En estos eventos, el titular será reemplazado por el candidato que, según el orden de inscripción, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista elector.*⁶⁸⁵

Se observa entonces, que la reforma no elimina las faltas temporales como figura jurídica que ampara en ciertos casos la ausencia transitoria de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, sino el hecho de que su efecto jurídico sea el reemplazo del elegido, pues ello había permitido deformar la finalidad de la norma y defraudar la voluntad popular mediante acuerdos para compartir y sucederse en la respectiva curul; así, las faltas temporales subsisten como causas justificantes de la ausencia transitoria de un miembro de una corporación de elección popular en los casos en que lo determine la ley, aunque en adelante no generarán como efecto jurídico la designación de reemplazos.

Así, en relación particular con la pregunta 10 de la consulta, que parte del supuesto de que con la eliminación de las faltas temporales la reforma constitucional impediría conceder **licencias** a los concejales en los términos del artículo 52-1 de la Ley 136 de 1994 antes citado⁶⁸⁶, es evidente que ese no fue el propósito del Acto Legislativo 1 de 2009, pues como se observa de las citas anteriores, tales licencias se podrán otorgar de acuerdo con la ley, sólo que a partir del cambio constitucional no darán lugar a reemplazos. Ahora bien, es claro que si la respectiva corporación no concede la licencia y el concejal no asiste a las sesiones, se presentará una ausencia no justificada que puede dar lugar a la pérdida de investidura, salvo que el respectivo servidor renuncie previamente a su cargo.

2. De otra parte, las normas constitucionales modificadas por el Acto Legislativo 1 de 2009 deben interpretarse de manera armónica y sistemática con el resto de la Constitución.

En ese sentido, no debe olvidarse que la Constitución le asigna al legislador la función de regular el ejercicio de las funciones públicas (art.150) y, en particular, las faltas absolutas o temporales de las personas elegidas por voto popular para el ejercicio de cargos en las entidades territoriales:

*“ARTICULO 293. Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, **faltas absolutas o temporales**, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. La ley dictará también las demás disposiciones necesarias para su elección y desempeño de funciones.”*

Por tanto, la ley puede regular los supuestos fácticos que justifican ausencias temporales de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, tal como lo hace la Ley 136 de 1994, pero con la limitación derivada del nuevo artícu-

685 Gaceta del Congreso 227 de 2009.

686 “Art. 52. **Faltas temporales.** Son faltas temporales de los concejales: a) La licencia (...)”

lo 134 de la Constitución, en el sentido de que no podrá establecer como efecto jurídico la designación de reemplazos, los cuales sólo está previstos en el caso de faltas absolutas.

Así mismo, la lectura de la reforma contenida en el Acto Legislativo 1 de 2009 debe hacerse de acuerdo con los valores, principios, garantías y derechos previstos en la Constitución. En particular, la Constitución protege el orden justo, la buena fe, el debido proceso, el principio de proporcionalidad, la legalidad de las faltas, etc., todo lo cual dirige la labor interpretativa y aplicativa de los distintos operadores jurídicos.

Si se revisan las faltas temporales de los concejales antes citadas (art.52 de la Ley 136 de 1994), se puede observar que todas ellas hacen referencia o bien a casos en los que existe una causa justificativa de la inasistencia temporal del concejal a las sesiones de la respectiva corporación (*licencia; incapacidad física transitoria; ausencia forzada e involuntaria*), o bien a circunstancias que no sólo justifican, sino que incluso impiden la asistencia del concejal al existir una decisión judicial o administrativa que así lo dispone (*suspensión del ejercicio del cargo a solicitud de la Procuraduría General de la Nación, como resultado de un proceso disciplinario; suspensión provisional de la elección, dispuesto por la jurisdicción contencioso administrativa; y suspensión provisional del desempeño de sus funciones dentro de un proceso disciplinario o penal*).

Además de que no se observa que el Acto Legislativo 1 de 2009 haya querido eliminar expresa o tácitamente estas causales justificativas de inasistencias temporales de los miembros de las corporaciones de elección popular, es claro que una interpretación extensiva del alcance de dicha reforma, en el sentido de que tales ausencias ya no estarían justificadas y darían lugar a la pérdida de investidura, podría enfrentar problemas constitucionales al entrar en conflicto con derechos y garantías de los afectados como el debido proceso, la buena fe, la proporcionalidad, la regla de no estar obligado a lo imposible, etc..

En efecto, si el servidor público se ausenta de la función pública por incapacidad física transitoria (que según la ley debe ser certificada por una entidad de salud⁶⁸⁷) o por causa de una situación forzada e involuntaria (como sería una desaparición o un secuestro⁶⁸⁸), la imposición de una sanción de pérdida de investidura por inasistencia resultaría claramente injustificada y desproporcionada. Y en el caso de las licencias sucede lo mismo, pues en este caso la ausencia del concejal está respaldada en un acto de la misma corporación pública que la concede, luego mal podría llevar una consecuencia desfavorable para su beneficiario; de hecho, según se vio en la revisión de los antecedentes del acto legislativo, en relación particular con las licencias nunca se habló de su desaparición, sino simplemente de que ellas, en caso de concederse por las respectivas corporaciones públicas, no darían lugar a reemplazos.

687 Ley 136 de 1994. "Artículo 58. Incapacidad física transitoria. En caso de que por motivos de salud debidamente certificados por la entidad de previsión social a la que están afiliados los funcionarios de la alcaldía respectiva, un concejal se vea impedido para asistir transitoriamente a las sesiones del Concejo, el Presidente de dicha corporación declarará la vacancia temporal.

688 "Artículo 59. Ausencia forzosa e involuntaria. Cuando por motivos ajenos a su voluntad, ocasionados por la retención forzada ejercida por otra persona, un concejal no pueda concurrir a las sesiones del Concejo, el presidente del mismo declarará la vacancia temporal, tan pronto tenga conocimiento del hecho."

Idéntica conclusión surge respecto de aquéllas otras causales en las que la ausencia temporal del concejal obedece a una decisión judicial o administrativa que así lo dispone (suspensión de la elección o del funcionario). Estas situaciones tampoco podrían conllevar la pérdida de investidura por inasistencia, pues es evidente que si no se acude a las sesiones de la corporación es porque existe un impedimento legal para hacerlo.

En síntesis, la Sala considera que la expresión **“No habrá faltas temporales, salvo cuando las mujeres, por razón de licencia de maternidad deban ausentarse del cargo”**, no implica la derogatoria de las faltas temporales de los miembros de las corporaciones de elección popular como causas justificativas de la inasistencia a las sesiones de la respectiva corporación, cuyo desarrollo corresponde al legislador conforme al artículo 293 de la Constitución. Su sentido es reforzar, en el contexto del artículo 134 de la Constitución, que tales faltas temporales **no tienen como efecto jurídico el reemplazo** de la persona ausente (“no darán lugar a reemplazos”), salvo únicamente, como dice la misma expresión, cuando la falta temporal tiene causa en una licencia de maternidad.

4. Los efectos de las faltas temporales

Conforme se ha señalado, las faltas temporales previstas en la ley subsisten en cuanto causas que justifican la ausencia de los concejales a las sesiones de la respectiva corporación (art.58 de la Ley 136 de 1994); por tanto, si se encuentran debidamente acreditadas ha de concluirse que no se dará el supuesto de pérdida de investidura por inasistencia que prevé el numeral 2º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 antes citado⁶⁸⁹.

En consecuencia, en estos casos deberá dejarse constancia de la configuración de dichas faltas, aun cuando no para designar un reemplazo, sino para dejar evidencia de las causas justificativas de la inasistencia y para efectos de la composición del quórum que ordena el artículo 134 de la Constitución:

“(…) Cuando ocurra alguna de las circunstancias que implique que no pueda ser reemplazado un miembro elegido a una Corporación Pública, para todos los efectos de conformación de quórum, se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas.”⁶⁹⁰

Con este alcance y con la limitación suficientemente reiterada de que no habrá lugar a reemplazos, deben entenderse los artículos 58, 59 y 60 de la Ley 136 de 1994 cuando disponen que el Presidente de la Corporación declarará la vacancia temporal del cargo en los casos de incapacidad física transitoria, ausencia forzosa e involuntaria y suspensión provisional de la elección:

689 “Artículo 48. Pérdida de investidura de diputados, concejales municipales y distritales y de miembros de juntas administradoras locales. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura: (...) 2. Por la inasistencia en un mismo período de sesiones a cinco (5) reuniones plenarias o de comisión en las que se voten proyectos de ordenanza o acuerdo, según el caso (...)

Parágrafo 1º. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.”

690 Este inciso aparece en la Ponencia para Segundo Debate en el Congreso y se justificó así: “Artículo 8º. En cuanto al artículo 8º del proyecto, (artículo 134 de la Constitución Política) se propone adicionar un inciso que aclare que cuando ocurra alguna de las circunstancias que implique que no pueda ser reemplazado un miembro elegido a una corporación pública, para todos los efectos de conformación de quórum, se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas. Gaceta del Congreso 889 de 2008.”

“Artículo 58. Incapacidad física transitoria. En caso de que por motivos de salud debidamente certificados por la entidad de previsión social a la que están afiliados los funcionarios de la alcaldía respectiva, un concejal se vea impedido para asistir transitoriamente a las sesiones del Concejo, el Presidente de dicha corporación declarará la vacancia temporal.”

Artículo 59. Ausencia forzosa e involuntaria. Cuando por motivos ajenos a su voluntad, ocasionados por la retención forzada ejercida por otra persona, un concejal no pueda concurrir a las sesiones del Concejo, el presidente del mismo declarará la vacancia temporal, tan pronto tenga conocimiento del hecho.

Artículo 60. Suspensión provisional de la elección. Una vez que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa disponga la suspensión provisional de la elección de un concejal el Presidente del Concejo declarará la vacancia temporal y dispondrá las medidas conducentes a hacer efectiva la suspensión de funciones del mismo, durante el tiempo de la suspensión.”

LA SALA RESPONDE:

“1. La reforma de la Constitución Política contenida en el Acto Legislativo 1 de 1993, que reguló lo atinente a las faltas temporales y a las faltas absolutas, fue regulada a través de la Ley 136 de 1994, “por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y funcionamiento de los municipios”, incluyendo el listado de eventos constitutivos de falta absoluta y de falta temporal. Como el fundamento constitucional de dicha norma ya no se encuentra vigente ¿Cuál es la interpretación que debe hacerse a dichas disposiciones normativas, contenidas en la Ley 136 de 1994?

2. ¿Pueden seguirse aplicando las normas relativas a las faltas temporales contenidas en la Ley 136 de 1994, pese a que el Acto Legislativo 1 de 2009 eliminó las mencionadas faltas?”

El Acto Legislativo 1 de 2009 no derogó la regulación de la Ley 136 de 1994 sobre faltas temporales, las cuales, como causas justificadas de inasistencia de los concejales a las sesiones del concejo, tienen fundamento en el artículo 293 de la Constitución Política. En todo caso, las faltas temporales no darán lugar a reemplazos, excepto, únicamente, en los casos de licencia de maternidad.

“3. Si ya no existen faltas temporales ¿Cuál debe ser la actuación más indicada de la Mesa Directiva de Cagua cuando se presentan las situaciones de solicitud de una licencia; incapacidad física transitoria, suspensión en el ejercicio del cargo a solicitud de la Procuraduría General de la Nación como resultado de un proceso disciplinario; ausencia forzosa e involuntaria; comisión de estudios; suspensión provisional de la elección dispuesta por la jurisdicción contencioso administrativo; medida de aseguramiento; o suspensión provisional del desempeño de sus funciones dentro de un proceso disciplinario o penal?”

Como se precisó, las normas de la Ley 136 de 1994 que regulan las faltas temporales de los concejales como causas justificadas de inasistencia a las sesiones de los concejos, no quedaron derogadas con el Acto Legislativo 1 de 2009. Por tanto, las respectivas corporaciones deberán proceder como lo indique la ley para cada caso, con la salvedad de que las faltas

temporales no darán lugar a reemplazos, excepto, únicamente, cuando tengan su origen en una licencia de maternidad.

“4. ¿En el evento de presentarse una enfermedad de alguno de los integrantes de la corporación, situación que coincidiría con una incapacidad física transitoria que le impida participar en la discusión y votación de los proyectos de acuerdo, debe realizar un pronunciamiento expreso la corporación, o simplemente guardar silencio frente a la ausencia?”

5. En la situación planteada en la pregunta que antecede ¿sería aplicable el artículo 58 de la Ley 136 de 1994?”

De acuerdo con lo expuesto en esta consulta, el Presidente de la Corporación deberá hacer la declaratoria de vacancia temporal pero únicamente con el objeto de dejar constancia de la causa justificativa de la inasistencia y para efectos de la composición del quórum que ordena el artículo 134 de la Constitución. En todo caso, no habrá lugar a reemplazo, salvo el caso de licencia de maternidad.

“6. Al no existir las faltas temporales y presentarse enfermedad en alguno o algunos de los integrantes de la corporación inevitablemente se configuraría la causal de pérdida de investidura contenida en el numeral 2 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, consistente en la inasistencia a más de cinco sesiones plenarias o de comisión en que voten proyecto de acuerdo, entonces ¿Cuál debe ser la actuación del Presidente de la Corporación ante la verificación de dicha causal de pérdida de investidura?”

Se reitera que las normas de la Ley 136 de 1994 que regulan las faltas temporales de los concejales en cuanto causas justificadas de inasistencia a las sesiones de los concejos, no quedaron derogadas con el Acto Legislativo 1 de 2009. Por tanto, el respectivo servidor no quedará incurso en la causal de pérdida de investidura si su inasistencia se encuentra justificada de acuerdo con la ley.

“7. ¿Se pueden configurar faltas temporales como la enfermedad física transitoria o la ausencia forzada e involuntaria o la medida de aseguramiento de detención preventiva, sin que ellas den lugar a reemplazos?”

Efectivamente, en casos como la enfermedad física transitoria o la ausencia forzada y demás eventos que de conformidad con la ley dan lugar a una falta temporal, no hay lugar a reemplazos, salvo que se trate de licencia de maternidad.

8. ¿En los eventos planteados en el interrogante anterior, se debe dar aplicación al párrafo primero del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, según el cual, cuando medie fuerza mayor no se configurará la pérdida de investidura contenida en el numeral 2 de la misma norma y, en consecuencia, debe suplirse la curul como lo establece la normatividad o simplemente sesionar con el número de concejales restantes?”

En la medida en que exista una causa legal que justifique la inasistencia temporal de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, no se presentaría la hipótesis del numeral 2 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 sobre pérdida de investidura por ina-

sistencia a las sesiones de la respectiva corporación. En consecuencia, la corporación debe sesionar con el número de concejales restantes.

En todo caso se reitera que conforme al Acto Legislativo 1 de 2009 las faltas temporales no dan lugar a remplazo, salvo los casos de licencia de maternidad.

“9.¿Cómo debe entenderse el inciso 4 del artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2009, que establece en la primera parte que no habrá faltas temporales, salvo cuando las mujeres, por razón de licencia de maternidad deban ausentarse del cargo, con la parte final del mismo que señala que las faltas temporales no darán lugar a reemplazos?”

Debe interpretarse en el sentido que las faltas temporales no dan lugar a reemplazos, salvo los casos de licencia de maternidad.

“10. Cuando un concejal requiere adelantar estudios en el exterior o separarse transitoriamente del cargo, si no se le puede otorgar licencia, ¿qué mecanismo se puede utilizar para que no se presente la pérdida de investidura?”

El Acto Legislativo 1 de 2009 no derogó las licencias de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular. Ellas podrán concederse en las condiciones previstas en la ley, pero no darán lugar a la designación de reemplazos. Si la licencia es negada y en todo caso el concejal requiere retirarse del cargo, deberá renunciar para no incurrir en una causal de pérdida de investidura.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Consejero. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS, Secretaria de la Sala



Tercera Parte

**Selección de Conflictos
de Competencias
Administrativas
año 2011**

TERCERA PARTE

SELECCIÓN DE CONFLICTOS DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS AÑO 2011

1. Contraloría Departamental del Guaviare frente a la Contraloría General de la República. **Radicado 11001-00016** 243
2. Oficina de Control Interno Disciplinario de la Gobernación de Boyacá frente a la Procuraduría Regional de Boyacá.
Radicado 2011-0021 252
3. Superintendencia de Industria y Comercio frente a la Comisión Nacional de Televisión. **Radicado 2011-00026** 256
4. Departamento de Cundinamarca a través del señor Gobernador frente a la Superintendencia de Notariado y Registro a través de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y Secretaria Técnica del Consejo Superior de la Carrera Notarial. **Radicado 2011-00034** 263
5. Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia frente al Instituto de Seguros Sociales. **Radicado 2011-00036** 269
6. Contraloría General de la República frente a la Contaduría General de la Nación. **Radicado 2011-00039** 275
7. Superintendencia de Industria y Comercio frente a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil. **Radicado 2011-00047** 281
8. Contraloría General de Antioquia frente a la Contraloría General de la República. **Radicado 2011-00053** 292
9. Contraloría Departamental de Córdoba frente a la Contraloría General de la República. **Radicado 2011-00055**..... 301
10. El Consejo Nacional Electoral frente a la Junta Administradora Local de Engativá. **Radicado 2011-00062** 305
11. Oficina de Control Disciplinario Interno de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios frente a la Procuraduría Primera Distrital -Procuraduría General de la Nación.
Radicado 2011-00071..... 310
12. Comisaría de Familia Comuna Uno de Medellín frente a la Defensoría de Familia - Centro de Atención Integral a Víctimas de Violencia Sexual – Centro Zonal Suroriental Regional Antioquia – I.C.B.F. **Radicado 2011-00079** 317

1. Contraloría Departamental del Guaviare frente a la Contraloría General de la República**Radicado 11001-00016**

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Fecha: 06/09/2011

La Contraloría Departamental del Guaviare solicitó a esta Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, definir la entidad competente para el ejercicio del control fiscal sobre la Empresa de Energía del Guaviare S.A. ESP., la ESE Hospital de San José del Guaviare y la ESE Red de Servicios Primer Nivel de Atención de San José del Guaviare, de acuerdo con los siguientes antecedentes.

1. Antecedentes

1. Obran en el expediente, como soportes del escrito del apoderado de la Contraloría Departamental del Guaviare, las copias simples de los Autos Nos. 133 y 134, ambos de fecha 9 de febrero del 2011, proferidos por la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, mediante los cuales admitió y autorizó la realización del control excepcional en la Empresa de Energía del Guaviare S.A. ESP., la ESE Hospital de San José del Guaviare y la ESE Red de Servicios Primer Nivel de Atención de San José del Guaviare.⁶⁹¹

En la parte motiva de los dos Autos, 133 y 134, se lee que las respectivas solicitudes de control excepcional fueron elevadas “por el señor Vitaliano Parra Ortiz Veedor Ciudadano de Salud para el Departamento del Guaviare” y que ellas cumplen “con lo establecido en el literal d. del artículo 16 de la Ley 850 de 2003.”

La parte resolutive de las decisiones en mención “*admite el control excepcional solicitado por el señor Parra Ortiz, lo autoriza respecto de cada una de las entidades señaladas por el Veedor y distribuye la atención de los distintos temas que comporta ese control entre varias dependencias de la Contraloría General.*”

2. La Contraloría Departamental del Guaviare manifestó que el control excepcional asumido por la Contraloría General de la República desconoce los resultados que el órgano departamental ha obtenido en el ejercicio del control fiscal respecto de las tres entidades concernidas e incorpora en su escrito los cuadros y los documentos que resumen sus actuaciones y resultados. Agrega que el señor Parra Ortiz “actualmente” no está inscrito en la Personería Municipal de San José del Guaviare ni en la Cámara de Comercio de la misma ciudad para ejercer el control social de ENERGUAVIARE S.A. ESP., sino únicamente para ejercer veeduría sobre las ESE del I y II Nivel de esa ciudad.

Fundamentándose en el artículo 26 de la ley 42 de 1993⁶⁹² y en la sentencia del 27 de mayo de 2010 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta

691 Cfr. Expediente, folios 44 a 49.

692 Ley 42 de 1993 (enero 26) “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, D. O. No. 40.732 (enero 27/93), Art. 26. “La Contraloría General de la República podrá ejercer control posterior, en forma excepcional, **sobre las cuentas de cualquier entidad territorial**, sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales y municipales, en los siguientes casos: / a) A solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal, de cualquier comisión permanente

Corporación⁶⁹³, afirma que la Contraloría General de la República sólo puede asumir el control excepcional en las entidades territoriales pero no en las entidades descentralizadas del nivel territorial, pues lo contrario es desconocer la competencia que a las contralorías territoriales confiere el artículo 272 de la Carta, de manera que con las decisiones de la Contraloría General se está exponiendo el patrimonio de las tres empresas porque los actos que profiera ese organismo “estarán viciados de nulidad por falta de competencia.”

2. Actuación procesal

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado recibió el expediente y, una vez repartido, fue fijado en lista por tres días para que los representantes de los órganos involucrados y las personas que tuvieran interés presentaran sus alegatos o consideraciones.

De este derecho sólo hizo uso la Contraloría General de la República.

3. Alegato de la Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República, mediante apoderado, recorrió el traslado en memorial que en resumen expresa:

El artículo 267 de la Constitución Política define el control fiscal como una función pública a cargo de la Contraloría General de la República, indica su forma de ejercicio y, en su inciso tercero, parte final, establece: “En los casos excepcionales previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.” También, por mandato del numeral 12 del artículo 268 de la Carta, es función del Contralor General de la República “...Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial”.

El artículo 26 de la ley 42 de 1993 ordena que el control posterior excepcional podrá ser ejercido por la Contraloría General de la República, “sobre las cuentas de cualquier entidad territorial”, si lo solicitan: a) el gobierno departamental, distrital o municipal, o cualquier Comisión Permanente del Congreso de la República, o la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales; b) “la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación que establece la Ley.”⁶⁹⁴

El alegato de la Contraloría General también invoca el artículo 63 de la ley 610 de 2000⁶⁹⁵, que da competencia prevalente a la Contraloría General de la República para adelantar y culminar los procesos de responsabilidad fiscal derivados del ejercicio del control excepcional previsto en los artículos 267 de la Constitución y 26 de la ley 42 de 1993, y cita la sentencia C-364-01 que declaró exequible el artículo 63 de la ley 610 en cita, considerando que dichos procesos de responsabilidad son complemento natural de la gestión fiscal.

del Congreso de la República o de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales. / b) A solicitud de la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación que establece la Ley.”

693 Sentencia del 27 de mayo del 2010, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Rad. 11001032400020030005.

694 La ley 610 de 2000 (agosto 15), “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías”, adicionó la solicitud del personero municipal cuando en el municipio correspondiente no exista contraloría municipal.

695 Ley 610/00 Art. 63. “Control fiscal excepcional. La Contraloría General de la República tiene competencia prevalente para adelantar hasta su culminación los procesos de responsabilidad fiscal que se originen como consecuencia del ejercicio de la facultad excepcional de control establecida en el artículo 267 de la Constitución Política.”

El alegato en comento concluye que “conflicto de competencia no existe” porque es clara en la normatividad la competencia de la Contraloría General de la República para ejercer el control excepcional de las entidades territoriales, de manera que “la apreciación de la Contraloría Departamental del Guaviare es equivocada y pretende desconocer las facultades dadas por nuestra Constitución Política a la Contraloría General de la República en relación con las competencias de las Contralorías Territoriales.”

4. CONSIDERACIONES:

1. Competencia

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 4o. de la ley 954 de 2005, que adiciona el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, corresponde a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado conocer y definir los conflictos de competencias administrativas en los cuales por lo menos una de las partes sea un organismo del nivel nacional.

En el presente caso, el conflicto se plantea entre un organismo del nivel nacional y un organismo del nivel departamental, por lo cual compete a la Sala avocar conocimiento.

2. El control fiscal excepcional de la contraloría general de la república

2.1. Su regulación

Por mandato constitucional corresponde a la Contraloría General de la República vigilar “la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen bienes o fondos de la Nación” (Art. 267, inciso primero); y, “en los casos excepcionales previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer el control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial” (Art. 267, inciso tercero, parte final).

Así pues, el control excepcional que puede asumir la Contraloría General de la República respecto de las entidades del nivel territorial es “posterior” y es sobre “cuentas”.

La ley 42 de 1993⁶⁹⁶, en desarrollo del artículo 267 constitucional, organiza el sistema de control fiscal financiero. De su articulado es pertinente destacar:

El artículo 5º, define el “control posterior” como “la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos.”

El artículo 15, según el cual, para efectos de la misma ley 42 de 1993, se “entiende por cuenta el informe acompañado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario”.

El artículo 14, establece que “la revisión de cuentas es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de las ACTUACIONES.”

696 Ley 42 de 1993 (enero 26), “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen.”, D. O. No. 40.732 (enero 27/93). “Artículo 49. La Contraloría General de la República vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Excepcionalmente y de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la presente Ley, ejercerá control posterior sobre las cuentas de cualquier entidad territorial”.

El artículo 26, ya citado, enuncia los dos casos en los cuales procede el control posterior excepcional de la Contraloría General de la República, sobre las cuentas de las entidades territoriales, a saber: por solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal, o de cualquier Comisión Permanente del Congreso de la República, o de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales; y b) por solicitud de “la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación que establece la Ley.”⁶⁹⁷

El sentido de las normas constitucionales y legales transcritas está recogido en la normatividad propia de la Contraloría General de la República, particularmente en la Resolución Orgánica No. 6069 de 2009⁶⁹⁸, vigente, que regula el procedimiento para el ejercicio del control fiscal posterior excepcional.

Para la presente consulta se destaca el artículo 2º, en el que define el control fiscal posterior excepcional, como “la facultad Constitucional y legal otorgada a la Contraloría General de la República para ejercer control fiscal en cualquiera de sus modalidades y acciones sobre las cuentas de cualquier entidad del nivel territorial, cuya competencia natural está asignada en el ente de control fiscal territorial, relevando a este de su competencia sobre los asuntos materia del mismo; previo cumplimiento de los requisitos previstos por la ley.”

En cuanto a los requisitos, dispone:

“Artículo 4º. Requisitos. Las solicitudes para el ejercicio del control fiscal posterior excepcional por parte de la Contraloría General de la República deberán cumplir los siguientes requisitos para continuar con el trámite:

- 1. Debe ser requerido por las autoridades y personas legalmente autorizadas, conforme a lo contemplado en el artículo anterior.*
- 2. La solicitud debe precisar el asunto objeto de control, es decir se debe especificar la cuenta, el contrato, el proceso y la vigencia, entre otros, ya que la petición no puede ser en abstracto por cuanto ello implicaría el vaciamiento de la competencia de la contraloría territorial respectiva.*
- 3. Debe incluir la motivación de la que trata la Sentencia C-364-01⁶⁹⁹, esto es, reseñar los eventos en que se presume duda de la imparcialidad o falta de idoneidad de la contraloría territorial.”*

En el artículo 6º confiere a la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, la competencia para recibir las solicitudes de ejercicio del control fiscal excepcional y para analizarlas “sobre la base del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad establecidos en el artículo 4º de esta resolución y las finalidades constitucionales del control fiscal.”

697 La ley 610 de 2000 (agosto 15), “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías”, adicionó la solicitud del personero municipal cuando en el municipio correspondiente no exista contraloría municipal.

698 Resolución Orgánica 6069 de 2009 (agosto 26) “Por la cual se deroga la Resolución 5588 del 8 de junio de 2004, que establece la competencia para el conocimiento, admisión y trámite para el ejercicio del control fiscal posterior excepcional en la Contraloría General de la República, y se implementan acciones de mejora continua.” D.O. No. 47.468 de Sept. 10/09.

699 La sentencia C-364-01 (abril 12) declara exequible el artículo 63 de la ley 610 del 2000, sobre la competencia de la Contraloría General de la República para adelantar los procesos de responsabilidad fiscal originados en el ejercicio del control fiscal posterior excepcional.”

En síntesis, la Constitución, la ley y el reglamento, facultan a la Contraloría General de la República para ejercer el control fiscal posterior sobre las cuentas, los contratos y los procesos específicos, de las entidades del nivel territorial. Las autoridades y ciudadanos habilitados por la ley para solicitar dicho control excepcional “deben especificar” la cuenta, el contrato, el proceso, sobre el cual habrá de recaer dicho control, pues de otra manera, según la resolución orgánica 6069, se trataría de solicitudes abstractas que vaciarían de competencia al órgano territorial de control.

Además, la decisión de asumir el control excepcional debe estar motivada en los términos de la sentencia C-364-01, esto es, debe sustentar la duda sobre la imparcialidad o la falta de idoneidad, respecto de la contraloría territorial.

2.2. La solicitud de la ciudadanía

En casos como el presente, en los que media la solicitud de la ciudadanía para el ejercicio del control fiscal excepcional por parte de la Contraloría General de la República, es preciso remitirse a la ley 850 de 2003⁷⁰⁰, puesto que, conforme lo ordena el literal b) del artículo 26 de la ley 42 de 1993, dichas solicitudes deben hacerse “a través de los mecanismos de participación que establece la ley”.

El artículo 1º de la citada ley 850 define las veedurías ciudadanas como “el mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades, administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público...”.

El párrafo del artículo 1º de la ley 850 en comento, exceptúa a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, ordenando que respecto de ellas “este control se ejercerá de conformidad con lo preceptuado en la Ley 142 de 1994.”

Los artículos 2º y 3º de la misma ley 850, establecen que “todos los ciudadanos en forma plural o a través de organizaciones civiles... podrán constituir veedurías ciudadanas”, procediendo a “elegir de una forma democrática a los veedores, luego elaborarán un documento o acta de constitución en la cual conste el nombre de los integrantes, documento de identidad, objeto de la vigilancia, nivel territorial, duración y lugar de residencia...”.

Es decir, desde su constitución, las veedurías ciudadanas deben identificar sus integrantes, el objeto de la vigilancia, los veedores elegidos que, junto con las demás exigencias de la ley, se recogerán en el acta de constitución de la respectiva veeduría, la cual debe registrarse “ante las personerías municipales o distritales o ante las Cámaras de Comercio, quienes deberán llevar registro público de las veedurías inscritas en su jurisdicción.” (Art. 3º, L.850)

El artículo 16 de la ley 850, en estudio, incluye entre los “instrumentos de acción” de las veedurías, el de “...d) Solicitar a la Contraloría General de la República, mediante oficio, el control excepcional establecido en el artículo 26, literal b) de la Ley 42 de 1993”.

700 Ley 850 de 2003 (noviembre 18), “por medio de la cual se reglamentan las veedurías ciudadanas”. D. O. No. 45376 (Nov. 19/03). Cfr. Sentencia C.292-03.

El párrafo del citado artículo 16 de la ley 850 advierte: “En todo caso, dicha solicitud no puede implicar un vaciamiento del contenido de la competencia de la Contraloría territorial respectiva.”

Concluye entonces la Sala que el control fiscal excepcional que la Contraloría General de la República puede ejercer en los organismos y entidades del nivel territorial, debe recaer sobre actividades, operaciones y procesos específicos, determinados en las solicitudes que para el efecto pueden hacer las autoridades y los ciudadanos habilitados por el artículo 26 de la ley 42 de 1993.

3. El caso concreto

Conforme obra en el expediente, los Autos 133 y 134 del 9 de febrero del 2011, proferidos por la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, dan cuenta de que el control excepcional de la Contraloría General de la República en la Empresa de Energía del Guaviare S.A.ESP., la ESE Hospital de San José del Guaviare y la ESE Red de Servicios de Primer Nivel de Atención de San José del Guaviare, fue solicitado por “el señor Vitaliano Parra Ortiz, Veedor Ciudadano de Salud para el Departamento del Guaviare”. (Folios 44 a 49).

Así mismo, obran los documentos que prueban que el 20 de junio del 2007 fue inscrita en la Personería Municipal de San José del Guaviare la “Veeduría Ciudadana para seguir la vigilancia, control y revisión de los servicios de salud a cargo de la Secretaría de Salud Departamental del Guaviare, ESE, de Primero y Segundo Nivel, ARS, EPS, IPS y SISBÉN...”; y que como miembro de ella fue inscrito el señor Vitaliano Parra Ortiz. (Folios 29 a 42).

Con base en estos documentos la Sala encuentra:

- a. Respecto de la ESE Hospital de San José del Guaviare y de la ESE Red de Servicios de Primer Nivel de Atención de San José del Guaviare.

El señor Parra Ortiz, como miembro de la Veeduría ciudadana para el sector Salud en el Departamento del Guaviare, estaba facultado por el artículo 16, literal d) de la ley 850 del 2003 en armonía con el artículo 26, literal b) de la ley 42 de 1993, para solicitar el control excepcional de la Contraloría General de la República en relación con actividades, operaciones o procesos específicos de la ESE Hospital de San José del Guaviare y la ESE Red de Servicios de Primer Nivel de Atención de San José del Guaviare.

Por su parte, la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, en el Auto No. 134 del 2011, resolvió “admitir y autorizar la realización del control excepcional... sobre las Empresas Sociales del Estado del Departamento de I y II Nivel”, sin individualizar dichas empresas, sin identificar las actividades, operaciones o procesos sobre los que versaría dicho control y sin mencionar las razones de duda sobre la imparcialidad o la idoneidad de la contraloría territorial.

El contenido del Auto 134, entonces, no guarda correspondencia con los requisitos establecidos en el artículo 4º de la Resolución Orgánica 6069 del 2009 y, por ende, tampoco se ajusta a las prescripciones de la ley 42 de 1993.

Sin embargo, es factible que hacia el futuro la decisión contenida en el Auto 134 del 9 de febrero del 2011 y sus motivaciones, sean revisadas por la Contraloría Delegada para

Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, en el marco de la Resolución Orgánica 6069 del 2009 y del conjunto de disposiciones constitucionales y legales que regulan la facultad del órgano de control fiscal nacional para ejercer, por excepción, el control posterior de las cuentas territoriales.

b) Respecto de la Empresa de Energía Eléctrica del Guaviare, ENERGUAVIARE ESP. S.A.

Como lo indica su razón social, ENERGUAVIARE es una empresa de servicios públicos domiciliarios⁷⁰¹.

De acuerdo con la información que obra en su página web, “es una Empresa que comercializa y distribuye Energía Eléctrica”.

En consecuencia, por mandato del párrafo del artículo 1º de la ley 850 del 2003, el control ciudadano debe ser ejercido en los términos previstos en la ley 142 de 1994.⁷⁰²

Dicha ley 142 regula el “control social de los servicios públicos domiciliarios”, estableciendo la obligación de conformar los “Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios”, que deben existir en todos los municipios por iniciativa de los usuarios, suscriptores y suscriptores potenciales de uno o más de los servicios públicos que regula la ley 142.⁷⁰³

En el Auto 133 del 2011 proferido por la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, se leen, entre otras, las siguientes consideraciones: “1. Que mediante oficio SP 80.111.0443 del 2 de febrero de 2009 la Secretaría Privada remitió la solicitud de control excepcional presentada por el señor Vitaliano Parra Ortiz Veedor Ciudadano de Salud para el Departamento del Guaviare sobre la Empresa ENERGUAVIARE E.S.P.; 2. Que mediante oficio 2010 EE8248 del 15 de febrero del 2010 se solicitó complementación al Veedor respecto a la personería jurídica de la Veeduría, el asunto objeto del control excepcional, entre otros”; ...; 6. Que la solicitud excepcional presentada por la Veeduría cumple con lo establecido en el literal d. del artículo 16 de la Ley 850 de 2003...”

Para la Sala es claro que por ser una empresa comercializadora y distribuidora de energía eléctrica, ENERGUAVIARE no forma parte del sector Salud del Departamento del Guaviare. En consecuencia, el señor Parra Ortiz, en su condición de miembro de la veeduría ciudadana para el sector Salud, no estaba habilitado para solicitar a la Contraloría General de la República el control fiscal excepcional sobre esa empresa.

Pero además, en virtud de la remisión a la ley 142 de 1994 hecha por el párrafo del artículo 1º de la ley 850 del 2003, respecto de las empresas de servicios públicos

701 Ley 142 de 1994 (julio 11) “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.” Art. 10. “Ámbito de aplicación de la ley. Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de... energía eléctrica...”/ Art. 19. “Régimen Jurídico de las empresas de servicios públicos. Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico:... 19.1. El nombre de la empresa deberá ser seguido por las palabras “empresa de servicios públicos” o de las letras “E.S.P.”.

702 Ley 850/03, Art. 1º: “DEFINICIÓN. Se entiende por Veeduría Ciudadana el mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades, administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público... **PARÁGRAFO.** Cuando se trate de Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, este control se ejercerá de conformidad con lo preceptuado en la Ley 142 de 1994.

703 Cfr. Ley 142/94, Título V REGULACION, CONTROL Y VIGILANCIA DEL ESTADO EN LOS SERVICIOS PUBLICOS, **Capítulo I CONTROL SOCIAL DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS**, Art. 62 (modificado por Art. 10, ley 689/01) y ss.

domiciliarios, el control fiscal excepcional en ENERGUAVIARE no podía ser solicitado por el señor Parra Ortiz como “Veedor Ciudadano de Salud”, y tampoco podía tramitarse con fundamento en el artículo 16 de la mencionada ley 850.

Tratándose de una empresa de servicios públicos domiciliarios, la solicitud es competencia del Comité de Desarrollo y Control Social a que se refieren los artículos 62 y siguientes de la ley 142 de 1994.

Como “la solicitud de la ciudadanía” no fue hecha en los términos del artículo 26 de la ley 42 de 1993 en armonía con el parágrafo del artículo 1º de la ley 850 del 2003, la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva no adquirió competencia para acceder a la solicitud del señor Parra Ortiz.

Menos aún cuando, como en el caso anterior, la decisión no especificó cuenta, operación o proceso sobre el cual se ejercería el control excepcional, sino que se asumió éste respecto de la empresa en su conjunto, lo cual supone el vaciamiento de la competencia de la contraloría territorial.

4. La definición de competencias

La Sala ha sostenido invariablemente que el conflicto de competencias administrativas se instituyó para resolver casos concretos.⁷⁰⁴

“Si bien el artículo 4º de la ley 954 prevé que los conflictos de competencia podrán resolverse a solicitud de persona interesada, autorización que desarrolla el derecho ciudadano a intervenir en la definición de asuntos administrativos, tomando en consideración el interés directo que le pueda asistir y en el hecho de poder eventualmente resultar afectada por la decisión, ello no implica que sea viable obtener de esta manera un pronunciamiento por vía general acerca de las atribuciones de dos o más entidades.

“En efecto, el artículo 4º resulta diáfano al disponer que pueden presentarse dos clases de conflictos entre entidades públicas por razón del ejercicio de competencias administrativas:

“Negativo: *“La entidad que se considere incompetente **remitirá la actuación** a la que estime competente; si esta también se considera incompetente **remitirá la actuación** a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado”*

*“Esta disposición parte del supuesto indispensable de que se está adelantando **una actuación administrativa concreta** respecto de la cual dos o más entidades públicas se consideran incompetentes para conocer de ella.*

“El procedimiento exige, en principio, que se haya iniciado una actuación y que la entidad si se considera incompetente la remita a la que estime competente.

“La entidad que recibe lo actuado, a su vez, se pronuncia acerca de su competencia y la asume de ser procedente. De lo contrario remite la actuación a esta Sala.

“La consecuencia normativa redundante en que sólo las entidades públicas, frente a un caso concreto, pueden plantear el conflicto de competencias administrativas.

704 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, agosto 23 de 2005, solicitud de definición de un presunto conflicto de competencias administrativas, radicación No. 11001030600020050000800. En la transcripción, las negrillas y subrayas son del original. // Cfr. Decisión del 31 de agosto de 2005, Radicación No. 11001031500020050039800.

“Positivo: *‘Si dos entidades administrativas se consideran competentes para conocer y definir un **determinado asunto**, remitirán la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.’*

*“Al igual que acontece en el conflicto negativo, en el positivo, en caso de coincidir la apreciación acerca de la competencia de dos o más entidades públicas, tal como lo exige la norma ‘para conocer y definir un **determinado asunto**’, la ley demanda que **remitan la actuación** a la Sala de Consulta y Servicio Civil.”*

Fundamentada en la interpretación precedente, la Sala se ha abstenido de decidir de fondo cuando la definición de competencias administrativas no recae en un asunto concreto.

Sin embargo, en el presente caso, la Sala declarará que la Contraloría Departamental del Guaviare sigue siendo el organismo de control competente para ejercer el control fiscal en el ESE Hospital de San José del Guaviare, en la ESE Red de Servicios de Primer Nivel de atención de San José del Guaviare o en ENERGUAVIARE ESP S.A.

La razón es, sencillamente, que la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, en los Autos 133 y 134 del 2009 desconoció el mandato constitucional contenido en el artículo 267, inciso tercero, parte final, de la Carta.

Dicho desconocimiento se concreta en el hecho de que las decisiones de la Contraloría Delegada debieron partir de la verificación de los requisitos establecidos en el artículo 4º de la Resolución Orgánica 6069 del 2009, los que a su vez derivan de las leyes 42 de 1993, 142 de 1994 y 850 del 2003.

La Sala, entonces, recomienda a la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, revisar el contenido y el alcance de las peticiones del señor Parra Ortiz así como de los Autos 133 y 134 del 9 de febrero del 2011, para determinar la viabilidad constitucional, legal y reglamentaria de asumir el control fiscal excepcional sobre actuaciones concretas de las entidades a las que se refieren tales peticiones y Autos. De lo anterior se desprende que si la Contraloría considera que de todas formas debe ejercer el control fiscal excepcional, deberá expedir nuevamente la decisión administrativa, en ambos casos con el lleno de los requisitos obligatorios de conformidad con la ley y los reglamentos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil,

RESUELVE:

Primero. DECLARAR que la Contraloría Departamental del Guaviare es la autoridad competente para continuar ejerciendo el control fiscal en la ESE Hospital de San José del Guaviare, en la ESE Red de Servicios de Primer Nivel de Atención de San José del Guaviare y en la Empresa de Energía del Guaviare ESP, S.A., ENERGUAVIARE, ESP S.A., de conformidad con los hechos analizados en el presente expediente.

Segundo. ENVIAR la actuación a la CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL GUAVIARE y COMUNICAR a la CONTRALORÍA DELEGADA PARA INVESTIGACIONES, JUICIOS FISCALES Y JURISDICCIÓN COACTIVA de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, la presente decisión.

Tercero. Reconocer personería a los abogados Daniel González Doctor y Nasly Elizabeth Flórez Cucunubá como apoderados de la Contraloría Departamental del Guaviare y de la Contraloría General de la República, respectivamente, en los términos y para los efectos de los poderes que obran a folios 19 y 206 del expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia se estudio y aprobó en la sesión de la fecha.

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Consejero. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS, Secretaria de la Sala.

2. Oficina de Control Interno Disciplinario de la Gobernación de Boyacá frente a la Procuraduría Regional de Boyacá

Radicado 2011-00021

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Fecha: 14/04/2011

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, adicionada por el artículo 4º de la Ley 954 de 2005, pasa a resolver el conflicto negativo de competencias planteado por la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Gobernación de Boyacá frente a la Procuraduría Regional de Boyacá.

1. Antecedentes

El 24 de septiembre de 2010, el rector de la institución educativa Hatoviejo, Edilberto Fagua Jiménez, radicó en la Oficina de Control Interno de la Gobernación de Boyacá, una queja contra la docente Alba Margoth Benítez de Pineda, por el presunto maltrato físico hacia dos menores pertenecientes a dicha institución.

Mediante providencia del 13 de octubre de 2010, la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Gobernación de Boyacá, remitió por competencia la queja, radicada bajo el número 2010-2703, a la Procuraduría Regional de Boyacá basándose en el pronunciamiento hecho por la Procuraduría General de la Nación en auto de fecha 13 de junio de 2007 comunicado a través del boletín No. 322 de 3 de agosto de 2007, y aclarado mediante concepto del 25 de agosto de 2008 por parte de la Procuradora Auxiliar para Asuntos Disciplinarios María Leonor Rueda.

El 17 de Noviembre de 2010, el Procurador Regional de Boyacá, remitió nuevamente la actuación a la oficina de control disciplinario para que adelantara las diligencias preliminares necesarias para verificar la existencia de la conducta conforme al artículo 150 del Código Disciplinario Único y una vez realizado esto se remitiera tal actuación a dicha Procuraduría Regional para lo de su competencia.

El 16 de febrero del año en curso, la oficina de Control Disciplinario propuso colisión negativa de competencias y ordenó remitir el presente asunto a esta Sala para que se resuelva lo pertinente, bajo las siguientes consideraciones:

Considera la oficina de control interno disciplinario que no tiene competencia “ni siquiera para adelantar diligencias previas consagradas en el artículo 150 del CUD” cuando los hechos objeto de la queja vayan en contra del pudor sexual o por maltrato de menores de edad.

Reitera el boletín 322 de agosto 3 de 2007, que hace referencia a la directriz dada por el Procurador General de la Nación (Auto del 13 de junio de 2007) respecto al tema:

“(...) El jefe del ministerio público solicitó que a partir de la fecha todos los procesos que lleguen a la oficinas de control interno de las alcaldías y gobernaciones deberán ser remitidas de inmediato a la Procuraduría General de la Nación y hace un llamado a los padres de familia y a la comunidad educativa para que denuncien cualquier conducta relacionada con abuso sexual y el maltrato a menores de edad en las Procuradurías Provinciales, Regionales y en la sede principal en Bogotá.”

Al respecto, también cita el concepto emitido por la Procuradora Auxiliar para Asuntos Disciplinarios el 25 de agosto de 2008 aclaratorio del auto del 13 de junio de 2007, en los siguientes términos: “(...) después de dicha fecha en que fue proferido el auto aludido, ninguna oficina de control interno disciplinario, de ninguna entidad y organismo del estado, deberá adelantar investigaciones por las conductas señaladas puesto que la competencia quedó radicada en primera instancia, en las Procuradurías Regionales, dependiendo de la jurisdicción en que los comportamientos sean cometidos contra los menores en el sector educativo y la segunda, en las Procuradurías Delegadas de este organismo de control...”.

2. Actuación procesal

Entre el 18 y el 23 de marzo del año en curso, el Conflicto de la referencia permaneció fijado en lista en la Secretaría de esta Corporación, con el fin de que las partes y las personas con interés en el asunto presentaran sus alegatos, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 33 del Código Contencioso Administrativo.

Durante este término, intervino la Procuraduría Regional de Boyacá solicitando que no se tenga en cuenta el conflicto planteado por la oficina de control interno disciplinario, atendiendo a que, es a esa última entidad a la que le corresponde ejercer, aunque no tenga competencia para tomar decisiones de fondo, la etapa de indagación preliminar con el fin de “efectivizar la función disciplinaria” conforme a la ley 734 de 2002, realizando las labores establecidas en el artículo 150 del Código Único Disciplinario⁷⁰⁵, para posteriormente remitirlo a la Procuraduría para que ejerza la competencia que tiene en el asunto.

Aduce la procuraduría que tal etapa de indagación preliminar busca garantizar los derechos de la persona en contra de quien se dirige la investigación, y que la oficina de control interno disciplinario puede estar contraviniendo garantías constitucionales como las contempladas en el artículo 21 y 29 de la Constitución Política⁷⁰⁶, al dar “credibilidad a las denuncias” sin hacer previamente otras indagaciones preliminares.

⁷⁰⁵ “ARTÍCULO 150. PROCEDENCIA, FINES Y TRÁMITE DE LA INDAGACIÓN PRELIMINAR. En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar.

La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad...”.

⁷⁰⁶ Referentes a la honra y el debido proceso.

Argumenta también que con fundamento en el deber que tiene todo servidor público de poner todos los esfuerzos para optimizar la función administrativa, las oficinas de control disciplinario y las personerías municipales no deben limitarse a ser receptoras de quejas sino que deben adelantar los trámites que su competencia les permite asumir para garantizar la eficiencia de la labor de la Procuraduría.

Finalmente, enfatiza en que la indicación que da la Procuraduría es clara, al establecer que las oficinas de control interno disciplinario no podrán adelantar la investigación disciplinaria pero sí asumir la etapa averiguatoria con el fin de “apoyar y complementar” su labor.

3. CONSIDERACIONES:

Competencia de la Sala

De conformidad con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 4º de la ley 954 de 2005, la Sala es competente para conocer de la presente actuación por tratarse de un conflicto de competencias referente al ejercicio de funciones administrativas, suscitado entre dos entidades o autoridades públicas del orden nacional o por lo menos una del orden nacional, como es en este caso la PROCURADURÍA REGIONAL DE BOYACÁ, dado que esta es una oficina desconcentrada de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, mientras que la otra es del orden departamental por cuanto la OFICINA ASESORA DE CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO DE LA GOBERNACIÓN DE BOYACÁ pertenece al Departamento de BOYACÁ y hace parte de la estructura administrativa de ese departamento.

Análisis del conflicto planteado

La controversia jurídica materia del conflicto de competencias administrativas en referencia radica en determinar si compete a la OFICINA ASESORA DE CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO DE LA GOBERNACIÓN DE BOYACÁ o a la PROCURADURÍA REGIONAL DE BOYACÁ conocer de una queja en un asunto relacionado con abuso sexual y maltrato a menores, teniendo en cuenta que para el conocimiento de casos de esta específica naturaleza la Procuraduría General de la Nación ha decidido ejercer el PODER PREFERENTE.

Como bien se sabe, dicho PODER PREFERENTE desplaza, de manera inmediata y absoluta, en el conocimiento de la actuación, a otros organismos o autoridades, y no cabe por tanto que en tales circunstancias la autoridad desplazada conserve competencia en forma parcial para adelantar la respectiva actuación disciplinaria. En efecto, sobre esta materia el Consejo de Estado ha puntualizado⁷⁰⁷:

“... Sobre el control jurisdiccional de la función disciplinaria. En materia disciplinaria, la Constitución Política consagró un poder preferente a favor de la Procuraduría General de la Nación, por lo que a esta institución le corresponde, porque así lo dispuso el constituyente, ejercer de modo general la actividad correccional de los funcionarios del Estado. Este poder preferente implica, como es sabido, que

707 Sentencia del 3 de septiembre de 2009. Radicación No. 11001-03-25-000-2005-000113-00 (4980-05), M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

*la Procuraduría General de la Nación **desplaza** a los demás órganos internos de las instituciones del Estado que puedan ejercer actividad disciplinaria. La atribución del poder disciplinario a la Procuraduría General de la Nación, garantiza la imparcialidad en el juzgamiento, pues esa autoridad, a quien la Constitución confió esa tarea, es ajena a los actos que originan la investigación, posición que garantiza su absoluta neutralidad. ...". (Resalta la sala)*

Sobre este particular la Sala, mediante providencia de 25 de febrero de 2010, en un conflicto de competencias administrativas⁷⁰⁸ de idénticas características, determinó que éste había que entenderse resuelto con la expedición del Auto de 13 de junio de 2007 proferido por el Procurador General de la Nación, respecto de las investigaciones por conductas relacionadas con abuso sexual y maltrato por parte de los docentes. En efecto, en esa ocasión la Sala estableció que:

"(...)

Revisando el caso concreto la Sala encuentra que el Procurador General de la Nación expidió el auto del 13 de junio de 2007, mediante el cual en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales dispuso "Ejercer el poder preferente en todas las investigaciones que se encuentren en curso o deban iniciarse por conductas relacionadas con el abuso sexual y el maltrato por parte de los docentes".

Asignar el conocimiento de tales ACTUACIONES a las Procuradurías Regionales, dependencias que, conforme a su jurisdicción, deberán agotar en todos los casos la primera instancia de los procesos que haya lugar. La segunda instancia se cumplirá por las Procuradurías Delegadas (...)".

*Al respecto el Procurador General de la Nación mediante memorial radicado ante este despacho el 17 de Febrero de 2010, señaló que "las instrucciones impartidas a los Procuradores Regionales **en el auto del 13 de junio de 2007 se mantienen incólumes y son de obligatorio cumplimiento.***

Como puede observarse el conflicto de competencias administrativas se dirime con la expedición de dicho auto por el cual el Procurador General de la Nación le atribuye la competencia para conocer de la queja objeto del presente conflicto a las Procuradurías Regionales". (Resalta la Sala)

En atención a las razones expuestas la Sala considera que está claramente determinada la competencia en cabeza de la PROCURADURÍA REGIONAL DE BOYACÁ respecto de investigaciones disciplinarias que se encuentren en curso o deban iniciarse por conductas relacionadas con el abuso sexual y el maltrato por parte de los docentes.

De conformidad con lo anteriormente señalado se remitirá el proceso a la PROCURADURÍA REGIONAL DE BOYACÁ para lo de su competencia.

Por lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR competente a la Procuraduría Regional de Boyacá para conocer y tramitar la queja elevada contra la señora ALBA MARGOTH BENÍTEZ DE PINEDA, docente de la institución educativa Hatoviejo - Boyacá.

708 Auto del 25 de febrero de 2010. Radicación No. 11001-03-06-000-2010-00014-00, M.P. Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

SEGUNDO: REMITIR el expediente a la Procuraduría Regional de Boyacá para lo de su cargo.

TERCERO: COMUNICAR la presente decisión a la Procuraduría Regional de Boyacá y a la Gobernación de Boyacá – Oficina de Control Interno Disciplinario.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, Presidente de la Sala.. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala.

3. Superintendencia de Industria y Comercio frente a la Comisión Nacional de Televisión

Radicado 11001-00026

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Fecha: 07/07/2011

Procede la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado a definir el conflicto de competencias administrativas presentado por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) frente a la Comisión Nacional de Televisión, en orden a determinar la autoridad competente para conocer e iniciar las correspondientes actuaciones administrativas relativas al presunto incumplimiento de las condiciones impuestas a las sociedades TELMEX HOGAR S.A. (hoy TELMEX COLOMBIA S.A.) y TELEDINAMICA S.A, por la Comisión Nacional de Televisión al permitir su integración mediante Resolución No. 1071 del 4 de septiembre de 2008.

1. Antecedentes

1. En comunicación del 11 de septiembre de 2007, las sociedades TELMEX HOGAR S.A. (hoy TELMEX COLOMBIA S.A.) y TELEDINAMICA S.A, informaron a la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) el proceso de integración que proyectaban realizar conforme a lo dispuesto en la ley 155 de 1959 y la Circular 20 de 2004 expedida por la misma Comisión. Éste organismo resolvió, en Resolución No. 1071 del 04 de septiembre de 2008 (Anexos, Fls. 3 a 9), no objetar la solicitud pero sujetó al cumplimiento de unos condicionamientos (Anexos, folios 7 y 8), entre los cuales está:

“TELMEX HOGAR S.A., una vez integre el mercado de TELEDINAMICA S.A. por el término de dos años contados a partir de la fecha en que se haga efectiva la operación de integración: (...) No podrá pactar ni hacer efectivas las cláusulas de permanencia mínima ni de prórroga automática en los contratos con los suscriptores, lo cual deberá acreditar en cada informe trimestral de cumplimiento de los presentes condicionamientos”.

2. El 25 de febrero de 2010, la señora Lyda Esperanza Zetina Molano presentó una queja⁷⁰⁹ ante la Comisión Nacional de Televisión, en la cual manifestó su inconformidad

709 Oficio de referencia No. 2010370003888-2 del 25 de febrero de 2010.

por el cobro injustificado de la cláusula de permanencia por el servicio de televisión que había suscrito con TELMEX. (Anexos, folio 12)

El Grupo de Protección al Usuario de la Comisión Nacional de Televisión, en oficio No. 20102800083461 del 26 de febrero de 2010, le informó a la señora Zetina Molano que enviaría su queja a TELMEX COLOMBIA S.A, para que la resolviera.(Anexos, folio 14)

II. En escrito de fecha 19 de marzo de 2010 la sociedad TELMEX respondió la queja presentada a la Comisión Nacional de Televisión el 25 de febrero de 2010, informando a la señora Zetina Molano que, revisada su cuenta de suscripción se realizaron los ajustes necesarios de los valores facturados y se canceló definitivamente el servicio. (Anexos, folio 15)

3. El mismo Grupo de Protección al Usuario trasladó la queja de la señora Zetina a la Oficina de Regulación de la Competencia de la Comisión Nacional de Televisión, mediante oficio No. 20102800024973, con el fin de verificar si con esa conducta el operador TELMEX estaba incumpliendo los condicionamientos establecidos en la resolución NO. 1071 de 04 de septiembre de 2004⁷¹⁰. (Anexos, folio 11)

III. Además del anterior oficio, el Grupo de Protección al Usuario, a través de los memorandos Nos. 20102800039403 del 6 de abril de 2010 (Anexos, folio 160), 20102800047173 del 21 de abril de 2010 (Anexos, folio 216) y 20102800049153 del 26 de abril de 2010 (Anexos, folio 16), expuso a la Oficina de Regulación de la Competencia la posición de TELMEX frente a las quejas presentadas por sus usuarios, en el sentido de que el condicionamiento sobre la cláusula de permanencia (Anexos, folio 8) sólo estaba dirigido a los suscriptores en la región donde habría operado la sociedad TELEDINAMICA; y adjunto a dichos memorandos las mencionadas quejas recibidas de los usuarios.

4. Por otra parte, la Oficina de Regulación de la Competencia de la CNTV, en comunicación del 28 de enero de 2011 (Anexos, folio 1) remitió a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), Grupo de Protección a la Competencia, el informe de incumplimiento a los condicionamientos impuestos por la CNTV a las sociedades TELMEX HOGAR S.A. (TELMEX COLOMBIA S.A.) y TELEDINAMICA S.A, considerando que conforme a lo establecido en la ley 1340 de 2009, era la Superintendencia la autoridad competente para adelantar la correspondiente indagación sobre dichos incumplimientos.
5. Recibido el comunicado del 28 de enero de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio por medio de oficio No. 11-106241-0 del 8 de febrero de 2011 (Anexos, folio 350), declaró su incompetencia para conocer del asunto, y se sustentó en el artículo 33 de la ley 1340 de 2009, inciso tercero, que dispuso *“...Las informaciones sobre proyectos de integración empresarial presentadas ante otras autoridades antes de finalizar el mismo término, serán tramitadas por la autoridad ante la que se radicó la solicitud. Con todo, antes de proferir la decisión, la autoridad respectiva oír el concepto del Superintendente de Industria y Comercio”*.

710 La Comisión Nacional de Televisión ya se había pronunciado respecto de aplicación de la resolución 1071 de 2008, cuando mediante memorando 20092500075373 del 22 de julio de 2009, estableció la fecha en que se hizo efectiva la operación de integración, el término de duración de los condicionamientos, y el ámbito geográfico de aplicación de los condicionamientos.

- Debido a la negativa de las dos entidades para iniciar la actuación administrativa correspondiente, la Superintendencia de Industria y Comercio solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que dirima el conflicto negativo de competencias, en orden a establecer la autoridad competente para conocer e iniciar la investigación por el incumplimiento de los condicionamientos establecidos en la resolución 1071 de 2009 a las sociedades TELMEX HOGAR S.A. (hoy TELMEX COLOMBIA S.A.) y TELEDINAMICA S.A., e imponer las sanciones correspondientes.

2. Actuación procesal

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado recibió el expediente; una vez repartido al magistrado ponente, por Secretaría se fijó en lista por tres días con el fin de que las partes involucradas en el conflicto y los terceros interesados presentaran sus alegatos o consideraciones, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 33 del Código Contencioso Administrativo. Como obra en la constancia secretarial (folio 14 del expediente), también se informó a la Superintendencia de Industria y Comercio, a la Comisión Nacional de Televisión y a Telmex Colombia S.A, de la *“presentación del conflicto de referencia, con el fin de que intervengan dentro del término de fijación en lista”*.

Con la Radicación No. 20113400085741 del 28 de abril de 2011, la Comisión Nacional de Televisión presentó alegatos conclusión en los cuales consideró que si bien de conformidad con el artículo 5º de la ley 182 de 1995⁷¹¹ corresponde a dicha entidad ejercer la inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión, para lo cual, entre otras facultades, puede imponer sanciones a los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión, también es cierto que la ley 1340 del 24 de Julio de 2009 “estableció la normatividad de protección a la competencia adecuándola a las condiciones actuales de los mercados”, y respecto de la autoridad competente para asumir las investigaciones administrativas y verificar el estricto cumplimiento de las normas de protección de la competencia, la misma ley 1340 de 2009, asignó esta función a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Argumenta adicionalmente, que por mandato legal, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene competencia especial para adelantar las investigaciones administrativas en materia de régimen de competencia, la cual debe primar frente a la competencia de la Comisión Nacional de Televisión conforme lo estableció la ley 1340 de 2009, pues al ser esta norma especial y posterior debe ser aplicada.

711 Ley 182 de 1995, artículo 5. FUNCIONES: (...) literales b) *“Adelantar las actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión. Para estos efectos, podrá iniciar investigaciones y ordenar visitas a las instalaciones de los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión; exigir la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, sin que le sea oponible la reserva o inviolabilidad de los mismos; e imponer las sanciones a que haya lugar”*; y d) *“Investigar y sancionar a los operadores, concesionarios de espacios y contratistas de televisión por violación del régimen de protección de la competencia, el pluralismo informativo y del régimen para evitar las prácticas monopolísticas previsto en la Constitución y en la presente y en otras leyes, o por incurrir en prácticas, actividades o arreglos que sean contrarios a la libre y leal competencia y a la igualdad de oportunidades entre aquéllos, o que tiendan a la concentración de la propiedad o del poder informativo en los servicios de televisión, o a la formación indebida de una posición dominante en el mercado, o que constituyan una especie de práctica monopolística en el uso del espectro electromagnético y en la prestación del servicio”*.

3. Competencia

La Sala es competente para conocer de la presente actuación por tratarse de un conflicto de competencias entre dos entidades administrativas del orden nacional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 4º de la Ley 954 de 2005.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Con la expedición de la ley 182 de 1995 se reglamentó el servicio de televisión, se formularon políticas para su desarrollo y se creó la Comisión Nacional de Televisión que tiene por objeto, según lo señalado en el artículo 4 de la ley en comento, el siguiente:

Artículo 4. "OBJETO. Corresponde a la Comisión Nacional de Televisión ejercer, en representación del Estado la titularidad y reserva del servicio público de televisión, dirigir la política de televisión, desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado en relación con el servicio público de televisión de acuerdo a lo que determine la ley; regular el servicio de televisión, e intervenir, gestionar y controlar el uso del espectro electromagnético utilizado para la prestación de dicho servicio, con el fin de garantizar el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio, y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, en los términos de la Constitución y la ley".

En desarrollo de lo anterior, el artículo 5 de la ley 182 de 1995, estableció las funciones de la Comisión Nacional de Televisión, entre las cuales se destaca, para el interés del caso, la prevista en el literal d) que expresa lo siguiente:

Artículo 5. "FUNCIONES. En desarrollo de su objeto, corresponde a la Comisión Nacional de Televisión:

d) Investigar y sancionar a los operadores, concesionarios de espacios y contratistas de televisión por violación del régimen de protección de la competencia..." (...)

Sin embargo, esta función de la Comisión Nacional de Televisión debe entenderse modificada por la ley 1340 de 2009, por las siguientes razones:

El artículo 1º de la ley 1340 de 2009, estableció que su objeto es "actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional". Y su ámbito de aplicación sobre normas de protección de la competencia abarca todo lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales.⁷¹²

En cuanto a la normatividad aplicable en el régimen de protección a la competencia, el artículo 4º de la ley en comento señaló:

⁷¹² Ley 1340 de 2009, artículo 2. "ÁMBITO DE LA LEY. Adiciónase el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 con un segundo inciso del siguiente tenor: Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico".

Artículo 4. "NORMATIVIDAD APLICABLE. La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicione, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas. En caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico".

Con relación a la autoridad competente para conocer de las prácticas restrictivas de la competencia y demás temas relacionados, los artículos 6 y 13 de la ley 1340 de 2009, señalaron:

Artículo 6. "AUTORIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

PARÁGRAFO. Para el cumplimiento de este objetivo las entidades gubernamentales encargadas de la regulación y del control y vigilancia sobre todos los sectores y actividades económicas prestarán el apoyo técnico que les sea requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio".

Artículo 13. "ORDEN DE REVERSIÓN DE UNA OPERACIÓN DE INTEGRACIÓN EMPRESARIAL. Sin perjuicio de la imposición de las sanciones procedentes por violación de las normas sobre protección de la competencia, la autoridad de protección de la competencia podrá, previa la correspondiente investigación, determinar la procedencia de ordenar la reversión de una operación de integración empresarial cuando esta no fue informada o se realizó antes de cumplido el término que tenía la Superintendencia de Industria y Comercio para pronunciarse, si se determina que la operación así realizada comportaba una indebida restricción a la libre competencia, o cuando la operación había sido objetada o cuando se incumplan las condiciones bajo las cuales se autorizó.

En tal virtud, si de la investigación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio se desprende la procedencia de ordenar la reversión de la operación, se procederá a su correspondiente reversión".

Así mismo, la ley 1340 de 2009 modificó parcialmente el régimen sancionatorio⁷¹³ previsto para el incumplimiento de disposiciones en materia de competencia, que se encuentra establecido en el Título V de la misma ley 1340, señalando en el inciso primero del artículo 25, que la sanción se puede imponer "por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías" (...).

De las disposiciones citadas se evidencia que el legislador estableció una única autoridad para conocer de las investigaciones administrativas relacionadas con posibles incumplimientos de las condiciones impuestas para autorizar operaciones de integración empresarial, que es la Superintendencia de Industria y Comercio; y también asignó a esa única autoridad la decisión de reversar la operación de integración empresarial si se demuestran tales incumplimientos⁷¹⁴.

713 El numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la ley 1340 de 1995.

714 La Corte Constitucional declaró exequible el art. 13 de la ley 1340 de 2009 en sentencia C-228-10.

Adicionalmente, la ley 1340 de 2009 también consagró un régimen de transición en los siguientes términos:

Artículo 33. “TRANSITORIO. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. Las autoridades de vigilancia y control a las que excepcionalmente la ley haya atribuido facultades específicas en materia de prácticas restrictivas de la competencia y/o control previo de integraciones empresariales, continuarán ejerciendo tales facultades durante los seis (6) meses siguientes a la vigencia de esta ley, de conformidad con los incisos siguientes.

Las investigaciones que al finalizar el término establecido en el inciso anterior se encuentren en curso en materia de prácticas restrictivas de la competencia continuarán siendo tramitadas por dichas autoridades. Las demás quejas e investigaciones preliminares en materia de prácticas restrictivas de la competencia deberán ser trasladadas a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Las informaciones sobre proyectos de integración empresarial presentadas ante otras autoridades antes de finalizar el mismo término, serán tramitadas por la autoridad ante la que se radicó la solicitud. Con todo, antes de proferir la decisión, la autoridad respectiva oirá el concepto del Superintendente de Industria y Comercio”.

Para el caso que nos ocupa, interesa destacar que la norma transcrita hace referencia expresa al “control previo de integraciones empresariales” para establecer un plazo de 6 meses contados a partir de la vigencia de la ley 1340, dentro el cual las autoridades que tenían la competencia para ejercerlo, continuarían con ésta; y vencido ese término, continuarían conociendo de las solicitudes recibidas durante el mismo. Es decir que, como la ley 1340 de 2009 entró en vigencia el día 24 de julio de 2009⁷¹⁵, el plazo de los seis (6) meses venció el 24 de enero de 2010. Entonces, como regla general, a partir del 25 de enero de 2010 la Superintendencia de Industria y Comercio asumió la competencia, tanto para las prácticas restrictivas de la competencia como para conocer de las solicitudes de las integraciones empresariales.

Dado que el régimen de transición no incluyó términos adicionales relacionados con eventuales ordenes de reversión de operaciones de integración empresarial, debe entenderse que la competencia asignada por el artículo 13 de la misma ley 1340, a “la autoridad de protección de la competencia”, entró a regir a partir del 24 de julio de 2009, lo que significa que desde esta última fecha la Superintendencia de Industria y Comercio debe conocer de las investigaciones administrativas que puedan generarse por razón de eventuales incumplimientos de las condiciones bajo las cuales se hayan autorizado operaciones de integración.

Agrega la Sala que la verificación del cumplimiento de dichas condiciones es un control posterior a la decisión de autorizar una integración y por consiguiente, no puede entenderse incluido en el régimen de transición consagrado en el artículo 33 de la ley 1340 de 2009, puesto que éste expresamente hace referencia al “control previo”.

En virtud de lo anteriormente expuesto, pasa la Sala a estudiar el caso concreto.

5. Caso Concreto

Conforme a los antecedentes expuestos en la solicitud, el conflicto negativo de competencias se plantea entre la Comisión Nacional de Televisión y la Superintendencia de Industria y Comercio, “para determinar la autoridad competente para conocer e iniciar

⁷¹⁵ Ley 1340 de 2009, artículo 34. “Vigencia. Esta ley rige a partir de su publicación y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias”. Ésta ley fue publicada en Diario Oficial No. 47.420 de 24 de julio de 2009.

las actuaciones administrativas relativas al presunto incumplimiento de las condiciones impuestas a las sociedades TELMEX HOGAR S.A. (hoy TELMEX COLOMBIA S.A.) y TELE-DINAMICA S.A., mediante la Resolución No. 1071 del 4 de septiembre de 2008 de la Comisión Nacional de Televisión”.

Dicho “presunto incumplimiento”, de acuerdo con los documentos recibidos, derivaría de las quejas enviadas a la Superintendencia de Industria y Comercio por la Oficina de Regulación de la Competencia de la Comisión Nacional de Televisión, a partir de la queja presentado por la señor Zetina Molano, el 25 de febrero de 2010, y de los memorandos adicionales Nos. 20102800039403 del 6 de abril de 2010, 20102800047173 del 21 de abril de 2010 y 20102800049153 del 26 de abril de 2010.

La Superintendencia consideró que su falta de competencia para conocer del asunto está sustentada en el inciso 3º del artículo 33 de la ley 1340 de 2009, y manifestó que la autorización de integración es una actuación administrativa y el seguimiento de los condicionamientos hace parte de la ejecución material de la decisión; por lo tanto, en su criterio, se trata de “ACTUACIONES administrativas (que) adquieren la naturaleza de operaciones administrativas. Mas no la de un trámite adicional.”

Sobre lo anteriormente expuesto por la Superintendencia de Industria y Comercio, la Sala estima necesario hacer las siguientes anotaciones:

Primero. El inciso 3 del artículo 33 de la ley 1340 de 2009, hace referencia a informes de proyectos de integración empresarial, que en la normatividad corresponden al “control previo” de esas integraciones; pero además, en este caso, la integración de las sociedades TELMEX HOGAR S.A. y TELEDINAMICA S.A., fue resuelta en la resolución 1071 de 2008, es decir ya no es un proyecto sino una decisión administrativa en firme, que adicionalmente se resolvió mucho antes de la ley 1340 de 2009.

Segundo. En cuanto al concepto de operación administrativa, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la ha entendido como “los hechos o actos materiales de ejecución de un acto o decisión administrativa”. Así mismo, en sentencia de 22 de abril de 2004⁷¹⁶ se dijo que “la operación administrativa es la actividad material de una entidad pública o persona privada en ejercicio de funciones administrativas, que tiene por objeto la ejecución de los actos administrativos; hacer efectivo su cumplimiento”.

Por otra parte, la doctrina ha considerado las operaciones administrativas, como toda actuación de la administración constituida por una decisión (acto administrativo), seguida de su inmediata ejecución material, en tal forma que constituyen en conjunto una sola actuación de la administración⁷¹⁷.

Bajo los anteriores supuestos la Sala concluye que, de conformidad con los artículos 11 y 13 de la ley 1340 de 2009, la verificación del cumplimiento de las condiciones a las que se somete una operación de integración empresarial se regula como un procedimiento sancionatorio especial que configura un control posterior de la integración. En consecuencia, dicho trámite no puede ser asimilado a una operación administrativa.

716 Sentencia de 22 de abril de 2004, Rad. 5743, Sección Primera, Consejero Ponente Dr. Camilo Arciniégas Andrade.

717 Rodríguez Rodríguez, Libardo, *Derecho Administrativo General y colombiano*. Editorial Temis, décima edición.

En el caso objeto de estudio, tratándose de un control posterior, para la Sala es claro que a partir del 24 de julio del 2009, fecha de entrada en vigencia de la ley 1340 del mismo año, los hechos que puedan indicar incumplimiento de las condiciones bajo las cuales se autorizó una operación de integración empresarial, deben ser conocidos por la Superintendencia de Industria y Comercio porque ella es la autoridad competente para determinar cuándo se incumplen dichas condiciones, de acuerdo con el artículo 13 de la ley 1340 en armonía con el artículo 6 de la misma ley.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLÁRASE competente a la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer e iniciar las ACTUACIONES administrativas relativas al presunto incumplimiento de los condicionamientos establecidos en la resolución 1071 de 2008, a las sociedades TELMEX HOGAR S.A. (hoy TELMEX COLOMBIA S.A.) y TELEDINAMICA S.A.

SEGUNDO: ENVIAR la actuación a la Superintendencia de Industria y Comercio para lo de su competencia.

TERCERO: COMUNÍQUESE esta decisión a la Comisión Nacional de Televisión y a Telmex Colombia S.A.

CUARTO: Reconocer personería a los abogados Ramón Francisco Cárdenas Ramírez y Miguel Ángel Celis Peñaranda como apoderados de la Superintendencia de Industria y Comercio y de la Comisión Nacional de Televisión, respectivamente, en los términos y para los efectos de los poderes que obran a folios 9 y 29 del expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Consejero. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS, Secretaria de la Sala.

4. Departamento de Cundinamarca a través del señor Gobernador frente a la Superintendencia de Notariado y Registro a través de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y Secretaria Técnica del Consejo Superior de la Carrera Notarial.

Radicado 2011-0034

Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra

Fecha: 21/09/2011

Define la Sala el presunto conflicto de competencias administrativas de carácter **positivo**, que plantea el Departamento de Cundinamarca a través del señor Gobernador frente a la Superintendencia de Notariado y Registro, consistente en un enfrentamiento de tesis jurídicas acerca de si la doctora María Jacqueline Roza Jiménez, Notaria Única en propiedad del municipio de Junín (Cundinamarca), tiene o no el derecho preferencial de que

trata el artículo 178-3 del Estatuto Notarial, a ser nombrada como Notaria en propiedad del municipio de El Colegio (Cundinamarca).

1. Solicitud de trámite del presunto conflicto

Mediante comunicación No. SJ/DCEJ. 207 del 15 de junio de 2011, el doctor Andrés González Díaz, Gobernador del Departamento de Cundinamarca, solicitó a esta Sala “dirimir el conflicto de competencias administrativas, de carácter positivo que se plantea, entre la posición jurídica que sostiene el Departamento de Cundinamarca, y la que en su caso, contesta la Superintendencia de Notariado y Registro – Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y Secretaria Técnica del Consejo Superior de la Carrera Notarial” (folios 15 y 16).

2. Antecedentes

Los antecedentes de esta actuación son, en síntesis, los siguientes:

1. El Gobierno nacional, mediante el decreto 2741 de 30 de julio de 2010, creó el Círculo Notarial de El Colegio en el Departamento de Cundinamarca (art. 2º) y la Notaría Única de tercera categoría en dicho Círculo, en cuya cabecera se debe localizar la Notaría (art. 3º), quedando a cargo de la Superintendencia de Notariado y Registro la determinación de la sede específica (art. 4º), de conformidad con el artículo 157 del decreto ley 960 de 1970, Estatuto Notarial, modificado por el artículo 44 del decreto ley 2163 de 1970.
2. La doctora María Jacqueline Roza Jiménez fue designada, luego del concurso respectivo, como Notaria Única en propiedad del municipio de Junín, Cundinamarca, por medio del decreto departamental 222 del 9 de octubre de 2008, confirmada en el cargo por la resolución administrativa No. 675 del 13 de noviembre de 2008 y posesionada según consta en el acta No. 8 del 14 de noviembre de 2008 (folios 2 y 104).
3. La doctora María Jacqueline Roza Jiménez, Notaria de Junín, en comunicación de 11 de agosto de 2010, dirigida al Gobernador de Cundinamarca, le manifestó:

“... de conformidad con el derecho de preferencia que tenemos los notarios en propiedad, al tenor del artículo 178 numeral 3º del Decreto 960 de 1970, con todo respeto me permito solicitar al señor Gobernador se me traslade de la Notaría Única de Junín, Cundinamarca, para la Notaría Única del Círculo de El Colegio (Mesitas del Colegio)” (folios 2 y 104).

4. La doctora Carlina Gómez Durán, Jefe (E.) de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro y Secretaria Técnica (E.) del Consejo Superior de la Carrera Notarial, mediante la carta OAJ2033 SNR2010EE33491 del 31 de agosto de 2010 (folios 2, 3, 102 y 103), le remitió al Gobernador de Cundinamarca la mencionada solicitud de traslado de la Dra. Roza Jiménez e indicó que esta, con base en el derecho de preferencia establecido por el artículo 178-3 del Estatuto Notarial y lo dispuesto sobre aplicación de dicha norma por el Consejo Superior de la Carrera Notarial en sesión del 24 de marzo de 2010, “tiene derecho a ser designada en ella (la Notaría Única de El Colegio) que se encuentra vacante dada su reciente creación”.
5. En respuesta a la carta anterior, el doctor Ricardo Correal Morillo, Director de Conceptos y Estudios Jurídicos de la Secretaría Jurídica de la Gobernación de Cundinamarca,

en oficio JD/CEJ 619 de 21 de octubre de 2010 (folios 3 a 8 y 93 a 101), manifestó que el asunto obedecía a la órbita exclusiva de la competencia del Gobernador como nominador de los cargos de notarios de segunda y tercera categorías adscritos al territorio del departamento, que el Gobernador tenía la facultad de nombrar en interinidad a una persona en la Notaría de El Colegio mientras se realizaba por el Consejo Superior de la Carrera Notarial el respectivo concurso para el nombramiento en propiedad, y que el derecho de preferencia no era aplicable pues “éste se concreta en notarías vigentes en el momento de presentarse aspirantes a diferentes plazas” y “no se contempla como vacancia la creación de un nuevo cargo, como es el que se refiere al de Notario para una plaza nueva”.

6. La doctora Carlina Gómez Durán respondió el oficio precedente, mediante comunicación OAJ-3458 de 7 de octubre de 2010 (folios 8 y 9 y 87 a 92), para señalar que la Secretaría Técnica del Consejo Superior de la Carrera Notarial no desconocía la competencia del Gobernador de Cundinamarca para designar notarios de segunda y tercera categorías en el Departamento, pero insistió en la aplicación del derecho de preferencia a este caso.
7. Posteriormente se suceden diversas comunicaciones (folios 9 y 10) entre la Superintendencia de Notariado y Registro y la Gobernación de Cundinamarca acerca de dos temas colaterales al asunto tratado: la posibilidad de designar como Notaria de El Colegio a la señora Libia Mireya Osorio Patiño, Notaria de Puerto Asís (Putumayo) en interinidad, y el Acuerdo No. 11 de 2 de diciembre de 2010, mediante el cual el Consejo Superior de la Carrera Notarial convocó a concurso público y abierto para el nombramiento en propiedad e ingreso a la carrera notarial de personas en 157 notarías, entre las cuales se encuentra la de Junín (Cundinamarca).
8. El Gobernador de Cundinamarca, en carta 107 de 28 de marzo de 2011, le dijo al Superintendente de Notariado y Registro que la Notaría Única de El Colegio “no ha sido implementada y no ha entrado en funcionamiento”, que se debiera incluir en el próximo concurso y que la Notaría de Junín “fue objeto de convocatoria a concurso público y se encuentra ocupada por Notaria en propiedad (se refiere a la doctora María Jacqueline Rozo Jiménez), por lo cual no se presentan los presupuestos fácticos para que respecto a la misma se haya convocado a concurso”. (folio 45)
9. La doctora María Jacqueline Rozo Jiménez, en comunicación de 2 de febrero de 2011 (folios 60 a 62), insistió ante el Gobernador de Cundinamarca para que la nombrara como Notaria en propiedad de El Colegio, teniendo en cuenta que la carrera notarial le otorga el derecho de preferencia a ser designada en otra Notaría del Departamento.
10. La doctora María Jacqueline Rozo Jiménez presentó la acción de tutela No. 20110019000 ante el Juez Penal del Circuito de Gachetá y este, en fallo de 12 de abril de 2011, amparó el derecho de petición de la doctora Rozo Jiménez y ordenó a la Gobernación de Cundinamarca darle respuesta de fondo a sus peticiones del 12 de agosto de 2010 y 2 de febrero de 2011. (folios 46 a 59)
11. El doctor Álvaro Bernal Parra, Secretario de Gobierno de Cundinamarca, por medio del oficio S.G. 000540 de 19 de abril de 2011 (folios 30 a 34), dio respuesta a los

derechos de petición de la doctora Rozo Jiménez para decirle, en síntesis, que no la amparaba el mencionado derecho de preferencia porque no se cumplía el requisito de que el cargo al cual se quería trasladar estuviera vacante. Según su punto de vista, la Notaría de El Colegio no se encontraba vacante pues la creación de una notaría no estaba dentro de las siete circunstancias de falta absoluta del notario contempladas en el artículo 71 del decreto reglamentario 2148 de 1983, a saber: muerte, renuncia aceptada, destitución del cargo, retiro forzoso, declaratoria de abandono del cargo, ejercicio de cargo público no autorizado por la ley y supresión de la notaría, y que en dicha Notaría se debía hacer el nombramiento en interinidad mientras se efectuaba el nombramiento en propiedad como resultado de un concurso público y abierto.

12. El 15 de junio de 2011 el Gobernador de Cundinamarca sometió al conocimiento de esta Sala lo que, conforme a los precedentes expuestos, percibió como un conflicto de competencias administrativas. (folios 1 a 23)
13. En respuesta al auto de decreto de pruebas para mejor proveer, dictado por el Consejero Ponente el 12 de julio de 2011, se obtuvieron las siguientes informaciones:
 - a. El doctor Ricardo Correal Morillo, Director de Conceptos y Estudios Jurídicos de la Secretaría Jurídica de Cundinamarca, mediante oficio JD/CEJ de 18 de julio de 2011 (folios 154 y 155), remitió fotocopia de tres documentos que ya habían sido aportados con la solicitud de solución del presunto conflicto de competencias. Con ellos no se comprueba que la Superintendencia de Notariado y Registro hubiera trasladado a la doctora Rozo Jiménez de la Notaría de Junín a la de El Colegio desconociendo la facultad de nominación del Gobernador, según afirma uno de tales documentos, el oficio SG/D.A.M. de 13 de abril de 2011 del doctor Hermógenes López Poveda, Director de Asuntos Municipales de la Secretaría de Gobierno del Departamento de Cundinamarca (folios 28, 29, 158 y 159).
 - b. La Sección Cuarta del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante oficio H.26A.-(H) de 14 de julio de 2011 (folio 132), remitió copia del fallo de 3 de diciembre de 2009 dictado respecto de la acción de tutela promovida por la señora Libia Mireya Osorio Patiño, Notaria de Puerto Asís (Putumayo) contra la Presidencia de la República y otros. En dicho fallo se ampararon los derechos a la vida y a la integridad personal de la mencionada señora y su núcleo familiar pero no se decidió nada sobre su traslado a otra notaría por cuanto se consideró “que el cargo que ocupa la accionante no tiene relación directa con la Presidencia de la República en el entendido en que su nombramiento fue efectuado por el Gobernador respectivo, de manera que las decisiones respecto del traslado de la accionante a otro circuito (sic) notarial deben (sic) adoptarse este”. (folios 151 y 152)
 - c. La doctora María Victoria Álvarez Builes, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro y Secretaria Técnica del Consejo Superior de la Carrera Notarial, mediante oficio OAJ-1545 del 22 de julio de 2011 (folios 168 y 169), señaló:

- Que la Secretaría Técnica envió la solicitud de traslado de la doctora María Jacqueline Roza Jiménez, de la Notaría de Junín a la de El Colegio en uso del derecho de preferencia, al Gobernador de Cundinamarca como competente nominador de los notarios de tercera categoría del departamento.
- Que de acuerdo con el oficio SNR2011IE09015 de 22 de julio de 2011 de la doctora Zoraida Celis Carrillo, Directora de Gestión Notarial de la Superintendencia, el cual adjunta (folio 178), la Notaría de El Colegio no se encuentra actualmente en funcionamiento, por cuanto la Gobernación de Cundinamarca no ha designado a una persona para ocupar el cargo de notario de ese municipio.
- Que el Consejo Superior de la Carrera Notarial “decidió atender la solicitud de la señora Notaria Única de Junín, para ser designada como Notaria Única en propiedad en el círculo de El Colegio y, como consecuencia de ello declaró desierto el círculo de Junín, a través del Acuerdo 010 para incluirlo dentro de la convocatoria efectuada mediante Acuerdo 011 ambos de 2 de diciembre de 2010, para así ser designado su titular a través del respectivo concurso público y abierto” (folio 169).

3. Actuación procesal

La presente actuación correspondió por reparto al Consejero Augusto Hernández Berra (folio 107) y se fijó en lista, por el término de tres (3) días hábiles, de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 4º de la ley 954 de 2005, durante el cual, según el Informe Secretarial (folio 126), se presentó un escrito de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro y Secretaria Técnica del Consejo Superior de la Carrera Notarial.

El Consejero Ponente dictó el 12 de julio de 2011 un Auto de decreto de pruebas para mejor proveer (folios 127 y 128). La información solicitada fue aportada y el expediente pasó al Despacho el 25 de julio de 2011 para resolver.

4. Competencia de la Sala. Se requiere ante todo que el conflicto de competencias administrativas se configure jurídicamente

La Sala ha señalado en varias providencias⁷¹⁸ que uno de los requisitos indispensables para que entre a dirimir un conflicto de competencias administrativas es que este se configure jurídicamente, es decir, que existan al menos dos entidades públicas que nieguen o reclamen simultáneamente la competencia sobre determinado asunto.

En tratándose de un conflicto de competencias de carácter positivo, se necesita que las dos entidades manifiesten expresamente que cada una de ellas tiene la competencia

718 Por ejemplo, en las providencias de 16 de marzo de 2006 Rad. 11001030600020060000300 C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo; 23 de marzo de 2006, Rad. 11001030600020060000500 C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce; 18 de mayo de 2006, Rad. 1100103060002006000051-00 C.P. Enrique José Arboleda Perdomo; 3 de agosto de 2006, Rad. 1100103060002006000075-00 C.P. Enrique José Arboleda Perdomo; 24 de agosto de 2006, Rad. 11001-03-06-000-2006-00088-00 C.P. Gustavo Aponte Santos; 4 de octubre de 2006, Rad. 11001-03-06-000-2006-00102-00 C.P. Gustavo Aponte Santos; 4 de junio de 2009, Rad. 110010306000200900002900 C.P. William Zambrano Cetina y 18 de junio de 2009, Rad. 110010306000200900003200 C.P. William Zambrano Cetina.

para tramitar determinada actuación administrativa y decidirla por considerar que la ley le ha atribuido concretamente la respectiva función.

No se configura el conflicto de competencias cuando se trata de disparidad de criterios sobre la interpretación de una o varias normas jurídicas, como sucede en el presente caso.

En efecto, la Sala observa que aquí no se configura un conflicto de competencias administrativas dado que el Gobernador de Cundinamarca solicita a la Sala que declare la competencia nominadora que le corresponde a su Despacho en cuanto a la designación de los notarios de segunda y tercera categorías en el territorio del Departamento, lo cual no cuestiona la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia y Secretaria Técnica del Consejo Superior de la Carrera Notarial, pues la ley es clara en ese punto. Lo que esta señala es que la competencia para administrar los concursos y la carrera notarial radica en dicho Consejo Superior, cuestión esta que a su vez el Gobernador de Cundinamarca no desconoce dado que es también una competencia que está clara.

En lo que discrepan finalmente es en que el Gobernador considera que debe hacer el nombramiento en interinidad mientras se realiza el concurso para nombrar el notario en propiedad de El Colegio, mientras que la Jefe Jurídica de la Superintendencia y Secretaria Técnica del Consejo Superior de la Carrera Notarial, sostiene que debe reconocer el derecho de preferencia reclamado por la Notaria de Junín. Se observa que en este caso no hay una discrepancia por la competencia para nombrar un Notario, sino una diferencia de criterios interpretativos sobre las normas de la carrera notarial que escapa a la competencia de la Sala de Consulta en lo referente a la solución de conflictos de competencias.

Por lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Primero.- Inhibirse para conocer de la cuestión planteada por el gobernador del Departamento de Cundinamarca frente a la tesis jurídica sostenida por la Superintendencia de Notariado y Registro, por no existir en este caso, propiamente, un conflicto de competencias entre autoridades administrativas.

Segundo.- Reconócese personería al doctor Andrés González Díaz, Gobernador del Departamento de Cundinamarca, y a la doctora María Victoria Álvarez Builes, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro y Secretaria Técnica del Consejo Superior de la Carrera Notarial, en la presente actuación.

Tercero.- Comuníquese esta decisión al Gobernador del Departamento de Cundinamarca, a la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro y Secretaria Técnica del Consejo Superior de la Carrera Notarial y a la doctora María Jacqueline Roza Jiménez, Notaria del municipio de Junín (Cundinamarca).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

5. Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia frente al Instituto de Seguros Sociales**Radicado 2011-00036**

Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Fecha: 02/11/2011

Define la Sala el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia y el Instituto de Seguros Sociales, a fin de determinar la autoridad a la cual corresponde atender la reclamación y reconocimiento de la pensión de jubilación del señor Miguel Ángel Ortiz Suárez.

1. Antecedentes

1. El 09 de diciembre de 2008, el Señor Miguel Ángel Ortiz Suárez solicitó al Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia el reconocimiento y pago a su favor de la pensión de jubilación, haciendo una relación de los servicios prestados a entidades públicas y argumentando que desde el año 2.006 adquirió el derecho a la pensión de jubilación.
2. Dicha solicitud fue respondida por el fondo mediante comunicación FPSE-2009-02474 del 13 de octubre de 2009, que en algunos de sus apartes dijo:

“...

Verificando su historial laboral se encuentra que al 01 de abril de 1994 sólo cuenta con 6.976 días laborados en el sector público, razón por la cual no es posible que el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en cumplimiento de la función que le fue asignada por el Decreto 2721 de 2008, esté facultado para reconocer esta pensión por los días laborados en la extinta Caja Agraria.

Según el decreto expuesto anteriormente, se entiende que usted a partir del 01 de abril de 1994, estaba obligado a afiliarse al Sistema General de Pensiones, ya fuera al régimen de prima media con prestación definida (administrado por el Seguro Social) o al régimen de ahorro individual (administrado por los fondos privados de pensiones), sin embargo, si es beneficiario del régimen de transición como aparentemente se evidencia de los documentos enviados por usted, debe dirigirse a la entidad donde se encontraba afiliado para la fecha en la cual cumpla con los requisitos de ley(...).”

3. En vista de lo anterior, el 16 de octubre de 2009 el señor Ortiz Suárez solicitó al Fondo la devolución de toda la documentación original que se encontraba en esa entidad, la que le fue enviada mediante oficio 2778 del 11 de noviembre de 2009, para posteriormente ser presentada al Seguro Social el 17 de noviembre de 2009, con el fin de que se le reconociera la pensión de jubilación.
4. Mediante resolución 18482 del 24 de junio de 2010 el Seguro Social respondió la petición en los siguientes términos:

“(…) Corresponde al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, en los siguientes casos:

- i) Cuando el servidor público se traslade voluntariamente al instituto de seguros sociales.*
- ii) Cuando se ordene la liquidación de la caja, fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado el servidor público y.*
- iii) Cuando los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición no se encontraban afiliados a alguna caja, fondo o entidad de previsión del sector público con anterioridad al 1° de abril de 1994, seleccionen al régimen de prima medio con prestación definida.*

Que en el sublite, y de acuerdo con lo demostrado dentro del expediente, la responsable de tramitar y decidir sobre la prestación económica solicitada por el señor MIGUEL ANGEL ORTIZ SUAREZ, es la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO S.A

Que en virtud de lo anterior es ante dicha entidad a la cual debe dirigirse la solicitud prestacional.

En consecuencia,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO Desglosar de la Carpeta Administrativa No 58507 los folios 1 a 30.

ARTÍCULO SEGUNDO Remitir los documentos originales contentivos de la de la solicitud de pensión del asegurado MIGUEL ANGELA ORTIZ SUAREZ, identificado con C.C. No5.453.152, a la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO S.A., DE CONFORMIDAD CON LO EXPUESTO ANTERIORMENTE”

- 5. No obstante el anterior pronunciamiento por parte del Instituto de Seguros Sociales, el 06 de Septiembre de 2010, el señor Miguel Ángel Ortiz Suárez instauró acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales - ISS y el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles de Colombia, solicitando que le fueran tutelados sus derechos de petición, debido proceso, a la pensión de jubilación y a una vida digna, “debido a que han transcurrido mas de 10 meses desde la solicitud y tres años desde la fecha en que adquirió el derecho a la pensión” sin obtener respuesta al respecto.
- 6. En desarrollo de la acción de tutela, mediante sentencia del 17 de septiembre de 2010, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Villavicencio RESUELVE
“PRIMERO TUTELAR el derecho de petición del ciudadano Miguel Ángel Ortiz Suarez. SEGUNDO: Como consecuencia. ORDENAR al SEGURO SOCIAL que a través del funcionario a quien corresponda, de manera inmediata, si aún no lo hubiere hecho, por el medio mas expedito, remita al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA copia de la Resolución 018482 del 24de junio de 2010 con los documentos originales que allí ordenó desglosar. TERCERO ORDENAR al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, que en el término de 48 horas siguientes a la recepción de los documentos citados en el ordinal anterior,

emita un pronunciamiento y si el mismo consiste aún en su incompetencia, deberá remitir de manera inmediata el expediente a la autoridad competente para desatar el conflicto de competencias administrativas”.

7. Aunque el Instituto de Seguros Sociales no envió la documentación ordenada por el juez, lo que dio origen a un incidente de desacato, de todas maneras atendiendo lo dispuesto por el juzgado, el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia expidió la Resolución No. 978 del 11 de abril de 2011, mediante la cual negó la pensión de jubilación solicitada, por considerar que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 4937 de 2009, es el Instituto de Seguros Sociales la entidad competente para su reconocimiento. Esta decisión fue ratificada por el Fondo al resolver el recurso de reposición interpuesto por el afectado.
8. Finalmente, atendiendo la orden dada por el Tribunal Administrativo del Meta, al resolver sobre el incidente de desacato, mediante oficio del 22 de Junio de 2010, el Representante legal del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, dirimir el conflicto negativo de competencias administrativas, en orden a establecer la entidad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al señor MIGUEL ÁNGEL ORTIZ .

2. Competencia

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 4o. de la ley 954 del 27 de abril de 2005 –que adiciona el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo- corresponde a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado conocer y definir los conflictos de competencias administrativas que se susciten entre dos entidades públicas del orden nacional, o entre una entidad nacional y una local, cualquiera sea su naturaleza, siempre que se trate de asuntos de carácter administrativo, es decir, en ejercicio de función administrativa; situación que se presenta en el caso en estudio.

3. Trámite

Recibido el expediente en la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, por Secretaría se repartió y se fijó en lista por 3 días, con el fin de que las partes y las personas que tuvieran interés en el asunto presentaran sus alegatos o consideraciones, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 33 del C.C.A. Ninguna de las partes hizo uso de ese derecho.

4. CONSIDERACIONES

Es importante señalar que debido a que la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero S.A. en liquidación desapareció del ámbito jurídico, quedando debidamente registrado este acto ante la Cámara de Comercio de Bogotá. Ahora bien, por disposición del Decreto 2721 de 2008, mientras se implementa el funcionamiento de la Unidad Especial de Gestión Profesional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, corresponde al Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconocer las pensiones

que estaban a cargo de dicha Caja, razón por la cual el conflicto de competencias se suscita entre este fondo y el Instituto de Seguros Sociales. Al respecto el artículo 1° del decreto 2527 de 2000 dispone:

“ARTICULO 1o. RECONOCIMIENTO A CARGO DE LAS CAJAS, FONDOS O ENTIDADES PÚBLICAS QUE RECONOZCAN O PAGUEN PENSIONES.

Las Cajas, Fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones, continuarán reconociéndolas o pagándolas mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieron el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, exclusivamente en los siguientes casos:

- 1. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades del orden nacional hubieren cumplido a 1o. de abril de 1994, los requisitos para obtener el derecho a la pensión y no se les haya reconocido, aunque a la fecha de solicitud de dicha pensión estén afiliados a otra Administradora del Régimen de Prima Media.*
- 2. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades del orden territorial hubieren cumplido los requisitos para obtener el derecho a la pensión a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones en la entidad territorial del domicilio de la Caja, Fondo o entidad pública y la pensión no se les haya reconocido, aunque a la fecha de solicitud de dicha pensión estén afiliados a otra Administradora del Régimen de Prima Media.*
- 3. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales que a la fecha de entrada en vigencia del sistema, a nivel nacional o territorial según el caso, hubieren cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas en la misma entidad, Caja o Fondo público, aunque a la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados al Sistema General de Pensiones.*

También podrán hacerlo respecto de sus afiliados y en los mismos casos, las entidades a las cuales corresponda el reconocimiento de pensiones antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones.

En estos casos no se aplicará el literal c) del artículo 36 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 15 del Decreto 1513 de 1998.(...)”

De acuerdo con esta norma, serán las respectivas Cajas o Fondos los encargados de hacer el reconocimiento de la pensión de jubilación a quienes al 1° de abril de 1994 hubiesen cumplido los requisitos para obtener el derecho a la pensión. Como a esa fecha el solicitante no tenía los requisitos para hacerse al derecho, el Fondo consideró que carecía de competencia para otorgarle la pensión, afirmando que dicha obligación correspondía al Instituto de Seguros Sociales.

Es de anotar que de acuerdo con la documentación que reposa en el expediente, desde que se implementó el sistema de la ley 100 de 1993, el señor Miguel Ángel Ortiz Suárez siempre estuvo vinculado al Instituto de Seguros Sociales, incluso cuando se encontraba laborando para la Caja Agraria. Además, vale la pena señalar que para el 1° de abril de 1994, contaba con 44 años de edad y 19 años de servicio, razón por la cual es beneficiario del régimen de transición.

Asimismo el artículo 6 del Decreto 813 de 1994 “por el cual se reglamenta el artículo 36 de la Ley 100 de 1993” señaló que corresponderá el reconocimiento de pensión de jubilación a la Caja, Fondo o Entidad de Previsión a la cual el servidor público estuviera **afiliado al momento de cumplir los requisitos para pensionarse**. Así:

“Decreto 813 de 1994

*ART. 6º—Transición de las pensiones de vejez o jubilación de servidores públicos. **Tratándose de servidores públicos afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión social**, para efectos de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo primero del presente decreto, se seguirán las siguientes reglas:*

*a) Cuando a 1º de abril de 1994 el servidor público hubiese prestado 15 años o más, continuos o discontinuos, de servicios al Estado cualquiera sea su edad, o cuente con 35 años o más de edad si es mujer o 40 años o más de edad si es hombre, tendrá derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez a cargo de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encuentre afiliado, **cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando.***

Corresponderá al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, en los siguientes casos:

i) Cuando el servidor público se traslade voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales.

ii) Cuando se ordene la liquidación de la caja, fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado el servidor público.

iii) Cuando los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición no se encontraban afiliados a alguna caja, fondo o entidad de previsión del sector público con anterioridad al 1º de abril de 1994, seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, y

b) Los servidores públicos que se vinculen al Instituto de Seguros Sociales voluntariamente o por liquidación de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encontraba afiliado, tendrán derecho al reconocimiento de bono pensional, calculado en la forma como lo determine el Gobierno Nacional.”

En el caso objeto de estudio el señor Miguel Ángel Ortiz Suarez cumplió con los requisitos para pensionarse el día 9 de marzo de 2006, fecha en la que se encontraba trabajando en el sector privado y cotizando al Instituto de Seguros Sociales, siendo ésta la entidad llamada a resolver la solicitud de pensión.

Si bien el artículo 6º del Decreto 813 de 1994 señala que le corresponderá atender las solicitudes de pensión a las Cajas, Fondos o Entidades de Previsión Social en las que el afiliado estuviera cotizando al momento de cumplir los requisitos para la pensión; también es cierto que, como lo afirmó la Sala en el concepto No 1526 del 29 de octubre de 2003, que el Instituto de Seguros Sociales tiene carácter de entidad de previsión de aquellas que reconocen pensión de jubilación. Al respecto dice el concepto:

*Salta a la vista que el decreto quiso regular de manera expresa y especial la transición en el ISS, en consideración a su **carácter de entidad de previsión del sector privado con afiliados del sector público**. Por lo mismo, la posibilidad de darle aplicación al mismo a entidades públicas que no tengan por objeto el reconocimiento y pago permanente de pensiones se descarta. Obsérvese que la norma tiene en cuenta para la regulación, el objeto del ISS como administradora de pensiones del régimen de prima media, tomando como referente los beneficiarios del régimen de transición, a los cuales deberá pagarles en su calidad de afiliados la pensión cuando cumplan los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se les venía aplicando, dada la condición de **entidad de previsión que el instituto ostenta**.*

*En este contexto, toda discusión acerca del término “exclusivamente” que aparece en el artículo 1° del decreto 2527 carece de sentido. **Sin embargo, la Sala considera pertinente destacar que esta palabra no implica que las cajas fondos o entidades de previsión social - encargadas todas por razón de su objeto del reconocimiento y pago de pensiones, antes y después de la vigencia de la ley 100, incluido el ISS dentro de ellas-**, hubieran sido relevados de las obligaciones derivadas de la afiliación ordinaria de afiliados y de la recepción de las cotizaciones de empleadores y trabajadores, para trasladarlas a entes que no las tienen ni las han adquirido por su naturaleza, por su objeto o por la ley. Tal expresión significa que en los casos señalados en el artículo primero, la obligación corre a cargo “exclusivo” de aquéllas, es decir sin intervención alguna de entidad distinta a “las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones (...) respecto de quienes tuvieran la calidad de afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones.”, en la forma establecida en el artículo 1° *ibidem*. Otro entendimiento llevaría al absurdo de atribuir funciones de aseguradoras de riesgos a entidades públicas que no tienen por objeto cubrirlos, ni han recibido - no podían hacerlo - cotizaciones para los efectos pensionales mencionados.*

De acuerdo con lo expuesto, la Sala considera que corresponde resolver la solicitud de pensión de jubilación a la entidad en la que el servidor público estaba cotizando al momento de cumplir los requisitos para obtener la pensión de jubilación. De acuerdo con lo revisado en el expediente, el señor Ortiz Suárez se encontraba cotizando al Instituto de Seguros Sociales para la fecha en la cual cumplió dichos requisitos, razón por la cual debe ser este instituto el encargado de resolver la solicitud de pensión de jubilación.

Por lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR competente al Instituto de Seguros Sociales ISS para decidir sobre la solicitud de pensión de jubilación formulada por el Señor Miguel Ángel Ortiz Suárez.

SEGUNDO: ENVIAR la actuación al Instituto de Seguros Sociales ISS, para lo de su competencia.

TERCERO: COMUNICAR esta decisión al Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Consejero. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS, Secretaria de la Sala.

6. Contraloría General de la Republica frente a la Contaduría General de la Nación**Radicado 2011-00039**

Consejero Ponente: Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Fecha: 02/11/2011

Define la Sala el conflicto de competencias administrativas planteado por la Contaduría General de la Nación (en adelante CGN) frente a la Contraloría General de la Republica (en adelante CGR)

1. Solicitud de trámite del conflicto

La doctora ROSA MARGARITA ROLDÁN BOLÍVAR, actuando en su calidad de Contadora General de la Nación, formuló a la Sala la siguiente petición:

“(...) me permito remitir por potestad, la actuación relacionada con el conflicto de competencias que se viene presentando entre la Contaduría General de la Nación y la Contraloría General de la Republica en relación con la competencia para determinar el procedimiento contable para la amortización del cálculo actuarial en los fondos de reserva, relativo al reconocimiento y revelación del pasivo pensional en relación con el valor que deberá amortizarse por parte de los fondos de reservas”.

2. Hechos

1. La Contraloría General de la República realizó Auditoría Gubernamental con enfoque integral al Fondo de Previsión Social del Congreso de la Republica, FONPRECON, emitiendo un informe preliminar sobre “la existencia de hallazgo” debido a que en el Balance General al cierre de vigencia de 2010, el pasivo corriente no tiene reflejado el pasivo pensional del año 2011, con el correspondiente efecto en el patrimonio
2. FONPRECON se negó a aceptar el hallazgo, razón por la cual solicitó a la Contraloría General de la República la realización de una reunión para la “solución de la controversia”, la cual se llevó a cabo el 04 de mayo de 2011 con la presencia de la subdirectora financiera y la contadora de FONPRECON y de un equipo de la Contraloría General de la República encabezado por Contralora Delegada. En dicha reunión el Fondo expresó que no era de recibo el hallazgo presentado sobre los pasivos pensionales, dado que FONPRECON se había sujetado a lo establecido en las normas y procedimientos establecidos por la Contaduría General de la Nación en el Régimen de la Contabilidad Pública. Por su parte la Contralora Delegada afirmó “que la Contraloría General de la República es un órgano de control independiente, cuya obligación es la de velar porque se refleje la realidad financiera de las entidades, con el fin de que la información sirva para tomar decisiones de política económica acorde con la realidad, mas no con el propósito de generar pánico. En consecuencia, los conceptos emitidos por la CGN (Contaduría General de la Nación) no son vinculantes para la CGR (Contraloría General de la República), y en los casos que los encuentre contrarios a la ley, le corresponde pronunciarse”.

3. En comunicación No 20113000112111, el Director General de FONPRECON solicitó a la Contadora General de la Nación, aclarar lo dispuesto en materia de amortización del cálculo actuarial que deben reconocer y revelar los fondos de reserva. La Contadora respondió que "...atendiendo la normatividad vigente, la amortización del cálculo actuarial de los fondos de reservas, corresponde a la afectación gradual de los resultados de la entidad por el monto del pasivo pensional a cubrir durante el periodo contable. En atención a lo anterior y clarificando que el procedimiento contable para el reconocimiento y revelación del pasivo pensional, de la reserva financiera que lo sustenta y de los gastos relacionados, no ha sufrido modificación alguna, es factible que el saldo de la cuenta 2720 PROVISIÓN PARA PENSIONES al cierre del periodo contable sea cero, si la amortización del cálculo actuarial del Fondo de Reservas se limita a cubrir el monto de la nómina pensional a cargo del fondo, amortización que puede realizarse mensualmente...". Concluye afirmando que por mandato directo del constituyente le corresponde al Contador General de la Nación, máxima autoridad contable de la administración, determinar las normas contables que deben regir en el país.
4. Mediante Oficio de Mayo de 2011, dirigido a la Contralora General de la República, la Contadora General de la Nación "considera esencial y de especial relevancia, manifestar que se evidencia en algunas de las auditorías realizadas en materia de información financiera, hallazgos que desconocen los principios, normas técnicas, procedimientos contables y conceptos expedidos por la Contaduría General de la Nación en desarrollo de las competencias constitucionales y legales que le asisten. Tal situación podría constituir no solo una extralimitación de funciones sino que, indudablemente, podría generar incertidumbres en los auditados frente a la aplicación de la normatividad técnico contable en relación con los criterios objetivos que rigen al auditor

En el mismo oficio, sobre el caso concreto, la Contadora General de la Nación agregó:

"Se observa que la auditoría soporta sus hallazgos, y sobre esa base determina la razonabilidad y cuantía de la posible subestimación o sobrestimación, en el incumplimiento por parte de la entidad auditada del valor a amortizar, interpretándose que la entidad, para los casos de los fondos de reserva, debe amortizar el pasivo corriente de la siguiente vigencia.

Sobre el particular cabe señalar que al momento de su expedición, el procedimiento contable para el reconocimiento y revelación del pasivo pensional de la reserva financiera que lo sustenta y de los gastos relacionado, señaló de manera taxativa las entidades consideradas como fondos de reservas a la luz del procedimiento, estableciendo para esas entidades que la amortización del cálculo actuarial corresponde a la afectación gradual de los resultados del fondo de reservas por el monto del pasivo pensional a cubrir durante el periodo contable"

5. Ante la permanente controversia, mediante oficio No 186416 del 08 de junio de 2011, la Contaduría General de la Nación solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, dirimir el conflicto positivo de competencias administrativas suscitado entre la Contraloría General de la República y la Contaduría General de la Nación, en orden a establecer cuál es la entidad competente para determinar el procedimiento contable para la amortización del cálculo actuarial relativo al reconocimiento

y revelación del pasivo pensional del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON) .

3. Actuación procesal

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado recibió el expediente, por secretaría se repartió y se fijó en lista por tres días, con el fin de que las partes involucradas en el conflicto y los terceros interesados presentaran sus alegatos o consideraciones, haciendo uso de este derecho la Contraloría General de la República y el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

4. Planteamiento de las partes

Consideraciones de la Contraloría General de la República

Considera que no existe conflicto de competencias y que la Contraloría General de la República está ejerciendo sus funciones constitucionales y legales. Fundamenta su argumentación en los artículos 267, 354 de la Constitución Política, en la ley 42 de 1993 artículos 8, 6,10,11,12, 13, 14 y 18, en la norma internacional NIC 19 y en el manual de procedimientos contables adoptados mediante la resolución 356 de 2007 de la Contaduría General de la Nación, normas según las cuales la vigilancia de la gestión fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República es inherente e incluyente respecto del control financiero, de gestión y de resultados.

5. Planteamientos de los terceros intervinientes

Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – FONPRECON

Sostiene que tanto el Fondo como la Contaduría General de la Nación han considerado que la competencia para el asunto objeto del conflicto, se encuentra radicada en cabeza de esta última, en virtud de lo consagrado en el artículo 354 de la Constitución Política, donde se señalan las competencias del Contador General, resaltando la función de: **“determinar las normas contables que deben regir en el país, conforme a la ley”**.

Señala también como mediante sentencia de la Corte Constitucional C-487 de 1997 se estableció la obligatoriedad de las decisiones que la Contaduría General de la Nación adopte en materia contable.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Corresponde a la Sala decidir cuál es la entidad competente para determinar el procedimiento contable para la amortización del cálculo actuarial del pasivo pensional del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

En primer lugar debe hacerse referencia a las normas constitucionales que sobre estas materias rigen a los organismos en conflicto, así:

“ARTICULO 354. Habrá un Contador General, funcionario de la rama ejecutiva, quien llevará la contabilidad general de la Nación y consolidará ésta con la de sus entidades descentralizadas territorialmente

o por servicios, cualquiera que sea el orden al que pertenezcan, excepto la referente a la ejecución del Presupuesto, cuya competencia se atribuye a la Contraloría.

Corresponden al Contador General las funciones de uniformar, centralizar y consolidar la contabilidad pública, elaborar el balance general y determinar las normas contables que deben regir en el país, conforme a la ley.

PARAGRAFO. Seis meses después de concluido el año fiscal, el Gobierno Nacional enviará al Congreso el balance de la Hacienda, auditado por la Contraloría General de la República, para su conocimiento y análisis.

ARTICULO 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

1. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse.

2. Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado. (...)

12. Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial.

13. Las demás que señale la ley.

Presentar a la Cámara de Representantes la Cuenta General de Presupuesto y del Tesoro y certificar el balance de la Hacienda presentado al Congreso por el Contador General.”

La ley 298 de 1996, por medio de la cual se desarrolló el artículo 354 de la Constitución Política, consagró en el artículo 3 y 4 las funciones del Contador y de la Contaduría General de la Nación, así:

ARTÍCULO 3o. FUNCIONES DEL CONTADOR GENERAL DE LA NACIÓN. *Al Contador General de la Nación le corresponden las siguientes funciones: (...)*

b) Llevar la Contabilidad General de la Nación, para lo cual expedirá las normas de reconocimiento, valuación y revelación de la información de los organismos del sector central nacional;

c) Consolidar la Contabilidad General de la Nación con la de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios cualquiera que sea el orden al que pertenezcan, para lo cual fijará las normas, criterios y procedimientos que deberán adoptar los gobernadores, alcaldes y demás funcionarios responsables del manejo de dichas entidades con el fin de adelantar la respectiva fase del proceso de consolidación, así como para la producción de la información consolidada que deberán enviar a la Contaduría General de la Nación;

f) Impartir instrucciones de carácter general sobre aspectos relacionados con la contabilidad pública;

ARTÍCULO 4o. FUNCIONES DE LA CONTADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *La Contaduría General de la Nación desarrollará las siguientes funciones:*

Determinar las políticas, principios y normas sobre contabilidad, que deben regir en el país para todo el sector público;

(...)

j) La Contaduría General de la Nación, será la autoridad doctrinaria en materia de interpretación de las normas contables y sobre los demás temas que son objeto de su función normativa;

En sentencia de 19 de noviembre de 1996, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado hizo referencia a la facultad de la Contaduría para determinar los procedimientos en materia contable que deben regir al país. Al respecto señaló:

En efecto, las funciones de “llevar la contabilidad general de la Nación”, (Art. 2º, lit. f, del decreto) y “consolidar la contabilidad de la Nación con la de las entidades descentralizadas...” (lit. g ibidem), de las que, entre otras se ocupa el decreto mencionado, son atribuciones generales del Contador General dadas por la propia Constitución, que el Ejecutivo no puede reglamentar o desarrollar.

Asimismo, el disponer que es función del Contador General “Establecer los principios, normas y políticas generales sobre la contabilidad y la presentación de los estados financieros de la Nación y las entidades descentralizadas territorialmente por servicios, cualquiera que sea el orden al que pertenezcan” (lit. a ibidem) implica el desarrollo, mediante un decreto, de la función que la Constitución asigna al Contador General de “determinar las normas contables que deban regir en el país”. Función ésta que compete al Contador General ejercer “conforme a la ley”, como lo dispone la Constitución y no como lo establece el decreto en cuestión: “Esta atribución la ejercerá el Contador General mediante resoluciones de carácter general o particular”, aspecto no previsto por la Constitución, ni por la ley que previamente debía dictarse.

Es importante resaltar que contrario a lo afirmado por la Contraloría General de la República, las decisiones que en materia contable tome la Contaduría General de la Nación, tendrán el carácter de vinculantes, como lo afirma la Corte Constitucional en Sentencia C-487 de 1997, así:

“Se advierte claramente en el texto del artículo 354 de la Constitución, que la institución rectora y máxima autoridad administrativa a nivel nacional en materia contable son respectivamente la Contaduría y el Contador General de la Nación, siendo sus subordinadas, en esa materia, todas las entidades públicas; a ella le corresponde, dice la citada norma superior, “...determinar las normas contables que deben regir el país, conforme a la ley...”.

Así mismo, esa institución es responsable, según lo dispuesto en el inciso segundo del citado artículo 354 de la C.P., de “...uniformar, centralizar y consolidar la contabilidad pública, [y de] elaborar el balance general...”, funciones todas, que dadas sus características, entrañan con carácter esencial la posibilidad de ejercer poder de mando e imposición sobre las entidades públicas supeditadas para esos efectos a la institución del Contador, sea cual sea el nivel al que pertenezcan.

En esa perspectiva, las decisiones que en materia contable adopte la Contaduría de conformidad con la ley, son obligatorias para las entidades del Estado, y lo son porque ellas hacen parte de un complejo proceso en el que el ejercicio individual de cada una de ellas irradia en el ejercicio general,

afectando de manera sustancial los “productos finales”, entre ellos el balance general, los cuales son definitivos para el manejo de las finanzas del Estado.

Esos poderes, “de imposición y de mando”, reclaman para ser efectivos facultades de inspección y de sanción como las consagradas en los literales q y t del artículo 4 de la ley 298 de 1996, las cuales deben ser reguladas por la ley, a través de las cuales el organismo rector, en este caso la Contaduría, pueda verificar y exigir, de ser el caso coercitivamente, el cumplimiento oportuno y pertinente de las normas y directrices que expida en cumplimiento de sus funciones, pues los errores o inconsistencias en el desarrollo de los procedimientos que ella determine, como se dijo, no solo afectarían la contabilidad de la entidad inspeccionada, sino que distorsionarían el escenario contable nacional acarreando graves consecuencias para el país.” (Negrilla de la Sala)

Tanto la Constitución como la Jurisprudencia coinciden en catalogar a la Contaduría General de la Nación como la máxima autoridad contable del país, razón por la cual los procedimientos contables que deben seguir las Entidades del Estado deben estar sujetos a las directrices emanadas por la Contaduría.

En el caso objeto de estudio, la Contraloría General de la República realizó una auditoría gubernamental con enfoque integral al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República FONPRECON, por tratarse de hallazgos sobre el balance general, que al cierre de la vigencia de 2010 no reflejaba el pasivo pensional del año 2011.

La Sala no está en condiciones probatorias para determinar si el hallazgo es correcto, lo único que puede afirmar es que de acuerdo con las normas constitucionales y legales y la jurisprudencia vigentes, la Contraloría no puede apartar su auditoría, en lo que atañe al balance general y demás materias contables, de las normas y procedimientos contables señalados por la Contaduría General de la Nación.

Por lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR que la Contaduría General de la Nación es la competente para determinar el procedimiento contable para la amortización del cálculo actuarial en los fondos de reservas, relativo al reconocimiento y revelación del pasivo pensional en relación con el valor que deberá amortizarse por parte del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

SEGUNDO: ENVIAR la actuación a la Contaduría General de la Nación, para lo de su competencia.

TERCERO: COMUNICAR esta decisión a la Contraloría General de la República.

CUARTO: COMUNICAR esta decisión al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República FONPRECON.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Consejero. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS, Secretaria de la Sala.

7. Superintendencia de Industria y Comercio frente a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil**Radicado 2011-00047**

Consejero Ponente: Augusto Hernández Cabrera

Fecha: 18/11/2011

Define la Sala el conflicto de competencias administrativas de carácter **positivo**, que plantea la Superintendencia de Industria y Comercio, en adelante también denominada SIC, frente a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, en adelante también llamada AEROCIVIL, con la finalidad de establecer cuál de estas entidades tiene la competencia para adelantar las actuaciones administrativas referentes a la integración, mediante un contrato de riesgo compartido (Joint Venture), entre las empresas aéreas AIRFRANCE S.A., DELTA AIRLINES INC., KLM CIA. HOLANDESA DE AVIACIÓN Y ALITALIA LÍNEAS AÉREAS ITALIANAS S.P.A.

1. Trámite del conflicto y existencia del mismo

Mediante oficio Rad. 11-99166-0-0, presentado el 11 de agosto de 2011, el doctor Ramón Francisco Cárdenas Ramírez, actuando como apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), solicitó a esta Sala que “se dirima el conflicto positivo de competencia suscitado entre la Superintendencia de Industria y Comercio y la Aeronáutica Civil, para determinar la autoridad competente para conocer e iniciar las ACTUACIONES administrativas relativas a la integración por medio de un contrato de Joint Venture entre las empresas AIRFRANCE S.A., DELTA AIRLINES INC., KLM CIA. HOLANDESA DE AVIACIÓN Y ALITALIA LÍNEAS AÉREAS ITALIANAS S.P.A.” (folio 142).

El conflicto positivo de competencias administrativas se configura porque, tanto la Superintendencia de Industria y Comercio como la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, avocaron conocimiento de la solicitud de pre-evaluación del contrato de riesgo compartido (Joint Venture) que les hicieron los apoderados de las aerolíneas mencionadas, por considerarse competentes para ello (folios 144 y 205).

La Superintendencia de Industria y Comercio, en su petición de solución del conflicto, manifiesta que “es la entidad nacional de protección de la competencia, quien conoce de forma privativa las investigaciones administrativas y por consiguiente la integración empresarial de AIRFRANCE S.A., DELTA AIRLINES INC., KLM CIA. HOLANDESA DE AVIACIÓN Y ALITALIA LÍNEAS AÉREAS ITALIANAS S.P.A.” (folios 149 y 150), mientras que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, en su alegato de conclusión, expresa que le corresponde “la competencia para pronunciarse sobre operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves del sector aeronáutico por medio de contratos como el de joint venture” (folio 209) y que ella “es la entidad competente para conocer y aprobar los acuerdos entre explotadores de aeronaves a que se refieren estas normas (alude a los artículos 4º y 8º parágrafo, de la ley 1340 de 2009 y 1866 del Código de Comercio)” (folio 223).

2. Antecedentes

1. Las sociedades AIRFRANCE S.A., DELTA AIRLINES INC., KLM CÍA. HOLANDESA DE AVIACIÓN y ALITALIA LÍNEAS AÉREAS ITALIANAS S.P.A., mediante comunicación del 31 de marzo de 2011, presentaron ante la Superintendencia de Industria y Comercio una solicitud de pre-evaluación⁷¹⁹ de la alianza comercial que proyectan realizar por medio de un contrato de riesgo compartido (Joint Venture), cuyo texto quedó radicado en la SIC bajo el número 11-039892-0000-0001.
2. Simultáneamente, las mencionadas sociedades presentaron ante la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil una solicitud para aprobación de la misma alianza comercial.
3. La SIC, mediante oficio No. 11-39892-26 del 17 de junio de 2011, requirió el concepto técnico de la AEROCIVIL, de conformidad con el artículo 8º de la ley 1340 de 2009⁷²⁰, por ser esta la respectiva autoridad de regulación, control y vigilancia.
4. La AEROCIVIL, a través de la Oficina de Transporte Aéreo, respondió el requerimiento anterior y manifestó su competencia para aprobar la integración empresarial:

“Esta entidad considera que el referido contrato ‘Acuerdo de Joint Venture’ cabe dentro del control asignado a la Aerocivil, pues se enmarca dentro del concepto de EXPLOTACIÓN CONJUNTA y atendiendo al hecho que estos acuerdos pueden tratar sobre rutas, aeronaves, marcas, negociándose temas como diversidad de horarios, calidad y capacidad de aeronaves, organización comercial, material de vuelo, personal, etc. Este acuerdo también puede implicar Acuerdos de Código Compartido” (folio 144).

Agregó la AEROCIVIL una descripción de las operaciones que hacen parte de las integraciones objeto de su competencia, y respecto de los contratos de explotación conjunta argumentó la siguiente noción:

“Explotación conjunta: se pueden referir a una variada gama de acuerdos comerciales u operacionales entre explotadores de aeronaves, y que generalmente se realizan en el marco de una alianza, para alcanzar mayores sinergias y eficiencias. Esta figura se encuentra en la normatividad colombiana en algunos de los acuerdos bilaterales de transporte aéreo que hemos suscrito” (folio 144).

719 La ley 1340 del 24 de julio de 2009, “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”, dice así en la parte inicial del artículo 10:

“Artículo 10.- Procedimiento administrativo en caso de integraciones empresariales.- Para efectos de obtener el pronunciamiento previo de la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con una operación de integración proyectada, se seguirá el siguiente procedimiento:

1. Los interesados presentarán ante la Superintendencia de Industria y Comercio una solicitud de pre-evaluación, acompañada de un informe sucinto en el que manifiesten su intención de llevar a cabo la operación de integración empresarial y las condiciones básicas de la misma, de conformidad con las instrucciones expedidas por la autoridad única de competencia.
(...)”.

720 El artículo 8º de la ley 1340 de 2009 establece:

“Artículo 8º.- Aviso a otras autoridades.- En la oportunidad prevista en el numeral 4º del artículo 10 (Procedimiento administrativo en caso de integraciones empresariales) de esta ley, o, tratándose de una investigación, dentro de los diez (10) días siguientes a su inicio, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá comunicar tales hechos a las entidades de regulación y de control y vigilancia competentes según el sector o los sectores involucrados...

Parágrafo.- La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil conservará su competencia para la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes en contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, intercambio y bloqueo de espacio en aeronaves”.

5. La SIC envió requerimientos de información a las aerolíneas Continental Airlines, Taca, Aero Gal y Avianca, y de sus respuestas la SIC concluyó que la posición de la AEROCIVIL era reclamar para sí la competencia de estudiar la proyectada integración.
6. La AEROCIVIL, en oficio del 14 de junio de 2011, les manifestó a los apoderados de las aerolíneas comprendidas en la integración que tenía la competencia para conocer de ella y decidir, de conformidad con el artículo 1866 del Código de Comercio y el párrafo del artículo 8º de la ley 1340 de 2009.
7. La AEROCIVIL, mediante oficio del 20 de junio de 2011, informó a la Asociación del Transporte Aéreo en Colombia – ATAC, lo siguiente:
 - a. Que es la entidad encargada de estudiar y hacer las solicitudes de información que considere pertinentes para determinar los efectos que genera el contrato de Joint Venture entre las sociedades de la integración mencionada.
 - b. Que es la entidad competente para pronunciarse sobre dicho contrato pues este se enmarca dentro del concepto de “explotación conjunta”.

Y añadió:

“Lo anterior en el entendido que la competencia de la Aeronáutica Civil está referida a los aspectos técnicos, operacionales y aerocomerciales, mas no societarios” y que examinado el acuerdo de joint venture presentado “no se evidencia que comprometan aspectos societarios” (negrillas de la SIC) (folio 145).

8. Finalmente, la AEROCIVIL refiere en su alegato de conclusión (folios 187 a 223) los siguientes hechos:
 - a. El contrato transatlántico de Joint Venture fue firmado el 20 de mayo de 2009 entre AIR FRANCE, KLM y DELTA AIRLINES, al cual se adhirió ALITALIA el 5 de julio de 2010.
 - b. La AEROCIVIL recibió para su consideración una copia del mencionado contrato, avocó competencia para conocer del mismo y realizó la pre-evaluación respectiva (folio 205), pero “evidenció que el contrato no desarrolla varios aspectos tales como la comercialización bajo la compartición de códigos, la integración de horarios e itinerarios, razón por la cual la Entidad estima que no cuenta con los elementos esenciales para emitir un pronunciamiento de fondo y por tanto el estatus actual del tema solo puede circunscribirse a la pre-evaluación del tema que en tal forma les fue comunicada” (folio 209).

3. Actuación procesal

La presente actuación correspondió por reparto al Consejero Augusto Hernández Becerra (folio 139) y se fijó en lista por el término de tres (3) días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 4º de la ley 954 de 2005. Durante este término, según el Informe Secretarial (folio 224), presentó alegato de conclusión el doctor Álvaro Elías Baene Ferez, obrando como apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (folios 187 a 223), conforme al poder conferido por el doctor Mario Fernando Sánchez

Forero, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, facultado para otorgar poder a abogados tanto externos como funcionarios de la entidad (folios 182 a 186).

De igual manera se presentó el alegato de conclusión del doctor Agustín Ibarra Salas, en calidad de apoderado de la Asociación del Transporte Aéreo en Colombia – ATAC, como entidad interesada en la actuación (folios 157 a 181), habiendo acreditado su personería con el correspondiente certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. (folios 231 a 233).

En cumplimiento de la decisión de la Sala del 27 de octubre de 2011, el Consejero Ponente dictó un auto mediante el cual dispuso oficiar a los apoderados o representantes legales en Colombia de las sociedades AIRFRANCE S.A., DELTA AIRLINES INC., KLM CIA. HOLANDESA DE AVIACIÓN y ALITALIA LÍNEAS AÉREAS ITALIANAS S.P.A. para que se sirvieran enviar sus planteamientos sobre la entidad pública que ellos consideraran jurídicamente competente para adelantar las actuaciones administrativas referentes a la aprobación de la integración de dichas empresas aéreas, realizada mediante el Contrato de Riesgo Compartido (Joint Venture) firmado por las tres primeras el 20 de mayo de 2009 y por la última el 5 de julio de 2010.

Según el Informe Secretarial de 8 de noviembre de 2011 (folio 240), dentro del término establecido el doctor Ricardo Garnica, en su calidad de representante legal de la sociedad DELTA AIR LINES INC. SUCURSAL DE COLOMBIA, presentó sus planteamientos y adjuntó el correspondiente certificado de la Cámara de Comercio (folios 234 a 239).

4. Planteamientos de las partes y demás intervinientes

1. Posición de la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) sostiene que le corresponde “la competencia para adelantar el control de integraciones empresariales del sector aeronáutico por medio de contratos de joint venture” (folio 145) y para fundamentar su competencia privativa en materia de protección de la competencia, salvedad hecha de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, expone entre otros los siguientes argumentos:

“A raíz de la expedición de la Ley 1340 de 2009⁷²¹ la Superintendencia de Industria y Comercio fue designada como autoridad única a nivel nacional en lo atinente a protección de la competencia, lo cual involucra a las integraciones económicas, prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal administrativa.

En efecto, con la expedición de la citada norma, se estableció un nuevo régimen de protección de la competencia, derogando tácitamente el régimen anterior, y por consiguiente modificó aquellas modalidades contractuales del artículo 1866 del Código de Comercio, de las cuales conoció la Aerocivil.

El rol de la Aeronáutica Civil, en virtud de sus nuevas competencias establecidas en el párrafo del artículo 8 de la citada ley, se limita única y exclusivamente a los asuntos relativos a la autorización de las operaciones comerciales entre los explotadores de

721 Nota de la SIC: “La Ley 1340 de 2009 prima sobre las disposiciones del artículo 1866 del Código de Comercio, dado que además de ser norma especial en el tema de protección de la competencia, es ley posterior”.

aeronaves consistentes en contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, intercambio y bloqueo de espacio en aeronaves, la cual continúa en cabeza de la Aerocivil.

En tanto se presenten diversas modalidades contractuales que se extiendan más allá de dichas operaciones, y que, por consiguiente, impliquen otros elementos que se encuentren por fuera de los enunciados en la norma, primará la competencia privativa de esta Superintendencia. Es por esta razón fundamental que continúa en cabeza de la SIC el análisis de efectos sobre la competencia” (folios 147 y 148).

Como se observa, la SIC considera que la enumeración de modalidades contractuales que hace el parágrafo del artículo 8º de la ley 1340 de 2009 es taxativa y por tanto, según su criterio, el control de las modalidades contractuales que no estén allí mencionadas le corresponde a ella.

La SIC hace una serie de consideraciones sobre la operación planteada para determinar que se trata de una integración y agrega:

”Frente al caso particular, y dado que la integración bajo estudio contiene componentes de competencia privativa de esta Superintendencia, la SIC como autoridad única de competencia debe estudiar algunos elementos del contrato de Joint Venture entre las aerolíneas AIRFRANCE S.A., DELTA AIRLINES INC., KLM CÍA. HOLANDESA DE AVIACIÓN y ALITALIA LÍNEAS AÉREAS ITALIANAS S.P.A., con el fin de decidir si la integración planteada conduce a una indebida restricción de la competencia” (folio 148).

2. Posición de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil – AEROCIVIL

La AEROCIVIL expresa que tiene la competencia para pronunciarse sobre operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves por medio de contratos como el de Joint Venture sometido a su examen por las mencionadas aerolíneas, y aduce:

- a. El artículo 1866 del Código de Comercio establece que quedan sujetos a la aprobación previa de la AEROCIVIL los convenios entre explotadores de aeronaves que impliquen explotación conjunta de servicios aéreos, y el parágrafo del artículo 8º de la ley 1340 de 2009 dispuso conservar dicha competencia diciendo que competía a la AEROCIVIL la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes, entre otras modalidades, en explotación conjunta. Y agrega:

“Visto lo anterior, esta entidad es competente para conocer y pronunciarse sobre el Acuerdo de Joint Venture presentado a consideración, toda vez que el mismo cabe dentro del control asignado a la AERONÁUTICA CIVIL, pues se enmarcaría dentro del concepto de EXPLOTACIÓN CONJUNTA, entendida la explotación conjunta como una figura que se puede referir a una variada gama de acuerdos comerciales u operacionales entre explotadores de aeronaves, y que generalmente se realizan en el marco de una alianza, para alcanzar mayores sinergias y eficiencias. Así mismo estos acuerdos pueden tratar sobre rutas, aeronaves, marcas, negociándose temas como diversidad de horarios, calidad y capacidad de aeronaves, organización comercial, material de vuelo, personal, etc.” (folio 205).

- b. La competencia de la AEROCIVIL constituye una excepción a la competencia privativa de la SIC en materia de protección de la competencia, según afirma la Corte

Constitucional en la sentencia C-277 del 12 de abril de 2011, en la que declaró exequible el citado párrafo del artículo 8º de la Ley 1340 de 2009, en los siguientes términos:

*“La modificación entonces consistió estrictamente en que en **los asuntos de competencia relacionados con el sector aeronáutico, no es aplicable la regla general de competencia privativa de la SIC, sino una excepción a ésta, para que la Aeronáutica Civil conservara las facultades al respecto de libre competencia entre empresas aeronáuticas.**” (Negrillas de la AEROCIVIL) (folio 195).*

- c. La competencia de la AEROCIVIL para conocer y aprobar o improbar el contrato de riesgo compartido (Joint Venture) planteado por las mencionadas aerolíneas, frente a las disposiciones de protección de la competencia, se fundamenta jurídicamente en el artículo 1866 del Código de Comercio, en concordancia con lo dispuesto por el párrafo del artículo 8º de la Ley 1340 de 2009 y lo expresado sobre este por la Corte Constitucional.

Su apoderado manifiesta en el alegato de conclusión:

“La Ley 1340 de 2009 no derogó el artículo 1866 del Código de Comercio, no sólo porque ambos reiteran la competencia de la AERONÁUTICA CIVIL en materia de acuerdos entre explotadores de aeronaves, incluidas las integraciones, sino que los mismos contemplan modalidades de operaciones comerciales diferentes que pueden generar restricciones a la competencia en el sector aeronáutico. De esta forma la Ley 1340 amplía de manera enunciativa y no taxativa las diferentes operaciones de acuerdos comerciales, sobre las que recae la competencia de autorización de la AERONÁUTICA CIVIL, por lo que puede entenderse como una norma concordante con el artículo 1866 del Código de Comercio.

Por lo anterior, tanto el Código de Comercio como la Ley 1340 de 2009 constituyen el fundamento de la competencia de la AERONÁUTICA CIVIL, teniendo en cuenta la redacción expresa, clara y contundente tanto de la Ley 1340 de 2009 como del artículo 1866 del Código de Comercio.

No debe perderse de vista lo señalado en el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, en el sentido de que en caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, éstas prevalecerán exclusivamente en el tema específico. Así las cosas, no podría interpretarse que operó una derogación tácita al citado artículo 1866, toda vez que el mismo otorga una competencia especial que la Ley 1340 de 2009 por el contrario, la conservó” (folio 213).

- d. La AEROCIVIL destaca la importancia de su especialidad y conocimiento en materia aeronáutica, de modo que “puede establecer con el mejor criterio si una operación entre los distintos actores de la cadena del sector aeronáutico va a restringir de manera indebida la competencia en el servicio público esencial de transporte aéreo” (folio 214), y concluye:

“Por todo lo anterior, consideramos que la AERONÁUTICA CIVIL conserva su competencia en materia de aprobación de acuerdos entre explotadores de aeronaves, incluidas las integraciones empresariales, manteniéndose la manera como se estaba tratando este tema desde antes de la promulgación de la

ley 1340 de 2009, la cual adicionalmente amplió el catálogo de actividades sobre dicha competencia y complementó el artículo 1866 del Código de Comercio” (folio 214).

3. Posición de la Asociación del Transporte Aéreo en Colombia –ATAC

La Asociación del Transporte Aéreo en Colombia – ATAC es una entidad sin ánimo de lucro que, según expresa en su escrito (folios 157 a 181), agrupa a las aerolíneas que movilizan el 97,4% del mercado total nacional e internacional de pasajeros y es la más representativa en el mercado nacional e internacional de carga, razón por la cual establece en sus estatutos, particularmente en el artículo 3, numeral 3.1, literal h), que se encuentra legitimada para “llevar la vocería de esta industria ante los poderes públicos y ante el país”, razón por la cual interviene en esta actuación “en su representación” (folio 157).

La ATAC considera que en este evento la competencia se encuentra en cabeza de la Aeronáutica Civil, para lo cual hace una exposición sobre la tendencia mundial en el sector aéreo y la especialidad del sector. Su análisis jurídico coincide en sus apartes esenciales con el formulado por la AEROCIVIL, razón por la cual no es necesario extenderse aquí sobre tales planteamientos.

4. Posición de DELTA AIR LINES INC. SUCURSAL DE COLOMBIA

La sociedad DELTA AIR LINES INC. SUCURSAL DE COLOMBIA expresa en su escrito (folios 234 a 236) que, aun cuando la ley 1340 de 2009 establece que la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC, es la autoridad nacional de protección de la competencia, consagra dos excepciones en materia de integraciones empresariales en las que dicha entidad no tiene competencia para aprobar, condicionar u objetar las operaciones: las integraciones entre entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia (artículo 9º) y algunas modalidades de operaciones que se realicen en el mercado aeronáutico entre explotadores de aeronaves (artículo 8º).

Considera que el párrafo del artículo 8º de la ley 1340 de 2009 complementa lo dispuesto en el artículo 1866 del Código de Comercio, y le entrega a la AEROCIVIL el control de las integraciones en el sector aeronáutico, pero exclusivamente cuando se realicen entre explotadores de aeronaves y se refieran a los acuerdos enumerados taxativamente en la ley. Precisa, además, que en la integración entre DELTA, AIRFRANCE, KLM y ALITALIA existen aspectos que se encuentran dentro del control asignado a la AEROCIVIL, pues el acuerdo incorpora, por ejemplo, “contratos de código compartido” y actividades de “explotación conjunta”.

Agrega que el Joint Venture, mecanismo de integración de la operación, incorpora otra serie de medidas y políticas que desbordan los acuerdos mencionados en el párrafo del artículo 8º de la ley 1340 de 2009 como, por ejemplo, ajustar la capacidad de las rutas, reconfigurar la flota de las aerolíneas y tomar decisiones conjuntas para generar ingresos, que son competencia de la SIC. Considera entonces, que existe una competencia compartida entre la AEROCIVIL y la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer y aprobar la integración empresarial entre las cuatro aerolíneas mencionadas.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. Competencia de la Sala

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 4º de la ley 954 de 2005, la Sala es competente para conocer de la presente actuación por tratarse de un conflicto de competencias referente al ejercicio de funciones administrativas suscitado entre dos entidades públicas del orden nacional: la Superintendencia de Industria y Comercio y la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

2. Análisis del conflicto

La Sala observa que el problema jurídico del presente conflicto de competencias claramente gira en torno a la interpretación del artículo 8º de la ley 1340 de 2009, junto con su párrafo, que dice así:

“Artículo 8º.- Aviso a otras autoridades.- AVISO A OTRAS AUTORIDADES. *En la oportunidad prevista en el numeral 4 del artículo 10 de esta ley, o, tratándose de una investigación, dentro de los diez (10) días siguientes a su inicio, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá comunicar tales hechos a las entidades de regulación y de control y vigilancia competentes según el sector o los sectores involucrados. Estas últimas podrán, si así lo consideran, emitir su concepto técnico en relación con el asunto puesto en su conocimiento, dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación y sin perjuicio de la posibilidad de intervenir, de oficio o a solicitud de la Superintendencia de Industria y Comercio, en cualquier momento de la respectiva actuación. Los conceptos emitidos por las referidas autoridades deberán darse en el marco de las disposiciones legales aplicables a las situaciones que se ventilan y no serán vinculantes para la Superintendencia de Industria y Comercio. Sin embargo, si la Superintendencia de Industria y Comercio se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar, de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos jurídicos o económicos que justifiquen su decisión.*

Parágrafo.- *La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil conservará su competencia para la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes en contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, intercambio y bloqueo de espacio en aeronaves”.*

El artículo 8º en cita, en concordancia con el artículo 10 de la misma ley, establece por vía general el deber que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio de dar aviso a las entidades de regulación y de control y vigilancia competentes según el sector o los sectores involucrados, cuando se trate de obtener el pronunciamiento previo de la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con una operación de integración proyectada.

El párrafo señala que la AEROCIVIL conserva su competencia. ¿Cuál competencia? Se entiende que es la establecida para la autoridad aeronáutica⁷²² en el artículo 1866 del Código de Comercio, el cual preceptúa:

722 El artículo 1782 del Código de Comercio indica cuál es la autoridad aeronáutica en el país:

“Artículo 1782.- Por ‘autoridad aeronáutica’ se entiende el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil o la entidad que en el futuro asuma las funciones que actualmente desempeña dicha jefatura.

Corresponde a esta autoridad dictar los reglamentos aeronáuticos”.

“Artículo 1866.- *Quedan sujetos a la aprobación previa de la autoridad aeronáutica los convenios entre explotadores que impliquen acuerdos de colaboración, integración o explotación conjunta, conexión, consolidación o fusión de servicios, o que de cualquier manera tiendan a regularizar o limitar la competencia o el tráfico aéreo”.*

Como se advierte, el citado párrafo dispone que la AEROCIVIL “conservará su competencia” y además la complementa y extiende “para la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes” en diversos tipos de contratos, entre los cuales se encuentra el de “explotación conjunta” de servicios aéreos. Y, además, de manera expresa señala que comprende los convenios entre explotadores “que de cualquier manera tiendan a regularizar o limitar **la competencia** o el tráfico aéreo”.

El punto en discusión que origina el presente conflicto consiste en determinar si el citado párrafo establece o no una excepción a la competencia privativa de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección de la competencia.

La respuesta debe ser afirmativa si se atiende a la interpretación de la Corte Constitucional en su sentencia C- 277 del 12 de abril de 2011, mediante la cual declaró “exequible el párrafo del artículo 8 de la Ley 1340 de 2009, por los cargos analizados”, los cuales consistían en la presunta violación de los principios de consecutividad e identidad flexible en la aprobación de ese párrafo por el Congreso de la República.

Al efectuar el análisis respectivo, la Corte encontró que se respetaron tales principios y en su fundamentación manifestó lo siguiente:

*“Ahora bien, justamente como resultado de las observaciones hechas por aquellos quienes defendieron el criterio de la especialidad, se concluyó que **era necesario que se conservara la competencia de la Aeronáutica Civil para la autorización de todas las operaciones comerciales, entre los explotadores de aeronaves, consistentes en contratos de códigos compartidos, sustracción con hurto, utilización de aeronaves, enfrentamiento, intercambios y bloqueo de espacios en aeronaves. De los asuntos relacionados con la competencia de las empresas aeronáuticas, los parlamentarios acogieron lo advertido por la Aeronáutica Civil y por la Asociación de Aviadores en cuanto a que esos aspectos no se rigen por la legislación colombiana, sino que se rigen por convenios internacionales y consideraron que se trata de un sector de carácter especializado que requiere un conocimiento específico por parte de quien lo vigile.***

(...)

*Si bien el texto específico de este párrafo fue introducido durante el cuarto debate ante la Plenaria de la Cámara de Representantes, su contenido material – **el mantenimiento de las competencias de la Aeronáutica Civil para la autorización de todas las operaciones comerciales, entre los explotadores de aeronaves, consistentes en contratos de códigos compartidos, sustracción con hurto, utilización de aeronaves, enfrentamiento, intercambios y bloqueo de espacios en aeronaves guarda una conexidad temática directa con el contenido de las demás disposiciones del artículo 8 y del Capítulo III sobre Autoridad nacional en materia de protección de la competencia, y, en general, con el objeto y esencia de la Ley cual es el de establecer un régimen de protección de la libre competencia.***

*En efecto, la conexidad directa que existe entre el párrafo acusado y el artículo y capítulo a los cuales pertenece **reside en la relación que existe entre la regla general y la excepción.** El artículo 6 consagra*

la regla general de constituir a la SIC como la autoridad única en materia de protección de la competencia, esto es, adquiere la facultad privativa de adelantar las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

(...)

El parágrafo acusado establece una excepción a todo el anterior régimen, señalando que la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil conservará su competencia para la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes en contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, intercambio y bloqueo de espacio en aeronaves.

(...)

En efecto, la creación de una excepción a la regla general según la cual sólo existe una autoridad única en materia de protección de la libre competencia económica que es, precisamente, uno de los pilares de la Ley, no puede entenderse como un asunto ajeno, extraño o lejano al objeto y esencia del proyecto que en ese momento se discutía y que, claramente hace parte de la libertad de configuración normativa del legislador. Si bien una de las características principales de la Ley es la centralización de facultades en materia de competencia en cabeza de la SIC, en ésta no se agota su objeto y fin pues, en esencia, el contenido general de la misma busca sistematizar y regular todo lo atinente a la protección de la libre competencia económica, marco dentro del cual cabe perfectamente el contenido de la norma acusada como manifestación del principio democrático.

Mantener en cabeza de la Aeronáutica Civil la competencia para la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes en contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, intercambio y bloqueo de espacio en aeronaves, no es un asunto que modifique sustancialmente el proyecto de ley hasta el punto de hacerlo totalmente distinto al hasta ese momento aprobado, pues simplemente constituye una excepción a la regla general sobre competencia orgánica del objeto de la ley. La modificación entonces consistió estrictamente en que en los asuntos de competencia relacionados con el sector aeronáutico, no es aplicable la regla general de competencia privativa de la SIC, sino una excepción a ésta, para que la Aeronáutica Civil conservara las facultades al respecto de libre competencia entre empresas aeronáuticas.

(...)

Así las cosas, la Sala concluye que sí existe identidad entre la modificación introducida por la norma acusada y la esencia y objeto de la ley en cuanto existe una relación de regla general y excepción perfectamente válida dentro del principio democrático y de libertad de configuración normativa del legislador...” (Negrilla de la Sala).

En el caso concreto, la Sala observa que el aludido contrato de riesgo compartido (Joint Venture) constituye una operación comercial entre las mencionadas aerolíneas (o explotadores de aeronaves) consistente en una “explotación conjunta”, de manera que está claramente comprendido en la enumeración de contratos que trae el parágrafo del artículo 8º

de la ley 1340 de 2009, así como también en la del artículo 1866 del Código de Comercio. Por consiguiente, siguiendo el razonamiento de la Corte Constitucional, se tiene que dicha operación de integración empresarial se encuentra dentro del campo de competencia de la AEROCIVIL, en virtud de una excepción a la regla general según la cual la SIC es la autoridad nacional de protección de la competencia.

Si bien pudieran existir algunos detalles de la operación que podrían ser de competencia de la SIC, por no estar comprendidos dentro de la enumeración de contratos de las citadas normas, según lo señala el representante legal de DELTA AIR LINES, lo cierto es que al constituir el mencionado contrato una explotación conjunta de servicios aéreos, este factor determina suficientemente la competencia de la autoridad aeronáutica, para conocer y analizar todos los aspectos relativos al estudio y valoración de todos los elementos atinentes a la operación conjunta de servicios aéreos, incluida, por supuesto, la protección de la competencia.

El artículo 1866 del Código de Comercio, como ya se ha señalado, confiere facultad a la autoridad aeronáutica para expedir aprobación previa respecto de los convenios entre explotadores que de cualquier manera tiendan a regularizar o limitar la competencia o el tráfico aéreo. De dicha norma y del análisis precedente se deriva con toda claridad que las actividades de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil – AEROCIVIL no están restringidas a las funciones de control propias de la policía administrativa, sino que se extienden al ejercicio de la atribución estatal de intervención económica en su moderna concepción. Así las cosas, el artículo 1866 del Código de Comercio debe interpretarse en el contexto de la Constitución y de la propia ley 1340 de 2009.

Como ya ha tenido oportunidad de observar la Sala, desde 1991 la Constitución: “adoptó las nuevas tendencias publicistas que ubican los servicios públicos en el contexto empresarial de un mercado libre en el que el Estado concurre, en su condición de agente económico en igualdad de condiciones con los particulares habilitados a tal efecto por la Constitución, sin que por ello pueda liberarse del más esencial de sus deberes en esta materia: intervenir, o lo que es lo mismo, regular, controlar y vigilar el desempeño de los agentes económicos que interactúan en el intercambio libre de bienes y servicios a fin de obtener su propósito último valiéndose de los instrumentos que pone a su disposición la función interventora, esto es, asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados, maximizar la eficacia en la prestación de los servicios públicos, minimizar el impacto nocivo de los monopolios en la economía, y por sobre todo asegurar la función social de la empresa”.⁷²³

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1866 del Código de Comercio y el parágrafo del artículo 8º de la ley 1340 de 2009, debe concluirse que la AEROCIVIL es la entidad competente para conocer y aprobar o improbar las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves, consistentes en contratos como el mencionado de riesgo compartido (Joint Venture), con base en las normas y reglamentos aeronáuticos y las disposiciones de protección de la competencia, incluyendo estas últimas, en especial, las referentes a prácticas comerciales restrictivas y el régimen de integraciones empresariales (art. 2º ley 1340 de 2009).

Por lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

723 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de octubre 16 de 2002, Radicación número 1454, Consejera ponente Susana Montes de Echeverri.

RESUELVE:

Primero.- Declarar que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil – AEROCIVIL es la entidad competente para emitir la autorización o aprobación previa de la operación comercial consistente en el mencionado Contrato de Riesgo Compartido (Joint Venture) celebrado entre las sociedades AIRFRANCE S.A., DELTA AIRLINES INC., KLM CÍA. HOLANDESA DE AVIACIÓN y ALITALIA LÍNEAS AÉREAS ITALIANAS S.P.A., en aplicación de las normas y reglamentos aeronáuticos y las disposiciones sobre protección de la competencia.

Segundo.- Reconocer personería al doctor Ramón Francisco Cárdenas Ramírez, como apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC, al doctor Álvaro Elías Baene Ferez, como apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil – AEROCIVIL, al doctor Agustín Ibarra Salas, como apoderado de la Asociación del Transporte Aéreo en Colombia – ATAC, y al doctor Ricardo Garnica como representante legal de DELTA AIR LINES INC. SUCURSAL DE COLOMBIA, en la presente actuación.

Tercero.- Comunicar esta decisión a la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil – AEROCIVIL, la Asociación del Transporte Aéreo en Colombia – ATAC, y las sociedades DELTA AIR LINES INC. SUCURSAL DE COLOMBIA, AIRFRANCE S.A., KLM CÍA. HOLANDESA DE AVIACIÓN y ALITALIA LÍNEAS AÉREAS ITALIANAS S.P.A.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, Presidente de la Sala. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala.

8. Contraloría General de Antioquia frente a la Contraloría General de la República

Radicado 2011-00053

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Fecha: 18/11/2011

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, adicionada por el artículo 4º de la Ley 954 de 2005, pasa a resolver el conflicto positivo de competencias planteado por la Contraloría General de Antioquia frente a la Contraloría General de la República.

1. Antecedentes

Actualmente se tramitan en la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad fiscal de la Contraloría General de Antioquia los procesos No. 273 de 2009, 078 de 2007 y el 158 de 2007, correspondientes a FOGANSA S.A., FIDUCIARIA CENTRAL S.A. e IDEA respectivamente.

Simultáneamente al desarrollo de dichos procesos, se dio trámite a una solicitud de control excepcional por parte de la Contraloría General de la República – en adelante CGR – hecha por la Comisión Legal de Cuentas del Congreso de la República, la cual fue aprobada.

Mediante autos No. 000902 y 000903 la CGR admitió el control excepcional de los mencionados procesos y comisionó al Grupo de Investigaciones de la Gerencia Departamental de Antioquia y a la Dirección de Investigaciones de la Contraloría de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República para tal fin.

Al respecto, la Contraloría General de Antioquia considera que esto va en contra de las normas constitucionales y legales que le asignan la función de ejercer el control fiscal en las entidades descentralizadas del orden departamental, por lo que, a juicio de dicho organismo, la CGR “se abroga funciones que no le corresponden y vacía de competencias a la Contraloría General de Antioquia mediante dichos actos administrativos inconstitucionales e ilegales...”.

Mediante providencia No. 2011 421001583-4 la Contraloría General de Antioquia rechazó el trámite adelantado por CGR y solicitó a ésta Sala que dirimiera el presente asunto.

Argumenta dicho organismo que el mandato constitucional contenido en el inciso 1º del artículo 267 solo se legitima frente a cuentas de cualquier entidad territorial y no respecto de sus entidades descentralizadas, cuyo control, a su juicio, es de competencia exclusiva de las Contralorías Departamentales y municipales.

Aduce que las entidades que están siendo objeto de control fiscal son entidades descentralizadas y que por tanto no puede la Contraloría General de la República mediante control excepcional tener conocimiento de dichos procesos.

2. Actuación procesal

El conflicto de la referencia permaneció fijado en lista en la Secretaría de esta Corporación por el término de 3 días, con el fin de que las partes y las personas con interés en el asunto presentaran sus alegatos, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 33 del Código Contencioso Administrativo.

Durante este término, intervino la Contraloría General de la República. De manera extemporánea intervino el señor Aníbal Gaviria Correa por parte de la Contraloría General de Antioquia.

El doctor Néstor Iván Arias Afanador, apoderado de la Contraloría General de la República manifestó que la Comisión Legal de Cuentas del Congreso de la República mediante proposición No. 015 de 2011 solicitó que se hiciera control excepcional sobre el Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 273 de 2009 que adelanta la Contraloría de Antioquia.

Manifiesta el interviniente que una vez hecha la solicitud de control excepcional por parte de la Comisión Legal de Cuentas a la CGR, la Contraloría General de Antioquia decidió dar continuidad al proceso 158-2007, el cual llevaba más de tres años inactivo y profirió el Auto 049 de 2010 en el que se vinculó al proceso al Senador Prieto Soto, quien para la época en que ocurrieron los hechos que originaron la actuación ostentaba la calidad de Gerente General de IDEA.

El control excepcional fue admitido mediante auto No. 00093 de 11 de agosto de 2011, emitido por el Contralor Delegado de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva.

Señala también que mediante oficio 82113 042 del 11 de agosto del presente año, se le informó a la Contraloría General de Antioquia que se había comisionado al doctor Jhon Javier Jaramillo Zapata, Contralor Delegado para Investigaciones, Juicios Fiscales y

Jurisdicción Coactiva para avocar el conocimiento por vía de control excepcional sobre los procesos de responsabilidad fiscal que cursan en dicho organismo, solicitándole que impartiera las instrucciones necesarias para abstenerse de seguir conociendo de los hechos relacionados con el objeto del control excepcional y remitir lo actuado al Grupo de Investigaciones de la Gerencia Departamental de Antioquia y a la Dirección de Investigaciones de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República.

Menciona el apoderado de la CGR, que la Contraloría General de Antioquia de manera sorpresiva mediante resolución 2011 001 001583-4 decide *“Rechazar por Inconstitucional e ilegal el Control Excepcional admitido por la Contraloría General de la República, respecto de los Procesos de Responsabilidad Fiscal No. 078 de 2007, 158 de 2007 y 273 de 2003”*, y que dicha entidad le solicitó el 29 de agosto de 2011 la revocatoria directa sobre los autos mediante los cuales admitió el control excepcional de los procesos de Responsabilidad Fiscal No. 0273-2009 y 158 de 2007.

Como fundamento de lo expuesto argumenta que la Constitución Política en el inciso 1º del artículo 267 y los artículos 49, 63 y 122 de las leyes 42 de 1993, 610 de 2000⁷²⁴ y 1474 de 2011 respetivamente, le asignan a la Contraloría General de la República la atribución de ejercer el control fiscal excepcional sobre las cuentas de cualquier institución pública o privada que maneje recursos públicos, con independencia del origen nacional o territorial de éstos, para ejercer integralmente la vigilancia fiscal.

Para complementar su intervención hace referencia al pronunciamiento realizado por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República respecto de la competencia para ejercer el control excepcional de las entidades descentralizadas por servicios del orden territorial, mencionando que de las disposiciones legales y constitucionales se concluye que dicho control se proyecta ordinariamente sobre los recursos y no sobre las entidades, es decir sobre los dineros que no pertenecen a la competencia ordinaria de la CGR y no sobre las entidades territoriales *“por lo que a la expresión entidades territoriales, usada por el legislador, no se le debe dar una interpretación tan estricta y literal”*.

Finalmente, considera que cuando la Contraloría General de la República ejerce el control excepcional sobre investigaciones que estén adelantando las Contralorías Territoriales está ejerciendo de manera íntegra la vigilancia fiscal y por tanto, para ese organismo no es de recibo que puedan existir entidades frente a las que no se pueda ejercer dicho control.

2. CONSIDERACIONES:

2.1 La competencia de la Sala

El artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 4o. de la Ley 954 de 2005⁷²⁵, señala:

724 ARTICULO 63. CONTROL FISCAL EXCEPCIONAL. La Contraloría General de la República tiene competencia prevalente para adelantar hasta su culminación los procesos de responsabilidad fiscal que se originen como consecuencia del ejercicio de la facultad excepcional de control establecida en el artículo 267 de la Constitución Política.

725 Por medio de la cual se modifican, adicionan y derogan algunos artículos de la Ley 446 de 1998 y del Código Contencioso Administrativo, y se dictan otras disposiciones sobre competencia, descongestión, eficiencia y acceso a la administración de justicia.

“ARTICULO 33. FUNCIONARIO INCOMPETENTE. Si el funcionario a quien se dirige la petición, o ante quien se cumple el deber legal de solicitar que inicie la actuación administrativa, no es el competente, deberá informarlo en el acto al interesado, si éste actúa verbalmente; o dentro del término de diez (10) días, a partir de la recepción si obró por escrito; en este último caso el funcionario a quien se hizo la petición deberá enviar el escrito, dentro del mismo término, al competente, y los términos establecidos para decidir se ampliarán en diez (10) días.

PARÁGRAFO. Los conflictos de competencias administrativas se resolverán de oficio, o por solicitud de la persona interesada. La entidad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si ésta también se declara incompetente remitirá la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Si dos entidades administrativas se consideran competentes para conocer y definir un determinado asunto, remitirán la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

En los dos eventos descritos se observará el siguiente procedimiento: Recibida la actuación en la Secretaría de la Sala, se fijará por tres (3) días hábiles comunes en lista a fin de que los representantes de las entidades en conflicto y las personas que tuvieren interés en el asunto puedan presentar sus alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes”. (Negrilla fuera de texto).

Por su parte, el artículo 131 del C.C.A. (modificado por el art. 39 de la Ley 446 de 1998), le asigna a los Tribunales Administrativos la competencia para resolver los conflictos de competencias administrativas que se susciten entre entidades públicas del orden departamental, distrital o municipal.

De acuerdo con lo anterior y conforme ya se ha señalado en otras oportunidades⁷²⁶, un análisis sistemático de ambas disposiciones determina que corresponde a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado decidir los conflictos de competencias administrativas que involucren entidades nacionales entre sí, o entre entidades nacionales y locales; por su parte, los Tribunales Administrativos conocerán de los conflictos que surjan exclusivamente entre autoridades locales.

En el presente caso, la discusión de competencias administrativas comprende una autoridad del orden nacional (la Contraloría General de la República), razón por la cual esta Sala deberá resolver el conflicto planteado.

2.2 La competencia prevalente de la Contraloría General de la República

La distribución de las competencias de control fiscal entre la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales se encuentra en la Constitución, que le asigna a la primera la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen **fondos o bienes de la Nación** (artículo 267), y a las segundas, la de quienes administren recursos de **los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías**.

Así, respecto de la Contraloría General de la República, el artículo 267 de la Constitución establece:

⁷²⁶ Auto del 22 de junio de 2006. Expediente 200600059.

*“El control fiscal es una función pública que ejercerá la **Contraloría General de la República**, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades **que manejen fondos o bienes de la Nación**.”*

Por su parte, el artículo 272 constitucional señala:

“La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.”

La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales. (...)”

Ahora bien, sin perjuicio de esa distribución inicial de competencias entre el organismo de control nacional y los territoriales, la misma Constitución permite que la primera, en los casos excepcionales que señale la ley, asuma competencia prevalente sobre cuentas de las entidades territoriales. En efecto, el artículo 267 Superior establece:

“En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial. (...)” (negrilla fuera de texto).”

De esta manera, la Constitución le otorga a la Contraloría General de la República una facultad especial para asumir competencias inicialmente asignadas a las contralorías territoriales, que en tal caso quedarán desplazadas de su competencia natural para ejercer el control fiscal de los entes territoriales.

Ahora bien, con fundamento en estas normas constitucionales, el artículo 26 de la Ley 42 de 1993 “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen” estableció los casos excepcionales en que la Contraloría General de la República puede ejercer esa facultad constitucional:

ARTÍCULO 26. La Contraloría General de la República podrá ejercer control posterior, en forma excepcional, sobre las cuentas de cualquier entidad territorial, sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales y municipales, en los siguientes casos:

- a) **A solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal, de cualquier comisión permanente del Congreso de la República** o de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales.*
- b) A solicitud de la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación que establece la Ley. (Negrilla fuera de texto).*

Y en su artículo 49 reiteró:

*“ARTÍCULO 49. La Contraloría General de la República vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. **Excepcionalmente y de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la presente Ley, ejercerá control posterior sobre las cuentas de cualquier entidad territorial.**” (Negrilla fuera de texto).*

De manera reciente se expidió la ley 1474 de 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, en cuyo artículo

122 se refuerza aún más la facultad de control prevalente—excepcional de la Contraloría General de la República:

“ARTÍCULO 122. CONTROL EXCEPCIONAL. Cuando a través de las Comisiones Constitucionales Permanentes del Congreso se solicite a la Contraloría General de la República, ejercer el control excepcional de las investigaciones que se estén adelantando por el ente de control fiscal del nivel territorial correspondiente, quien así lo solicitare deberá:

1. Presentar un informe previo y detallado en el cual sustente las razones que fundamentan la solicitud.
2. La solicitud debe ser aprobada por la mayoría absoluta de la Comisión Constitucional a la cual pertenece.

PARÁGRAFO. Si la solicitud fuere negada esta no podrá volver a presentarse hasta pasado un año de la misma.”

En este mismo sentido, la normatividad propia de la CGR recoge tales lineamientos en la Resolución 6069 de 2009 así:

*“ARTÍCULO 2o. DEFINICIÓN DEL CONTROL FISCAL POSTERIOR EJERCIDO EN FORMA EXCEPCIONAL. Se entiende por control fiscal posterior en forma excepcional, la facultad Constitucional y legal otorgada a la Contraloría General de la República para ejercer control fiscal **en cualquiera de sus modalidades y acciones sobre las cuentas de cualquier entidad del nivel territorial, cuya competencia natural está asignada en el ente de control fiscal territorial, relevando a este de su competencia sobre los asuntos materia del mismo;** previo cumplimiento de los requisitos previstos por la ley.*

En estos eventos, las contralorías territoriales no podrán invocar sus competencias ordinarias para oponerse al ejercicio de la facultad excepcional que el ordenamiento jurídico le otorga a la Contraloría General de la República, pues esta última prima, por mandato constitucional, sobre aquellas otras.

Al respecto, la Sala señaló lo siguiente al dirimir un conflicto de competencias surgido entre la Contraloría General de la República y la Contraloría Departamental del Guaviare⁷²⁷:

“...Por mandato constitucional corresponde a la Contraloría General de la República vigilar “la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen bienes o fondos de la Nación” (Art. 267, inciso primero); y, “en los casos excepcionales previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer el control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial” (Art. 267, inciso tercero, parte final).

Así pues, el control excepcional que puede asumir la Contraloría General de la República respecto de las entidades del nivel territorial es “posterior” y es sobre “cuentas”.

La ley 42 de 1993⁷²⁸, en desarrollo del artículo 267 constitucional, organiza el sistema de control fiscal financiero. De su articulado es pertinente destacar:

El artículo 5º, define el “control posterior” como “la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos.”

727 Auto del 6 de septiembre de 2011. Radicación No. 11001030600020110001600 M.P. Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

728 Ley 42 de 1993 (enero 26), “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen.”, D. O. No. 40.732 (enero 27/93). “Artículo 49. La Contraloría General de la República vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Excepcionalmente y de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la presente Ley, ejercerá control posterior sobre las cuentas de cualquier entidad territorial”.

El artículo 15, según el cual, para efectos de la misma ley 42 de 1993, se “entiende por cuenta el informe acompañado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario”.

El artículo 14, establece que “la revisión de cuentas es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de las actuaciones.”

El artículo 26, ya citado, enuncia los dos casos en los cuales procede el control posterior excepcional de la Contraloría General de la República, sobre las cuentas de las entidades territoriales, a saber: por solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal, o de cualquier Comisión Permanente del Congreso de la República, o de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales; y b) por solicitud de “la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación que establece la Ley.”⁷²⁹

El sentido de las normas constitucionales y legales transcritas está recogido en la normatividad propia de la Contraloría General de la República, particularmente en la Resolución Orgánica No. 6069 de 2009⁷³⁰, vigente, que regula el procedimiento para el ejercicio del control fiscal posterior excepcional.

Para la presente consulta se destaca el artículo 2º, en el que define el control fiscal posterior excepcional, como “la facultad Constitucional y legal otorgada a la Contraloría General de la República para ejercer control fiscal en cualquiera de sus modalidades y acciones sobre las cuentas de cualquier entidad del nivel territorial, cuya competencia natural está asignada en el ente de control fiscal territorial, relevando a este de su competencia sobre los asuntos materia del mismo; previo cumplimiento de los requisitos previstos por la ley.”

2.3 El control excepcional de la Contraloría General de la República se extiende a las entidades descentralizadas de las entidades territoriales

Señala la Contraloría General de Antioquia que en cualquier caso la Contraloría General de la República no podría extender su control excepcional a las entidades descentralizadas de los entes territoriales porque la Constitución no lo señaló expresamente. A su juicio, cuando el artículo 267 de la Constitución señala que “**la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial**”, limitó tal potestad excepcional a las cuentas de la entidad territorial como tal (departamento, distrito o municipio), con exclusión de sus entidades descentralizadas.

Para la Sala es claro que tal entendimiento de la norma superior no es posible, pues si ello fuere así y se asumiera esa misma lógica interpretativa, se llegaría a la conclusión, constitucionalmente inadmisibles, de que las entidades descentralizadas de los entes territoriales no tendrían ningún tipo de control fiscal, ni siquiera de las propias contralorías

729 La ley 610 de 2000 (agosto 15), “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías”, adicionó la solicitud del personero municipal cuando en el municipio correspondiente no exista contraloría municipal.

730 Resolución Orgánica 6069 de 2009 (agosto 26) “Por la cual se deroga la Resolución 5588 del 8 de junio de 2004, que establece la competencia para el conocimiento, admisión y trámite para el ejercicio del control fiscal posterior excepcional en la Contraloría General de la República, y se implementan acciones de mejora continua.” D.O. No. 47.468 de Sept. 10/09.

territoriales, pues cuando la Constitución fija la competencia de estas últimas tampoco alude de manera expresa a la descentralización por servicios:

“Art. 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.”

Si se siguiera la interpretación propuesta por la Contraloría General de Antioquia se tendría entonces que las contralorías territoriales ejercen control fiscal sobre departamentos distritos y municipios, pero no sobre sus entes descentralizados porque la Constitución no lo señala expresamente.

Claramente, el ejercicio del Control fiscal comprende la vigilancia de los recursos del Estado en todos sus órdenes y niveles⁷³¹, de forma que la falta de mención constitucional de los entes descentralizados en los artículos 267 y 272 de la Constitución no implica en absoluto su exclusión de dicha fiscalización, pues los mismos forman parte del Estado (art.115 y 210 C.P.) y como tal están sujetos a los principios de moralidad, eficacia y economía (art.209 C.P.) y a la vigilancia de los organismos de control; por tanto, esos entes descentralizados son fiscalizados por las contralorías territoriales cuando corresponden al nivel territorial y, por lo mismo, son susceptibles del control excepcional que puede ejercer la Contraloría General de la República sobre las cuentas territoriales conforme al artículo 267 de la Constitución.

De manera que así como se entiende que el control fiscal de los departamentos, distritos y municipios por las contralorías territoriales comprende a sus entidades descentralizadas (art.272 C.P.), en el mismo sentido es claro que el control excepcional de la Contraloría General de la República alcanza las cuentas de las entidades territoriales y, lógicamente, las de sus organismos descentralizados (art.267 *ibídem*).

2.4 El caso concreto

En el caso sub examine la causa para que procediera el control excepcional de la CGR es la solicitud de control excepcional hecha por la Comisión Legal de Cuentas del Congreso de la República, la cual fue aprobada.

Ello corresponde a lo establecido en el literal a) del mencionado artículo 26 de la Ley 42 de 1993, que señala que el control excepcional de la CGR procede “a) A solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal, de cualquier comisión permanente del Congreso de la República o de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas t-erritoriales”.

Por tanto, dado que el ejercicio de control excepcional corresponde a lo establecido en la ley, la Sala declarará competente a la Contraloría General de la República, que en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, desplaza el conocimiento natural del asunto que tenía la Contraloría General de Antioquia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

731 Ver entre otras, Sentencia C- 374 de 1995, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell: “c) El control fiscal se ejerce en los distintos niveles administrativos, esto es, en la administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios, e incluso se extiende a la gestión de los particulares cuando manejan bienes o recursos públicos. Es decir, que el control fiscal cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejen bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquél, ni su régimen jurídico.” (resaltado fuera de texto)

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR competente a la Contraloría General de la República para que continúe ejerciendo el control fiscal excepcional sobre los procesos No. 273 de 2009, 078 de 2007 y el 158 de 2007, correspondientes a FOGANSA S.A., FIDUCIARIA CENTRAL S.A. e IDEA respectivamente.

SEGUNDO: REMITIR el expediente a la Contraloría General de la República para lo de su cargo.

TERCERO: COMUNICAR la presente decisión a la Contraloría General de la República y a la Contraloría General de Antioquia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, Presidente de la Sala. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala.

9. Contraloría Departamental de Córdoba frente a la Contraloría General de la República

Radicado 2011-00055

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Fecha 27/10/2011

La Contraloría Departamental de Córdoba solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, definir la autoridad competente para conocer de la indagación preliminar que se adelanta en las dependencias administrativas de la Universidad de Córdoba, en vista de las supuestas irregularidades que se presentaron en el contrato celebrado entre esta Universidad y la empresa Frio Costa S.A. Se sintetizan los hechos así:

1. Antecedentes

El día 28 de diciembre de 2009, la Universidad de Córdoba y la empresa Frio Costa S.A., suscribieron el contrato No. 0074-2009, cuyo objeto fue la *“prestación de servicios de mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos de planta piloto de alimentos, cuartos fríos, plantas eléctricas, aires acondicionados de ventana, minisplit, central y repuestos, y protección de equipos a las sedes de Berástegui y Lorica de la Universidad de Córdoba”* (fl. 74).

- De acuerdo con el folio 4 del expediente, el señor “Baldomero C” denunció las presuntas irregularidades que se presentaron en los “contratos leoninos” suscritos por la Universidad de Córdoba con la empresa Frio Costa S.A. Se describió en la denuncia (fl. 3) que “Frio Costa del señor Antonio Gonzales Tirado, profesor en comisión no remunerada, junto con vicerrector académico y la señora Alba Durango, legalizaron contratos de mantenimiento costos y nunca arreglaron ni hicieron mantenimiento a ningún equipo”.

2. La Directora de Atención Ciudadana de la Contraloría General de la República, conoció la denuncia⁷³² código 2010-7546-8211, y por competencia, mediante oficio 80234-2863, la trasladó a la Gerencia Departamental de Córdoba para que diera el trámite correspondiente. (fl. 2)
3. El Gerente Departamental de Córdoba “con el objeto de ampliar la denuncia”, en escrito del 14 de julio de 2010, solicitó al Rector de la Universidad de Córdoba una certificación sobre el “origen de los recursos con el que se canceló el contrato No. 0074-2099” y la copia auténtica de este. Esta solicitud fue respondida por la Rectoría de la Universidad en escrito de 28 de julio de 2010 (fl. 6) aportando la documentación solicitada.
4. Igualmente, en oficio del 21 de julio de 2010 (fl. 5), el Gerente Departamental informó la Directora de Atención Ciudadana de la Contraloría General de la República, sobre la solicitud de ampliación que se hizo de la denuncia “por carecer de los requerimientos necesarios para proceder a la apertura de una indagación preliminar”, puesto que en aquella no se especifican cuáles son los contratos que sufrieron un posible detrimento patrimonial.
5. En escrito del 30 de julio de 2010 (fl. 511), el Gerente Departamental de Córdoba envió por competencia la denuncia de la referencia a la Coordinadora de Gestión del Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, para que realizara las diligencias correspondientes.
6. La Coordinadora del Gestión en Auto No. 0184 de 4 de febrero de 2011 (fl. 513), avocó el conocimiento de la denuncia y resolvió “iniciar la indagación preliminar por contratista No. 80233-064-564”, en las dependencias administrativas de la Universidad de Córdoba, y con Auto No. 00019 del 25 de febrero de 2011 (fl. 514), declaró la apertura de la indagación preliminar.
7. Una vez revisada la documentación probatoria aportada dentro de la indagación preliminar, la Coordinadora de Gestión del Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República mediante Auto No. 0103 de 15 de junio de 2011 (fl.526), de conformidad con el Auto No. 0184, los artículos 267 y 272 de la Constitución Política y la Resolución Orgánica No. 5500 de 2003, los artículos 49 y 65 de la Ley 42 de 1993, y demás disposiciones concordantes (fls. 526-528), trasladó a la Contraloría General del Departamento de Córdoba, las actuaciones fiscales que se realizaron (fl. 529), pues consideró que el contrato objeto de la denuncia se pagó con “recursos de funcionamiento, Numeral 121321 – MANTENIMIENTO DE EQUIPOS PARTE ACADEMICA, recursos PROPIOS” de la Universidad (fl.7), por lo tanto carece de competencia para seguir conociendo el asunto.
8. El Contralor General del Departamento de Córdoba, en oficio de 28 de junio de 2011, manifestó que “la Ordenanza 21 de 2004, artículo 156 al 164 expedida por la Asamblea Departamental de Córdoba y la ley 382 de 1997, en su artículo 7, facultan a

732 Resolución Orgánica No. 5589 de 2004, artículo 4, literal f) “Denuncia. Es el mecanismo mediante el cual cualquier persona notifica o da aviso, en forma verbal o escrita, a la Contraloría General de la República de hechos o conductas con las que se pueda estar configurando un posible manejo irregular o un eventual detrimento de los bienes o fondos de la Nación, o una indebida gestión fiscal, bien sea por parte de un servidor público o de un particular que administre dichos fondos o bienes”

la Contraloría General del Departamento de Córdoba para ejercer el control sobre el recaudo, transferencia y la ejecución de los recursos por concepto de estampilla pro-desarrollo académico de la Universidad de Córdoba” (fl. 532). Sin embargo, argumentó que los numerales establecidos para los recursos de estampilla pro-desarrollo académico “no corresponden al afectado para la celebración del contrato citado”, demostrando que los recursos con los cuales se pagó el contrato pertenecen a la Universidad de Córdoba y no están dentro de la órbita de la Contraloría General del Departamento. En consecuencia, devolvieron la indagación preliminar a la Contraloría General de la República. (fl. 533).

9. En Auto No. 0142 del 12 de agosto de 2011 (fls. 534-537), la Coordinadora de Gestión del Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, consideró que por regla general “únicamente tiene competencia para vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, y solo por excepción podrá ejercer vigilancia fiscal e iniciar procesos de responsabilidad fiscal que tengan como fundamentos dineros y cuentas distintas a las de la Nación, a lo que se denomina Control Excepcional o Competencia Excepcional”.
10. Por lo anterior, advierte que los recursos con los cuales se pagó el contrato No. 0074-2009, son de origen “propio” de la Universidad de Córdoba, declarando su incompetencia para seguir conociendo del asunto y a su vez, propuso un conflicto negativo de competencia administrativa, remitiendo las actuaciones a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. (fl. 538)

2. Actuación procesal

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado recibió el expediente y, una vez repartido, fue fijado en lista por tres días para que los representantes de los órganos involucrados y las personas que tuvieran interés presentaran sus alegatos o consideraciones. De este derecho sólo hizo uso la Contraloría Departamental de Córdoba.

3. Alegato de la Contraloría Departamental de Córdoba

El Contralor Departamental de Córdoba, recorrió el traslado en memorial que en resumen expresa:

El control excepcional que la Contraloría Departamental de Córdoba ejerce sobre la Universidad de Córdoba, es “respecto de la ejecución de los recursos provenientes del recaudo que le es transferido del impuesto departamental de Estampilla Pro-desarrollo Académico, razón por la cual, conforme a lo expresado en el certificado de disponibilidad presupuestal librado por la Universidad de Córdoba, con el código No. 1213218, se estableció que el pago de los rubros correspondientes al “mantenimiento de equipos” de la Universidad, no corresponde a la descripción de los códigos que reflejan ingresos provenientes de la Estampilla Pro-desarrollo Académico (123121, 123122, 123123, 123124, 123125). Por lo anterior, es claro para la Contraloría Departamental Córdoba que la competencia para conocer del trámite fiscal que se está realizando es de la Contraloría General de la República.

Continúa fundamentando su incompetencia afirmando que la Universidad de Córdoba, es una entidad estatal universitaria, autónoma, descentralizada y del orden nacional, la cual conforme a lo establecido en el Decreto 267 de 2000, artículo 4⁷³³, está sujeta a la vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, por lo cual “no es posible que tratándose de una Entidad de derecho público, exista una parte de su presupuesto que se escape del ejercicio del control fiscal”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. COMPETENCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 4o. de la ley 954 de 2005, que adiciona el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, corresponde a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado conocer y definir los conflictos de competencias administrativas en los cuales por lo menos una de las partes sea un organismo del nivel nacional.

En el presente caso, el conflicto se plantea entre un organismo del nivel nacional y un organismo del nivel departamental, por lo cual compete a la Sala avocar su conocimiento.

2. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL CONTROL FISCAL

Los artículos 267 y 272 de la Constitución Política definen el control fiscal a cargo de la Contraloría General de la República y de las contralorías departamentales, distritales y municipales en esta forma:

Artículo 267. “El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.” (...)

En desarrollo del anterior precepto constitucional, la ley 42 de 1993, consagró para los efectos de la misma ley el siguiente concepto de administración nacional:

Artículo 2. “Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República.

Se entiende por administración nacional, para efectos de la presente ley, las entidades enumeradas en este artículo”. (...)

Del texto de las normas transcritas se desprende que por regla general la Contraloría General de la República es la autoridad encargada de ejercer la vigilancia y el control fiscal de la administración nacional y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación.

A su turno el Decreto-ley 267 de 2000, “Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura

733 Decreto 267 de 2000, artículo 4. “Son sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República:

6. Las universidades estatales autónomas que administren bienes recursos nacionales o que tengan origen en la nación (...)”

orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones” dispone en el numeral 6° del artículo 4°:

ARTICULO 4. SUJETOS DE VIGILANCIA Y CONTROL FISCAL. Son sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República:

(...)

6. Las universidades estatales autónomas que administren bienes recursos nacionales o que tengan origen en la nación;

(...)”

Tomando el conjunto de normas citadas, es claro que las “universidades estatales autónomas” no sólo son sujetos del control fiscal por parte de la Contraloría General de la República por ser parte de la administración nacional definida por el artículo 2° de la ley 42 de 1993, sino porque en forma expresa el decreto ley 267 de 2000 las enumera como uno de los sujetos pasivos de ésta función pública.

La Universidad de Córdoba fue creada por la Ley 37 de 1966, como un establecimiento de educación superior del orden nacional, y sus estatutos internos contenidos en el Acuerdo 0021 de 1994 denominado “Estatuto General de la Universidad de Córdoba”, señala en el artículo 16 que “El control fiscal en la Universidad será ejercido por la Contraloría General de la República.”

De lo expuesto se desprende que la Universidad de Córdoba, en tanto ente universitario autónomo inicialmente creado como universidad nacional, es sujeto del control fiscal por parte de la Contraloría General de la República.

En el curso de los debates jurídicos sobre la posible competencia de la Contraloría Departamental de Córdoba, ésta acepta tener la atribución de controlarla únicamente en cuanto maneje los recursos del orden departamental originados en la Universidad de Córdoba por la Estampilla Pro-desarrollo Académico, y de acuerdo con las afirmaciones que la misma entidad ha realizado, el contrato objeto de la queja e investigación no se pagó con estos recursos sino con los propios de la Universidad de Córdoba, los que son entonces recursos nacionales.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil,

RESUELVE:

Primero: DECLARAR competente a la Contraloría General de la República para seguir con el conocimiento de la indagación preliminar por las presuntas irregularidades que se presentan en el contrato No. 0074-2009, suscrito entre la Universidad de Córdoba y la empresa Frio Costa S.A.

Segundo: ENVIAR la actuación a la Contraloría General de la República para lo de su competencia.

Tercero: COMUNICAR esta decisión Contraloría Departamental de Córdoba.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia se estudio y aprobó en la sesión de la fecha.

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Consejero. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala.

10. El Consejo Nacional Electoral frente a la Junta Administradora Local de Engativá**Radicado 2011-00062**

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Fecha: 5/12/2011

La Junta Administradora Local de Engativá solicitó a esta Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, definir la autoridad competente para tramitar la reasignación de la curul del edil Morgan Doria Paternina, en consideración a los siguientes antecedentes.

1. Antecedentes

El señor Morgan Doria Paternina fue elegido por voto popular el 30 de Octubre del año 2007 como Edil de la Localidad de Engativá por el Partido Polo Democrático Alternativo, para el periodo constitucional 2008-2011. (fl. 13)

Mediante escrito del 21 de julio de 2011, el señor Morgan Doria Paternina, presentó la renuncia de su militancia y afiliación al Partido Político Polo Democrático Alternativo. (fl. 4)

El Secretario del Polo Democrático Alternativo, solicitó al Consejo Nacional Electoral que reasignara la curul del señor Morgan Doria Paternina como Edil de la localidad de Engativá, pues consideró que la curul le pertenece al partido y no a la persona, y por lo tanto, al renunciar el señor Morgan Doria al partido, la curul quedaría vacante. (fl. 3)

El Consejo Nacional Electoral, con oficio del 11 de agosto de 2011, remitió la solicitud a la Junta Administradora Local de Engativá, por considerar que era la autoridad competente para realizar la reasignación de la curul del Polo Democrático Alternativo. (fl. 2)

El 12 de septiembre de 2011 se pronunció la Junta Administradora Local de Engativá, declarando su falta de competencia para dar trámite a la solicitud presentada, bajo el argumento de que no existe ninguna norma jurídica que establezca expresamente dentro de sus funciones la facultad de reasignar una curul.

Por lo anterior, propuso un conflicto negativo de competencia administrativa y remitió a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para que lo resolviera.

2. Actuación procesal

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado recibió el expediente y, una vez repartido, fue fijado en lista por tres días para que los representantes de los órganos involucrados y las personas que tuvieran interés presentaran sus alegatos o consideraciones.

El presidente de la Junta Administradora Local de Engativá recorrió el traslado y en su alegato de conclusión manifestó que dentro de las atribuciones y funciones que establecen la Constitución Política y el Decreto Ley 1421 de 1993 a las Juntas Administradoras Locales, no se encuentra ninguna que determine su competencia para “reasignar curules y/o declarar vacancia de las mismas”, razón por la cual es incompetente para realizar este trámite.

Dentro del mismo término, el Consejo Nacional Electoral en oficio del 21 de septiembre de 2011 consideró que el “artículo 265 de la Constitución Política modificado por el artículo 12 del Acto Legislativo 01 de 2009, en armonía como lo dispuesto en el artículo

12 del Decreto 2241 de 1986”, no lo faculta para que ordene el retiro de la curul de un miembro de una corporación pública, por lo cual “el presidente o la junta directiva de cada corporación debe valorar cada caso concreto”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. Competencia

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 4º de la ley 954 de 2005, que adiciona el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, corresponde a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado conocer y definir los conflictos de competencias administrativas en los cuales por lo menos una de las partes sea un organismo del nivel nacional.

En el presente caso, el conflicto se plantea entre un organismo del nivel nacional y una corporación pública del nivel distrital, por lo cual compete a la Sala avocar conocimiento.

2. Caso Concreto

Observa la Sala que el conflicto de competencia administrativa se planteó en orden a establecer la autoridad competente para reasignar la curul del edil Morgan Doria como consecuencia de su renuncia a la militancia y afiliación al partido político Polo Democrático Alternativo. Frente esta situación fáctica, la Sala advierte lo siguiente.

El artículo 134 de la Carta Política regula el sistema de reemplazo de los miembros de las Corporaciones públicas en los siguientes términos:

“ARTICULO 134. Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en caso de muerte, incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo, declaración de nulidad de la elección, renuncia justificada, y aceptada por la respectiva Corporación, sanción disciplinaria consistente en destitución, pérdida de investidura, condena penal o medida de aseguramiento por delitos distintos a las relacionadas con pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad o cuando el miembro de una Corporación pública decida presentarse por un partido distinto según lo planteado en el Parágrafo Transitorio 1o del artículo 107 de la Constitución Política.

En tales casos, el titular será reemplazado por el candidato no elegido que, según el orden de inscripción o votación obtenida, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral. (...)”

A su turno, el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2009 que modificó el artículo 107 de la Constitución Política, garantizó “a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse” y permitió que quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce meses antes del primer día de inscripciones.

Con base en el anterior precepto constitucional, los miembros de las corporaciones públicas tienen la posibilidad de renunciar a su calidad de miembro de un determinado partido en cualquier momento, y si su interés es presentarse en la siguiente elección por un partido distinto debe hacerlo al menos doce meses antes del primer día de inscripciones.

En todo caso, el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2009 que modificó el artículo 108 de la Constitución señaló que los estatutos de los partidos y movimientos políticos deben regular lo relacionado con su régimen disciplinario interno determinando los asuntos de conciencia respecto de los cuales no se aplicará este régimen y que *“podrán establecer sanciones por la inobservancia de sus directrices por parte de los miembros de las bancadas, las cuales se fijarán gradualmente hasta la expulsión, y podrán incluir la pérdida del derecho de voto del Congresista, Diputado, Concejal o Edil por el resto del período para el cual fue elegido.”*

La Ley 974 de 2005,⁷³⁴ anterior a la última reforma política, había señalado en su artículo 1º que los miembros de las corporaciones públicas elegidos por un mismo partido, movimiento social o grupo significativo de ciudadanos constituyen una bancada en la respectiva corporación y que cada miembro de una corporación pública *“pertenecerá exclusivamente a una Bancada”*.

A su vez, dispuso en el artículo 2º, que los Estatutos determinarán lo atinente a su régimen disciplinario interno estableciendo sanciones por la inobservancia de sus directrices, *“las cuales se fijarán gradualmente hasta la expulsión, y podrán incluir la pérdida del derecho de voto del miembro de la respectiva corporación pública, observando el debido proceso.”*⁷³⁵ Además, estableció que *“el retiro voluntario de un miembro de Corporación Pública del partido o movimiento político o ciudadano en cuyo nombre se eligió, implica el incumplimiento del deber de constituir bancada, y como tal podrá sancionarse como una violación al Régimen de Bancada en los términos de la Constitución y la ley.”*

Nótese que son los estatutos internos de los partidos los que deben establecer las sanciones por las conductas tipificadas como faltas pero respetando los lineamientos constitucionales y legales para renunciar al partido en los términos y con las consecuencias ya mencionadas, es decir, una vez presentada la renuncia al partido respectivo, el miembro de la corporación pública se convierte en un potencial sujeto pasivo de una sanción disciplinaria sin que en ningún momento esto implique la pérdida de la curul.

Ahora bien, la ley estatutaria 1475 de 14 de julio de 2011 por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones, reguló los aspectos relacionados con la doble militancia en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 2o. PROHIBICIÓN DE DOBLE MILITANCIA. En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político. La militancia o pertenencia a un partido o movimiento político, se establecerá con la inscripción que haga el ciudadano ante la respectiva organización política, según el sistema de identificación y registro que se adopte para tal efecto el cual deberá establecerse conforme a las leyes existentes en materia de protección de datos.

Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un

734 Mediante la Ley 974 de 2005 se reglamenta la actuación en bancadas de los miembros de las corporaciones públicas y se adecua el Reglamento del Congreso al Régimen de Bancadas.

735 Se advierte que el texto que se acaba de resaltar, fue elevado a norma constitucional en el artículo 108 ya mencionado.

partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.

Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos.

El incumplimiento de estas reglas constituye doble militancia, que será sancionada de conformidad con los estatutos, y en el caso de los candidatos será causal para la revocatoria de la inscripción.

PARÁGRAFO. Las restricciones previstas en esta disposición no se aplicarán a los miembros de los partidos y movimientos políticos que sean disueltos por decisión de sus miembros o pierdan la personería jurídica por causas distintas a las sanciones previstas en esta ley, casos en los cuales podrán inscribirse en uno distinto con personería jurídica sin incurrir en doble militancia.”

La norma transcrita debe entenderse conforme al precepto constitucional contenido en el artículo 107 que garantiza sin limitación alguna la libertad de afiliarse y de retirarse de un partido o movimiento político.

Sin embargo, este derecho individual choca con la obligación de los miembros de las corporaciones de elección popular de participar en las bancadas y ser leales al partido o movimiento que los eligió, de suerte que si renuncian al mismo deben ser sancionados de acuerdo con los estatutos internos de los partidos, sanciones que pueden llegar a la suspensión del derecho al voto, cabe precisar incluso que el partido puede rechazar o no por la renuncia, de conformidad con el aparte del artículo 2º de la ley 1475 que dice *“los candidatos que resulten electos... deberán permanecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo”*.

Se desprende igualmente que no existe como sanción por la doble militancia o la renuncia al partido la pérdida de la curul, de manera que el partido no puede exigir el cambio de miembro de la corporación como consecuencia de la renuncia al partido o la doble militancia. Esto se debe a que en la elección se eligen los miembros de las corporaciones públicas, es decir las personas naturales que van a desempeñar los cargos, al punto que se permite el voto preferente dentro de las listas de los partidos y movimientos políticos, en vez de una asignación de puestos entre los partidos, que sería la consecuencia de aceptarse que las curules pertenecen a éstos.

Entonces, de acuerdo con el mismo artículo 2º de la ley 1475, las consecuencias que resulten de la verificación de la ocurrencia de una *“doble militancia”* se dejaron a discreción de los estatutos de los partidos y será al interior de dichas organizaciones que se determine la sanción correspondiente. Es por tanto claro también que los partidos no pueden incluir dentro de los estatutos una nueva causal de remplazo para los miembros de las corporaciones públicas sin vulnerar la Constitución Política.

Ahora bien, para el caso sometido al conocimiento de la Sala es importante destacar que en relación con las vacantes de los Ediles, el Estatuto Orgánico de Bogotá, decreto ley 1421 de 1993, que estableció las disposiciones aplicables a las juntas administradoras

locales, señaló en su artículo 67 que “*son aplicables a los ediles las normas del presente estatuto relativas a faltas absolutas y temporales de los concejales.*”. En este sentido, el inciso segundo del artículo 27 de este mismo estatuto expresa:

“Los Concejales no tendrán suplentes. Las vacantes originadas en sus faltas absolutas serán llenadas por los candidatos no elegidos en la misma lista según el orden sucesivo y descendente de inscripción”.

Y establece el artículo 32 del mismo en armonía con el texto constitucional contenido en el artículo 134:

Artículo 32. “FALTAS ABSOLUTAS. Son faltas absolutas de los Concejales, conforme a las definiciones que para cada caso establezca la ley:

- 1. La muerte.*
- 2. La renuncia aceptada.*
- 3. La incapacidad física permanente.*
- 4. La aceptación de cualquier empleo público.*
- 5. La declaratoria de nulidad de la elección.*
- 6. La destitución.*
- 7. La condena a pena privativa de la libertad.*
- 8. La interdicción judicial, y*
- 9. La inasistencia injustificada a cinco (5) sesiones plenarias en un período de sesiones.*

Conforme a las normas transcritas es igualmente claro que la renuncia a un partido político no es causal de la vacancia de la curul, puesto que el artículo 32 transcrito y el 134 de la Carta enumeran taxativamente las situaciones que originan la falta absoluta del cargo de edil y por tanto su posible remplazo.

Lo anterior significa que para el caso que nos ocupa, que el señor Morgan Doria al renunciar a su calidad de miembro del partido político Polo Democrático Alternativo debe atenderse a las consecuencias que de su conducta de acuerdo con la Constitución y los estatutos internos de su partido, sin que ello impliquen la pérdida de su curul.

Se advierte que no se encuentra demostrado dentro del expediente que el señor Morgan Doria haya renunciado al cargo público como Edil de la Localidad de Engativá, ni que a su vez esté militando en otro partido, lo cual dicho sea de paso, no es objeto del conflicto que aquí se dirime.

Ahora bien, como de lo que se trata es de establecer quién es el competente para nombrar el reemplazo de la curul que podría estar vacante, la Sala estima que en consideración a que el decreto ley 1421 de 1993 no consagró procedimiento alguno sobre la reasignación de curules para los ediles, y dando cumplimiento al artículo 67 que reenvía a las normas del mismo decreto aplicables a los concejales, se debe estar a lo dispuesto,

además de lo señalado en el artículo 27 ya mencionado, al procedimiento establecido en el artículo 63 de la Ley 136 de 1994⁷³⁶, norma general que regula la forma de llenar las vacancias absolutas de los concejales. Dice la norma:

ARTÍCULO 63. FORMA DE LLENAR VACANCIAS ABSOLUTAS. Las vacancias absolutas de los concejales serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción, sucesiva y descendente. El Presidente del Concejo, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la declaratoria, llamará a los candidatos que se encuentren en dicha situación para que tomen posesión del cargo vacante que corresponde.

Así pues, de conformidad con el artículo anterior, se concluye que le corresponde a la Junta Administradora Local efectuar el procedimiento allí establecido, previo a determinar si existe o no vacancia de la curul por parte del señor Morgan Doria.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil,

RESUELVE:

Primero: DECLARAR competente a la Junta Administradora Local de Engativá, para determinar si existe vacancia de la curul del señor Morgan Doria Paternina y la asignación de su remplazo si a ello hubiere lugar.

Segundo: ENVIAR la actuación a la Junta Administradora Local para lo de su competencia.

Tercero: COMUNICAR esta decisión al Consejo Nacional Electoral y al Partido Político Polo Democrático Alternativo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia se estudio y aprobó en la sesión de la fecha.

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Consejero. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala.

11. Oficina de Control Disciplinario Interno de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios frente a la Procuraduría Primera Distrital -Procuraduría General de la Nación

Radicado 2011-00071

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Fecha: 5/12/2011

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, adicionada por el artículo 4º de la Ley 954 de 2005, pasa a resolver el conflicto negativo de competencias suscitado entre la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Procuraduría Primera Distrital - Procuraduría General de la Nación con el fin de establecer el competente para continuar conociendo el proceso disciplinario No. 019062010, adelantado contra la funcionaria América Yolanda Posada Granados.

⁷³⁶ Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

1. Antecedentes

1. El 08 de junio de 2010, la coordinadora del grupo de contribuciones y cuentas por cobrar de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios –en adelante la Superintendencia-, Liliana Morales, informó sobre posibles irregularidades en el desarrollo de labores de la funcionaria AMÉRICA YOLANDA POSADA GRANADOS, perteneciente a dicho grupo.
2. La oficina de control disciplinario interno de la Superintendencia abrió indagación preliminar el 10 de junio de 2010, de conformidad con lo establecido en el artículo 150 de la Ley 734 de 2002, decretando algunas pruebas tendientes a verificar los hechos para saber si constituían falta disciplinaria. A dicha investigación le correspondió el radicado 019-06-2010.
3. Al ser notificada la funcionaria Posada Granados del inicio de dicha investigación, ésta a su vez formuló una queja por presunto acoso laboral contra su jefe inmediata, ingeniera Liliana Morales.

De este segundo asunto, conoció inicialmente el Comité de Convivencia Laboral de la Superintendencia, intentando llegar a conciliación en varias reuniones programadas para tal fin, sin obtenerse resultados positivos. Por tanto, el caso fue remitido a la Procuraduría General de la Nación para que se investigara la existencia de la presunta falta disciplinaria correspondiéndole a la Procuraduría Primera Distrital.

4. El día 02 de febrero del presente año, la oficina de control disciplinario interno de la Superintendencia decide remitir por competencia la investigación que estaba adelantando en contra de la señora América Posada Granados por irregularidades en sus funciones a la Procuraduría Primera Distrital, manifestando: “Dado que algunos de los hechos denunciados como irregulares y objeto del presente proceso disciplinario 019-06-2010 son cuestionados como conductas constitutivas de presunto acoso laboral por parte de la implicada AMÉRICA POSADA GRANADOS, y actualmente en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación, se dará traslado a este organismo para lo de su competencia atendiendo lo ordenado en por el artículo 11 de la Ley 1010 de 2006...”⁷³⁷.
5. Mediante providencia de 27 de abril de 2011, la Procuraduría Primera Distrital devolvió las diligencias adelantadas en contra de la funcionaria América Posada a la oficina de control disciplinario interno de la Superintendencia, argumentando que la investigación, que “tiene relación directa con el desempeño de funciones asignadas a dicha funcionaria”, y la denuncia concreta de acoso laboral son procesos independientes y autónomos por lo cual “no operaría la acumulación” atendiendo a que la posición de la funcionaria en los dos casos cambia, en una de quejosa y en la otra de investigada.
6. El 04 de mayo del presente año, la oficina de control disciplinario interno de la Superintendencia remite copia de toda la actuación adelantada a la Procuraduría General de la Nación con el fin de que dicho organismo “absuelva la diferencia de criterio jurídico en cuanto al organismo a quien se asignará de manera definitiva el conocimiento y decisión del proceso disciplinario promovido por la funcionaria LILIANA MORALES en contra de la también funcionaria AMÉRICA YOLANDA POSADA GRANADOS”.

737 Artículo mencionado más adelante.

7. Plantea la oficina de control disciplinario interno que, atendiendo a lo establecido en la ley 734 de 2002, artículos 74 y 81⁷³⁸, y a los artículos 11 y 12⁷³⁹ de la Ley 1010 de 2006, dicho despacho ya se desprendió de la competencia para conocer del asunto. Considera que el resultado del proceso disciplinario que adelanta en contra de la funcionaria Posada Granados, podría verse afectado si se acredita que el proceso disciplinario y la denuncia se utilizaron “como instrumentos o herramientas para acosarla laboralmente”.
8. Argumenta que tendría que intentarse la colisión de competencias establecida en el artículo 82 de la Ley 734 de 2002, en el entendido de que debe existir un pronunciamiento expreso del Procurador General de la Nación que sea vinculante para las dos entidades que se encuentran en conflicto para poder reasumir el conocimiento del asunto.
9. El 04 de octubre del año en curso, la Procuraduría Primera Distrital se mantiene en la decisión tomada el 27 de abril, en el sentido de no aceptar la competencia para conocer de la investigación adelantada en contra de la funcionaria América Posada, considerando que la investigación debe continuarse por la oficina de control interno disciplinario de la Superintendencia “incluso en aras de preservar la independencia de la misma, de conformidad con el artículo 2 del CDU” y en consecuencia remite el asunto a ésta Sala para que se resuelva lo pertinente.

2. Actuación procesal

El conflicto de la referencia permaneció fijado en lista en la Secretaría de esta Corporación por el término de tres días, con el fin de que las partes y las personas con interés en el asunto presentaran sus alegatos, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 33 del Código Contencioso Administrativo.

Durante este término intervino la oficina de control disciplinario interno de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios reiterando lo manifestado en el escrito de 04 de mayo anteriormente mencionado (Infra 6) y solicitando que se declare competente

738 Ley 734 de 2002. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

ARTÍCULO 74. FACTORES QUE DETERMINAN LA COMPETENCIA. La competencia se determinará teniendo en cuenta la calidad del sujeto disciplinable, la naturaleza del hecho, el territorio donde se cometió la falta, el factor funcional y el de conexidad.

En los casos en que resulte incompatible la aplicación de los factores territorial y funcional, para determinar la competencia, prevalecerá este último.

ARTÍCULO 81. COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA CONEXIDAD. Cuando un servidor público cometa varias faltas disciplinarias conexas, se investigarán y decidirán en un solo proceso.

Cuando varios servidores públicos de la misma entidad participen en la comisión de una falta o de varias que sean conexas, se investigarán y decidirán en el mismo proceso, por quien tenga la competencia para juzgar al de mayor jerarquía.

ARTÍCULO 82. CONFLICTO DE COMPETENCIAS. El funcionario que se considere incompetente para conocer de una actuación disciplinaria deberá expresarlo remitiendo el expediente en el estado en que se encuentre, en el menor tiempo posible, a quien por disposición legal tenga atribuida la competencia.

Si el funcionario a quien se remite la actuación acepta la competencia, avocará el conocimiento del asunto; en caso contrario, lo remitirá al superior común inmediato, con el objeto de que éste dirima el conflicto. El mismo procedimiento se aplicará cuando ambos funcionarios se consideren competentes.

El funcionario de inferior nivel, no podrá promover conflicto de competencia al superior, pero podrá exponer las razones que le asisten y aquel, de plano, resolverá lo pertinente.

739 Ley 1098 de 2006. Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo.

ARTÍCULO 12. COMPETENCIA. Corresponde a los jueces de trabajo con jurisdicción en el lugar de los hechos adoptar las medidas sancionatorias que prevé el artículo 10 de la presente Ley, cuando las víctimas del acoso sean trabajadores o empleados particulares.

Cuando la víctima del acoso laboral sea un servidor público, la competencia para conocer de la falta disciplinaria corresponde al Ministerio Público o a las Salas Jurisdiccional Disciplinaria de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, conforme a las competencias que señala la ley.

a la Procuraduría General de la Nación para conocer del asunto. Adiciona a los planteamientos ya esgrimidos en el mencionado escrito de 04 de mayo, lo dicho por ésta Corporación en relación con el poder preferente de la Procuraduría General de la Nación para ejercer el control jurisdiccional de la función disciplinaria.

CONSIDERACIONES:

De conformidad con el artículo 33⁷⁴⁰ del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 4o. de la Ley 954 de 2005⁷⁴¹, y conforme ya se ha señalado⁷⁴², corresponde a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado la competencia para conocer y decidir los conflictos que se susciten entre dos entidades nacionales entre sí, o entre entidades nacionales y locales, cualquiera sea su naturaleza, siempre que se trate de asuntos de carácter administrativo, es decir, en ejercicio de función administrativa.

El presente asunto se contrae a determinar cuál de las dos entidades entre la oficina de control disciplinario interno de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Procuraduría Primera Distrital – Procuraduría General de la Nación debe continuar adelantando la investigación disciplinaria por presuntas irregularidades en el desempeño de funciones de la señora América Posada Granados.

Obsérvese que este asunto comprende dos autoridades del orden nacional, razón por la cual esta Sala deberá resolver el conflicto planteado.

1. La potestad disciplinaria

La potestad disciplinaria se encuentra definida en la Ley 734 de 2002. Así los artículos 1° y 2° consagran:

“ARTÍCULO 1o. TITULARIDAD DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA. El Estado es el titular de la potestad disciplinaria.

ARTÍCULO 2o. TITULARIDAD DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

740 “ARTICULO 33. FUNCIONARIO INCOMPETENTE. Si el funcionario a quien se dirige la petición, o ante quien se cumple el deber legal de solicitar que inicie la actuación administrativa, no es el competente, deberá informarlo en el acto al interesado, si éste actúa verbalmente; o dentro del término de diez (10) días, a partir de la recepción si obró por escrito; en este último caso el funcionario a quien se hizo la petición deberá enviar el escrito, dentro del mismo término, al competente, y los términos establecidos para decidir se ampliarán en diez (10) días.

PARÁGRAFO. Los conflictos de competencias administrativas se resolverán de oficio, o por solicitud de la persona interesada. La entidad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si ésta también se declara incompetente remitirá la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Si dos entidades administrativas se consideran competentes para conocer y definir un determinado asunto, remitirán la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

En los dos eventos descritos se observará el siguiente procedimiento: Recibida la actuación en la Secretaría de la Sala, se fijará por tres (3) días hábiles comunes en lista a fin de que los representantes de las entidades en conflicto y las personas que tuvieran interés en el asunto puedan presentar sus alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes”. (Resaltado fuera de texto).

741 Por medio de la cual se modifican, adicionan y derogan algunos artículos de la Ley 446 de 1998 y del Código Contencioso Administrativo, y se dictan otras disposiciones sobre competencia, descongestión, eficiencia y acceso a la administración de justicia.

742 Auto del 22 de junio de 2006. Expediente 200600059.

El titular de la acción disciplinaria en los eventos de los funcionarios judiciales, es la jurisdicción disciplinaria. La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta."

También, el artículo 34 numeral 32 en concordancia con el artículo 76 de la norma en cita, consagran que toda entidad u organismo debe "organizar una unidad u oficina del más alto nivel" de control disciplinario interno "encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores". Establecen también que "la segunda instancia será de competencia del nominador" y que en aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia la competencia será de la Procuraduría General de la Nación.

En ese sentido la regla general es que cada entidad ejerce el control disciplinario de sus funcionarios, salvo que la Procuraduría General de la Nación ejerza su poder disciplinario preferente de acuerdo con los artículos 277 de la Constitución Política y 3° de la Ley 734 de 2002.⁷⁴³

En el caso concreto, la competencia disciplinaria sobre la funcionaria América Yolanda Posada Granados correspondería inicialmente, según estas reglas generales, a la oficina de control disciplinario interno de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, entidad en la que labora. No obstante, como se verá, cuando el servidor público es denunciante de una queja por acoso laboral, esta competencia disciplinaria se altera en orden a protegerlo de posibles retaliaciones por parte de los funcionarios a quienes ha denunciado.

Las competencias disciplinarias en situaciones de acoso laboral

La Ley 1010 de 2006 "Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo" establece diversos mecanismos para proteger a los trabajadores que puedan ser acosados laboralmente, en cualquiera de sus modalidades, vale decir, maltrato, persecución, discriminación, entorpecimiento, inequidad o desprotección laboral. (Artículo 2 *Ibíd.*)⁷⁴⁴

743 Constitución Política de Colombia.

Art. 277 El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

...

6. Ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; *ejercer preferentemente el poder disciplinario*; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley" (Resaltado fuera de texto)

Ley 734 de 2002. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único:

"ARTÍCULO 3o. PODER DISCIPLINARIO PREFERENTE. La Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, *proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas*. Igualmente podrá asumir el proceso en segunda instancia.

En virtud de la misma potestad, mediante decisión motivada, de oficio o a petición de cualquier persona, *podrá avocar el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan internamente en las demás dependencias del control disciplinario*. También se procederá en la misma forma cuando se desprenda del conocimiento de un proceso. ...". (Resaltado fuera de texto).

744 Ver entre otras, sentencia T-238 de 04 de marzo de 2008 con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo: "...El objetivo de la ley descrita, fue precisamente el crear herramientas para proteger a las personas del ultraje en el marco de las relaciones de trabajo, a través de medidas de diversa índole, - *entre preventivas y sancionatorias* -, con el propósito de evitar, corregir y castigar el acoso laboral, que según lo reconoció la ley, puede presentarse bajo la modalidad de maltrato, persecución, discriminación, entorpecimiento laboral, desprotección o inequidad laboral (Art. 2º Ley 1010 de 2006). (...)5.5.3. Por último, las sanciones en materia de acoso laboral, son competencia de los jueces laborales, en el caso de los empleadores y trabajadores particulares. Si se trata de servidores públicos, la competencia para conocer de la falta disciplinaria, le corresponde al Ministerio Público o a las Salas Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura (Art. 12 Ley 1010 de 2006). ...". (Resaltado fuera de texto)

Para tal efecto establece que la investigación de las faltas disciplinarias derivadas de una conducta de acoso laboral le corresponde ejercerla directamente al Ministerio Público. Así, contempla el artículo 12 de la ley:

“Artículo 12. COMPETENCIA. Corresponde a los jueces de trabajo con jurisdicción en el lugar de los hechos adoptar las medidas sancionatorias que prevé el artículo 10 de la presente Ley, cuando las víctimas del acoso sean trabajadores o empleados particulares.

Cuando la víctima del acoso laboral sea un servidor público, la competencia para conocer de la falta disciplinaria corresponde al Ministerio Público o a las Salas Jurisdiccional Disciplinaria de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, conforme a las competencias que señala la ley”.

*Adicionalmente, para evitar cualquier acto de represalia contra quien formule la denuncia, establece, entre otros aspectos, que las investigaciones disciplinarias en su contra **también corresponden** al Ministerio Público y no a la entidad pública a la que aquél se encuentra vinculado:*

“ARTÍCULO 11. GARANTÍAS CONTRA ACTITUDES RETALIATORIAS. A fin de evitar actos de represalia contra quienes han formulado peticiones, quejas y denuncias de acoso laboral o sirvan de testigos en tales procedimientos, establézcanse las siguientes garantías:

1. La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente Ley, carecerán de todo efecto cuando se profieran dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento.

*2. La formulación de denuncia de acoso laboral en una dependencia estatal, podrá provocar el ejercicio del poder preferente a favor del Ministerio Público. **En tal caso, la competencia disciplinaria contra el denunciante sólo podrá ser ejercida por dicho órgano de control mientras se decida la acción laboral en la que se discuta tal situación.** Esta garantía no operará cuando el denunciado sea un funcionario de la Rama Judicial.*

3. Las demás que le otorguen la Constitución, la ley y las convenciones colectivas de trabajo y los pactos colectivos. ...” (Negrilla la Sala)

En ese caso se genera entonces un efecto sobre la facultad general de las entidades para investigar a sus funcionarios, en el sentido de que en caso de presentarse una investigación disciplinaria por acoso laboral, debe ser también el Ministerio Público el que investigue al denunciante de dicho acoso.

2. El caso en concreto

En el caso sub examine se observa que se han iniciado dos investigaciones diferentes y autónomas: de una parte la investigación que está adelantando la oficina de control disciplinario interno de la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios contra la funcionaria América Posada Granados por queja interpuesta por su jefe inmediata, Liliana Morales; y de otra parte se encuentra la investigación que por acoso laboral adelanta la Procuraduría Primera Distrital en contra de la funcionara Liliana Morales por la queja hecha por la señora Posada Granados.

La primera investigación fue iniciada en contra de la señora Posada Granados, por denuncia que hiciera su jefe, Liliana Morales. A dicha investigación se le dio un trámite inicial en la oficina de control disciplinario interno de la Superintendencia, pero, al enterarse ésta última de que la Procuraduría Primera Distrital conoció de la investigación que en sentido contrario se hizo contra la señora Liliana Morales decidió remitir las diligencias a la Procuraduría para que ésta última le diera continuidad.

De conformidad con las normas expuestas anteriormente, cuando la Procuraduría Primera Distrital asumió el conocimiento de Iwa denuncia que por acoso laboral interpuso la funcionaria América Posada contra su jefe inmediata Liliana Morales, se produce la consecuencia prevista en el artículo 11 de la Ley 1010 de 2006 antes citado, según el cual, **“la competencia disciplinaria contra el denunciante sólo podrá ser ejercida por dicho órgano de control mientras se decida la acción laboral en la que se discuta tal situación”**; por tanto, al Ministerio Público también le corresponde investigar disciplinariamente las conductas endilgadas a la servidora pública denunciante.

De esa manera se evita que la potestad disciplinaria pueda ser utilizada como mecanismo de retaliación en contra de la trabajadora denunciante del acoso laboral.

Si bien es cierto que las dos investigaciones iniciadas son independientes, porque como lo menciona la Procuraduría, en la primera la señora Posada Granados es “investigada” y en la segunda es “quejosa”, también lo es que el hecho de que la Procuraduría esté conociendo de una denuncia por acoso laboral, activa las garantías establecidas en la Ley 1010 de 2006 para proteger a la funcionaria y por tanto debe el Ministerio Público proseguir también la investigación que contra ésta adelanta la oficina de control disciplinario interno de la Superintendencia, en desarrollo de la potestad conferida en el artículo 12° de la Ley 1010 de 2006.

Vale la pena mencionar que en el presente asunto no opera ni se sugiere ningún tipo de acumulación entre las dos investigaciones, sino que el Ministerio Público debe adelantarlas paralelamente en virtud de sus competencias legales.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR competente a la Procuraduría Primera Distrital – Procuraduría General de la Nación para dar continuidad a la investigación adelantada contra la señora América Yolanda Posada Granados.

SEGUNDO: REMITIR el expediente a la Procuraduría Primera Distrital – Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.

TERCERO: COMUNICAR la presente decisión a la Procuraduría Primera Distrital – Procuraduría General de la Nación y a la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

¶La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

12. Comisaría de Familia Comuna Uno de Medellín frente a la Defensoría de Familia - Centro de Atención Integral a Víctimas de Violencia Sexual – Centro Zonal Suroriental Regional Antioquia – I.C.B.F.**Radicado 2011-00079**

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Fecha: 15/12/2011

Define la Sala el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría de Familia Comuna Uno de Medellín (en adelante Comisaría de Familia) y la Defensoría de Familia - Centro de Atención Integral a Víctimas de Violencia Sexual - Centro Zonal Suroriental Regional Antioquia – I.C.B.F. (en adelante Defensoría de Familia), con el fin de determinar la autoridad a la cual le corresponde adelantar el procedimiento administrativo para adoptar las medidas tendientes a restablecer y proteger los derechos de una niña, dentro del proceso que por probable abuso sexual se tramita a su favor.

1. Antecedentes

1. Se denunció el delito de “acto sexual abusivo” del que fue víctima su nieta por parte de su padrastro.
2. Mediante oficio del 20 de septiembre de 2011 (folio 8), la Fiscalía General de la Nación, remitió la niña al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Defensoría de Familia, a fin de que se estudiaran las medidas de protección pertinentes, tendientes a la defensa de los derechos de la niña.
3. Por medio de auto del 26 de septiembre de 2011 (folios 19 a 23), la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, adscrita al Centro Zonal Integral Número Cuatro - Centro de Atención Integral a Víctimas de Violencia Sexual, del Municipio de Medellín, ordenó retirar la niña del lugar donde probablemente eran vulnerados sus derechos y remitió el asunto al Comisario de Familia por razones de competencia, decisión que fundamentó en la ley 294 de 1996, modificada por la ley 575 de 2000 y en providencia de ésta Sala de fecha 3 de marzo de 2011, con número de radicación 11001-03-06-000-2011-00008-00.
4. El 27 de septiembre de 2011, mediante radicado número 2011001427 (folio 28), la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, adscrita al Centro Zonal Integral Número Cuatro de Medellín, remitió el caso de la niña al Comisario de familia comuna uno de Medellín.

En el mismo oficio, la Defensora de Familia solicitó al Comisario de Familia que en caso de presentarse conflicto negativo de competencias, fuera remitido el expediente a la autoridad correspondiente.

5. Mediante oficio del 30 de septiembre de 2011 (folio 2), la Comisaría de Familia recibió la “solicitud de ayuda para un niño en situación de desprotección”, pero se consideró incompetente para continuar con el proceso administrativo de protección y restablecimiento de los derechos de la niña, razón por la cual, planteó ante esta Sala, el presente conflicto negativo de competencias.

Sustentó su incompetencia en la resolución del ICBF Nro. 6022 del 30 de diciembre de 2010, la cual, aprueba los lineamientos técnicos del ICBF para el programa especializado de atención a niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual, dado que en los “Centros de Atención Integral a las Víctimas de Violencia Sexual”, convergen diversas instituciones y entidades encargadas especialmente de restablecer los derechos de las víctimas y otorgarles protección.

2. Actuación procesal

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado recibió el asunto, el cual fue repartido al Magistrado Ponente el día 9 de noviembre de 2011. La Secretaría de la Sala lo fijó en lista por tres días con el fin de que las partes involucradas en el conflicto y los terceros interesados presentaran sus alegatos o consideraciones, derecho del que hicieron uso ambas partes.

Argumento de la Comisaría de Familia

La Comisaría de Familia, en su alegato de conclusión, sostuvo que la competencia para establecer las medidas tendientes a restablecer y proteger los derechos de la niña, radica en la Defensoría de Familia, con base en los siguientes argumentos:

1. Afirmó que los Centros de Atención Integral a las Víctimas de Violencia Sexual, poseen las condiciones técnicas, grupos interdisciplinarios especializados en la protección y evaluación de niños abusados sexualmente, cuentan con la experticia forense necesaria para el caso y aplican protocolos que garantizan efectivamente los derechos de los niños, toda vez que dichos Centros fueron creados específicamente con esos fines, aunado a ello, no existe norma expresa que prohíba a los Defensores de Familia tomar las medidas pertinentes para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, por el contrario, el artículo 82 de la ley 1098 de 2006 los faculta para ello.
2. Citó la Resolución 6022 de 2010⁷⁴⁵, la cual, aprueba el lineamiento técnico para el programa especializado de atención a niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual y establece las competencias institucionales en el proceso de atención integral a víctimas de delitos sexuales, a cuyo tenor, la competencia para proteger los derechos de la niña víctima en el presente caso, radica en la Defensoría de Familia y el hecho de que la Defensora de Familia se haya negado a asumir su conocimiento, constituye una violación al principio de legalidad y consecuentemente a los principios de indisponibilidad e inalienabilidad de la competencia administrativa.
3. Los principios que rigen el actuar de las autoridades estatales, tales como la economía, la celeridad y la eficacia, van encaminados a la prevención y protección de los derechos en situación de vulneración, por tanto, no permiten la revictimización de la niña. Derechos que a la luz de nuestra carta política, de los tratados internacionales que hacen parte de ella y en especial del principio Pro infans, son de rango superior y

745 La Resolución 6022 de 2010, expedida por el Instituto colombiano de bienestar familiar, aprueba el lineamiento técnico para el programa especializado de atención a niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual, (El decreto 117 de 2010, establece que una de las funciones de la Dirección de protección del Instituto colombiano de bienestar familiar es definir los lineamientos generales en materia de protección que deben ser tenidos en cuenta en todos los procesos relacionados con el reconocimiento de derechos a los niños, niñas y adolescentes; y que una de las funciones de la Subdirección de restablecimiento de derechos es definir los lineamientos específicos para el proceso administrativo de restablecimiento de derechos que deben ser tenidos en cuenta en todos los centros zonales, Regionales y sede de la dirección genera).

prevalentes, por lo que de ninguna manera es justificable el retraso que ha generado la Defensoría de familia al negarse a atender un asunto de su capacidad y competencia, colgando a la víctima en una situación de revictimización, al someterla en varias ocasiones a la narración, exposición y evaluación de su situación, ante diferentes funcionarios y sobre todo, a múltiples pruebas médicas, que en lugar de protegerle le generan más daño.

Argumentos de la Defensoría de Familia

La Defensora de Familia, en su alegato de conclusión, sostuvo que la competencia radica en la Comisaría de Familia, con base en los siguientes planteamientos jurídicos:

En los casos de niños, niñas y adolescentes con sus derechos vulnerados con ocasión de violencia sexual, corresponde a los Defensores de Familia y Comisarios de Familia “procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el presente Código”⁷⁴⁶, erigiéndose como criterio diferenciador de competencias entre éstas dos dependencias, la misión de cada entidad, donde una vez identificado el aparente agresor, se tendrá el criterio orientador para determinar la autoridad competente.

Los criterios diferenciadores de competencias administrativas entre las Defensorías de Familia y las Comisarias de Familia, están claramente determinados por los artículos 83 y 86 de la ley 1098 de 2006, el artículo 7 del decreto 4840 de 2007 y el artículo 4 de la ley 294 de 1996, modificado por el artículo 1 de la ley 575 de 2000 y modificado por el artículo 16 de la ley 1257 de 2008. Al respecto, cita además, providencia de ésta Sala, de fecha 3 de marzo de 2011, con número de radicación 11001-03-06-000-2011-00008-00.

Pese a lo establecido en el “lineamiento técnico para el programa especializado de atención a niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual, con sus derechos amenazados, inobservados y vulnerados”, mencionado por la Comisaria de Familia, el cual consagra que “Todos los casos de violencia sexual que se recepcionen en los Centros Zonales de la jurisdicción serán atendidos íntegramente allí, en todas las etapas del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos...”, aquel no puede superponerse a la ley 1098 de 2006, la cuál lo inspira y en consecuencia, es de mayor jerarquía.

Adujo que la realidad institucional del Centro de Atención Integral a Víctimas de Violencia Sexual en el Municipio de Medellín, impide prestarle a la niña la atención que su caso requiere, dada la cantidad de asuntos que dicho Centro tiene a su cargo.

Además, afirma que la Defensoría de Familia no cuenta con la presencia del Comisario de Familia, quien legalmente ostenta más amplias facultades que el Defensor de familia y quien podría garantizarle de manera más efectiva y en mayor medida, los derechos a la víctima.

3. Competencia de la Sala

El artículo 4 de la ley 954 del 27 de abril de 2005 – que adiciona el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo-, establece que corresponde a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado conocer y definir los conflictos de competencias administrativas que se originen entre entidades públicas, donde por lo menos una de ellas sea del orden nacional, cualquiera sea su naturaleza, siempre que se trate de asuntos de carácter

746 Artículo 96, Ley 1098 de 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.”

administrativo, vale decir, en ejercicio de una función administrativa. El conflicto que nos ocupa, versa sobre un asunto de competencias administrativas, además, la Defensora de Familia, como una de las partes en conflicto, es una dependencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la cual es una entidad del orden nacional.

Por lo anterior, esta Sala es competente para conocer el presente caso.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. En virtud del artículo 96 del Código de Infancia y Adolescencia, ley 1098 de 2006, son competentes para “procurar promover la realización y restablecimiento de los derechos” de los niños, niñas y adolescentes, las Defensorías de Familia y las Comisarías de Familia, en los siguientes términos:

“Artículo 96. Autoridades competentes: Corresponde a los defensores de familia y comisarios de familia procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el presente Código...”

2. Las funciones que la ley 1098 de 2006 les impone de manera específica a cada una de estas dependencias, con el fin de establecer cual es la competente para conocer del asunto que nos ocupa.}

Respecto de las Defensorías de Familia establece:

“Artículo 79. Defensorías de Familia. Son dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de naturaleza multidisciplinaria, encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes...”

Artículo 82. Funciones del Defensor de Familia. Corresponde al Defensor de Familia:

1. Adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza.
2. Adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la presente ley para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes...”

En cuanto a las Comisarías de Familia consagran las siguientes normas en lo pertinente para el caso:

“Artículo 83. Comisarías de familia: Son entidades distritales o municipales o intermunicipales de carácter administrativo e interdisciplinario, que forman parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, cuya misión es prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar y las demás establecidas por la ley.

Artículo 86. Funciones del comisario de familia. Corresponde al comisario de familia:

- 1 Garantizar, proteger, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar...
- 3 Recibir denuncias y adoptar las medidas de emergencia y de protección necesarias en casos de delitos contra los niños, las niñas y los adolescentes.
4. Recibir denuncias y tomar las medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar...

8. *Adoptar las medidas de restablecimiento de derechos en los casos de maltrato infantil y denunciar el delito.*”

3. El artículo 7 del decreto 4840 de 2007 determina el criterio diferenciador de competencias entre las Defensorías de Familia y las Comisarías de Familia de la siguiente manera:

“Artículo 7. Competencias del Defensor de Familia y del Comisario de Familia: Cuando en un mismo municipio concurren Defensorías de Familia y Comisarías de Familia, el criterio diferenciador de competencias para los efectos de restablecimiento de derechos, se regirá por lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006, así:

El Defensor de Familia se encargará de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en las circunstancias de maltrato, amenaza o vulneración de derechos diferentes de los suscitados en el contexto de la violencia intrafamiliar.

El Comisario de Familia se encargará de prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los niños, niñas, adolescentes y demás miembros de la familia, en las circunstancias de maltrato infantil, amenaza o vulneración de derechos suscitadas en el contexto de la violencia intrafamiliar...

En virtud de los principios de corresponsabilidad y del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, cuando el Defensor de Familia o el Comisario de Familia conozca de casos diferentes a los de su competencia señalados en los incisos anteriores, los atenderá y remitirá a la autoridad competente, y en aquellos que ameriten medidas provisionales, de emergencia, protección o restablecimiento de derechos, las adoptará de inmediato y remitirá el expediente a más tardar el día hábil siguiente...”

De las normas anteriormente transcritas se desprende que tanto Defensorías como Comisarías de Familia son competentes para proteger y restablecer los derechos de los niños, la diferencia radica en que las Defensorías deben asumir competencia cuando esos derechos son conculcados en situaciones de violencia intrafamiliar y las Comisarías de Familia en todos los demás casos, de conformidad con el artículo 4 de la ley 294 de 1996, modificado por el artículo 1 de la ley 575 de 2000 y modificado por el artículo 16 de la ley 1257 de 2008, el cual consagra las conductas constitutivas de violencia intrafamiliar en los siguientes términos:

“Artículo 4: Toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico, psíquico, o daño a su integridad sexual, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, podrá pedir, sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, al comisario de familia del lugar donde ocurrieren los hechos y a falta de este al Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que esta se realice cuando fuere inminente...”

4. Concluye la Sala que la competencia para continuar con el procedimiento pertinente en el caso que nos ocupa, radica en la Comisaría de Familia Comuna Uno de Medellín, toda vez que es ella la encargada de procurar la protección y restablecimiento de los derechos de los niños víctimas de violencia intrafamiliar. En el presente asunto, el agresor de la niña hace parte del grupo familiar en virtud del artículo 2 de la ley 294 de 1996⁷⁴⁷, por tanto, la conducta por él perpetrada se enmarca dentro una situación de violencia intrafamiliar según el precitado artículo 4 de la ley 294 de 1996.

⁷⁴⁷ **Artículo 2, Ley 294 de 1996:** “... Para los efectos de la presente Ley, integran la familia: Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica...”

5. Al respecto, la Sala estableció en providencia del 3 de marzo de 2011 (radicado 11001-03-06-000-2011-00008-00) lo siguiente:

“En consecuencia, aparece evidente, con fundamento en la normatividad citada, que el procedimiento administrativo de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas, adolescentes y demás miembros de la familia, que resulten vulnerados o amenazados por situaciones de violencia intrafamiliar, es de competencia de las Comisarías de Familia, independientemente del número o de la naturaleza de tales derechos.

En efecto, dada la complejidad y la gravedad de las situaciones de violencia intrafamiliar, pueden resultar lesionados muchos de los derechos de los niños, como los señalados con el carácter de fundamentales en el artículo 44 de la Constitución, por ejemplo, los derechos a la vida, a la integridad física, a la salud y la seguridad social, a la alimentación equilibrada, al cuidado y al amor, a la educación y la cultura, a la recreación y a la libre expresión de su opinión, pero igualmente pueden resultar afectados otros, que también son muy importantes, como los derechos a la identidad, al respeto, a la integridad moral y mental, a un trato digno, al desarrollo integral y emocional, al aseo, al juego, al sueño, a la tranquilidad, etc., reconocidos por diversos tratados internacionales y leyes positivas, viéndose todos alterados por la situación de violencia intrafamiliar, sin que sea viable escindirlos o separarlos de ésta en orden a cambiar artificiosamente la competencia de la autoridad que ha conocido de la misma.”

Más recientemente en providencia del 5 de diciembre de 2011 (radicado 11001-03-06-000-2011-00083-00) expresó:

“Desea agregar la Sala que, sin perjuicio de todas las razones expuestas, en atención al interés superior del niño y al principio de coordinación entre todas las entidades y organismos del Estado, las comisarías de familia, una vez agotados los medios a su disposición para restablecer los derechos de los niños y adolescentes, pueden y deben recabar el apoyo de los programas que ofrecen el ICBF y otras instituciones pertenecientes al Sistema Nacional de Bienestar Familiar para garantizar el restablecimiento integral de tales derechos, siendo buen ejemplo de ello los servicios que coordinan los CAIVAS, en consideración a su alto grado de especialidad en la atención a las víctimas de abuso sexual.”

En mérito de los argumentos señalados, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLÁRASE que la Comisaría de Familia Comuna Uno de Medellín es la competente para continuar con el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos de la niña.

SEGUNDO: REMÍTASE el expediente correspondiente a la Comisaría de Familia Comuna Uno de Medellín.

TERCERO: COMUNÍQUESE esta decisión a la Comisaría de Familia Comuna Uno de Medellín y a la Defensoría de Familia - Centro de Atención Integral a Víctimas de Violencia Sexual - Centro Zonal Suroriental Regional Antioquia – I.C.B.F.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Consejero. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS, Secretaria de la Sala.

A

Acceso a la propiedad: *Rad. 1820 (p. 53 Tomo II)*
 Acción disciplinaria: *Rad. 2046 (p. 202 Tomo II)*
 Acciones populares en bienes de uso público: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II)*
 Actividad industrial y comercial: *Rad. 1815 (p. 47 Tomo I)*
 Actividad portuaria: *Rad. 1849 (p. 232 Tomo I)*
 Administración pública: *Rad. 1815 (p. 47 Tomo I)*
 Administrador temporal o designado: *Rad. 2046 (p. 202 Tomo II)*
 Alcalde mayor: *Rad. 2058 (p. 123 Tomo I)*
 Ambiente sano: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II)*
 Aplicación de la ley procesal en el tiempo: *Rad. 2064 (p. 131 Tomo I)*
 Armada Nacional: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II)*
 Asignación: *Rad. 1804 (p. 331 Tomo I) Rad. 1840 (p. 374 Tomo I)*
 Asunción temporal de competencia: *Rad. 2046 (p. 202 Tomo II)*
 Atribuciones Sala de Consulta y Servicio Civil: *Rad. 2055 (p. 95 Tomo I)*
 Auditor General de la República: *Rad. 2056 (p. 105 Tomo I)*
 Auditoría General de la República: *Rad. 2056 (p. 105 Tomo I)*
 Autonomía administrativa: *Rad. 1828 (p. 157 Tomo II), Rad. 2055 (p. 95 Tomo I), Rad. 2058 (p. 123 Tomo I)*
 Autonomía presupuestal: *Rad. 1828 (p. 157 Tomo II)*
 Autonomía territorial: *Rad. 1807 (p. 209 Tomo I), Rad. 2017 (p. 163 Tomo II)*
 Autonomía universitaria: *Rad. 2041 (p. 273 Tomo I)*
 Autoridad política: *Rad. 2058 (p. 123 Tomo I)*
 Autoridades de tránsito: *Rad. 2034 (p. 174 Tomo II)*

B

Bienes de la nación: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II)*
 Bienes de régimen especial: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II)*
 Bienes de uso público: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II)*
 Bienes fiscales: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II)*

C

Calificación del estado de invalidez: *Rad. 2033 (p. 180 Tomo I)*
 Cámaras de Comercio: *Rad. 2025 (p. 65 Tomo I)*
 Carrera administrativa: *Rad. 2029 (p. 165 Tomo I) Rad. 1780 (p. 323 Tomo I)*
 Carreras especiales: *Rad. 2029 (p. 165 Tomo I)*
 Clausulas excepcionales en contrato de interventoría: *Rad. 2074 (p. 299 Tomo I)*
 Código Disciplinario Único: *Rad. 2046 (p. 202 Tomo II)*
 Código Nacional de Tránsito Terrestre: *Rad. 2034 (p. 174 Tomo II) Rad. 2057 (p. 112 Tomo I)*
 Comisión de Regulación en Salud: *Rad. 2032 (p. 414 Tomo I)*
 Comisión Nacional de Televisión: *Rad. 1808 (p. 41 Tomo I)*
 Comisiones permanentes del Congreso: *Rad. 2059 (p. 187 Tomo I)*
 Competencia de la autoridad de tránsito: *Rad. 2034 (p. 174 Tomo II)*
 Competencia disciplinaria: *Rad. 2046 (p. 202 Tomo II)*
 Competencias asignadas a las Contralorías: *Rad. 2055 (p. 95 Tomo I)*
 Competencias de los órganos estatales: *Rad. 2055 (p. 95 Tomo I)*
 Composición del Consejo Nacional Electoral: *Rad. 2085 (p. 151 Tomo I)*
 Concejos municipales: *Rad. 2073 (p. 226 Tomo II)*
 Concepto previo del Consejo de Estado: *Rad. 2055 (p. 95 Tomo I)*
 Concesión portuaria: *Rad. 1849 (p. 232 Tomo I)*
 Conciliación: *Rad. 1838 (p. 371 Tomo I)*
 Conflictos de intereses: *Rad. 2045 (p. 279 Tomo I)*
 Consejo Nacional Electoral: *Rad. 2028 (p. 404 Tomo I)*
 Constitución de las sociedades de economía mixta: *Rad. 2025 (p. 65 Tomo I)*
 Consulta Caribe: *Rad. 2017 (p. 163 Tomo II)*

Contralorías territoriales: *Rad. 2003 (p. 243 Tomo I)*
 Contratación de contralorías departamentales: *Rad. 2003 (p. 243 Tomo I)*
 Contratación de control fiscal con particulares: *Rad. 2055 (p. 95 Tomo I)*
 Contratación fiscal con empresas privadas: *Rad. 2055 (p. 95 Tomo I)*
 Contrato de administración de recursos de regalías: *Rad. 1856 (p. 89 Tomo II)*
 Contrato de administración: *Rad. 2000 (p. 128 Tomo II)*
 Contrato de concesión: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II)*
 Contrato de interventoría como modalidad del contrato de consultoría: *Rad. 2074 (p. 299 Tomo I)*
 Contrato de prestación de servicios: *Rad. 2003 (p. 243 Tomo I)*
 Contratos con autoridades de tránsito: *Rad. 2034 (p. 174 Tomo II)*
 Contratos con personas sin ánimo de lucro: *Rad. 1977 (p. 118 Tomo II)*
 Contratos de ciencia y tecnología: *Rad. 2007 (p. 260 Tomo I)*
 Contribución de solidaridad en el sector eléctrico: *Rad. 1801 (p. 197 Tomo I)*
 Contribución especial de seguridad ciudadana: *Rad. 2000 (p. 128 Tomo II)*
 Contribución parafiscal: *Rad. 2013 (p. 382 Tomo I)*
 Control disciplinario: *Rad. 2046 (p. 202 Tomo II)*
 Control financiero: *Rad. 2055 (p. 95 Tomo I)*
 Control fiscal de las localidades del Distrito: *Rad. 2055 (p. 95 Tomo I)*
 Control fiscal: *Rad. 2055 (p. 95 Tomo I)*
 Convenio de cooperación científica y tecnológica: *Rad. 2007 (p. 260 Tomo I)*
 Corporaciones de elección popular: *Rad. 2073 (p. 226 Tomo II)*
 Cosa juzgada: *Rad. 2061 (p. 213 Tomo II)*
 Creación de cargos de reserva legal: *Rad. 1805 (p. 342 Tomo II)*
 Creación de entidades públicas: *Rad. 2025 (p. 65 Tomo I)*
 Creación de las entidades estatales sin ánimo de lucro de carácter mixto: *Rad. 2025 (p. 65 Tomo I)*
 Creación de las sociedades de economía mixta: *Rad. 2025 (p. 65 Tomo I)*
 Cuerpos especializados de agentes de tránsito: *Rad. 2034 (p. 174 Tomo II)*
 Cumplimiento de sentencias: *Rad. 1828 (p. 157 Tomo II)*
 Cuotas partes pensionales: *Rad. 1853 (p. 78 Tomo II)*

D

Daño emergente: *Rad. 1856 (p. 89 Tomo II)*
 Deber de obediencia del ordenamiento jurídico: *Rad. 2046 (p. 202 Tomo II)*
 Decisiones judiciales en situaciones individuales: *Rad. 2061 (p. 213 Tomo II)*
 Delegación de funciones: *Rad. 2051 (p. 90 Tomo I)*
 Derecho de la organización: *Rad. 1815 (p. 47 Tomo I)*
 Derecho de petición de consultas y conceptos: *Rad. 1801 (p. 197 Tomo I)*
 Derecho privado aplicación a entidades públicas: *Rad. 1815 (p. 47 Tomo I)*
 Designación de alcaldes: *Rad. 2058 (p. 123 Tomo I)*
 Designación de gobernadores: *Rad. 2058 (p. 123 Tomo I)*
 Destinación de los ingresos de las Cámaras de Comercio: *Rad. 2025 (p. 65 Tomo I)*
 Dirección General Marítima. DIMAR: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II) Rad. 1804 (p. 331 Tomo I)*
 Dirección Nacional de derechos de autor: *Rad. 2030 (p. 81 Tomo I)*
 Distrito capital: *Rad. 2058 (p. 123 Tomo I)*
 Doble militancia: *Rad. 2064 (p. 131 Tomo I)*
 Donaciones a favor de terceros: *Rad. 1977 (p. 118 Tomo II)*

E

Ecopetrol: *Rad. 1840 (p. 374 Tomo I)*
 Efecto inter partes: *Rad. 2061 (p. 213 Tomo I)*
 Efectos de la declaración de nulidad de los actos administrativos: *Rad. 2085 (p. 151 Tomo I)*
 Efectos de la escritura pública de fusión: *Rad. 2057 (p. 112 Tomo I)*
 Efectos extunc: *Rad. 2085 (p. 151 Tomo I)*
 Efectos patrimoniales de la fusión: *Rad. 2057 (p. 112 Tomo I)*
 Ejecución presupuestal: *Rad. 1856 (p. 89 Tomo I)*
 Empleados de la Rama Legislativa del poder público: *Rad. 2029 (p. 165 Tomo I)*
 Empleados en provisionalidad: *Rad. 1780 (p. 323 Tomo I)*
 Empleo público: *Rad. 2003 (Ampliación) (p. 251 Tomo I)*
Rad. 2056 (p. 95 Tomo I)
 Empresas de servicios públicos domiciliarios: *Rad. 1815 (p. 47 Tomo I)*
 Entes de control fiscal: *Rad. 2055 (p. 95 Tomo I)*
 Entidad estatal: *Rad. 1815 (p. 47 Tomo I)*
 Entidad oficial: *Rad. 1815 (p. 47 Tomo I)*
 Entidad pública: *Rad. 1815 (p. 47 Tomo I)*
 Entidades administrativas: *Rad. 1815 (p. 47 Tomo I)*
 Entidades de carácter asociativo: *Rad. 1815 (p. 47 Tomo I)*
 Entidades territoriales indígenas: *Rad. 2044 (p. 187 Tomo I)*
 Equidad e igualdad de género: *Rad. 2064 (p. 131 Tomo I)*
 Espacio público: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II)*
 Estatuto Orgánico de Sistema Financiero: *Rad. 2057 (p. 112 Tomo I)*
 Estructura orgánica de las entidades administrativas: *Rad. 2025 (p. 65 Tomo I)*
 Etapa pre-electorales: *Rad. 2064 (p. 131 Tomo I)*
 Expectativa legítima: *Rad. 2038 (p. 427 Tomo I)*
 Expropiación por vía administrativa: *Rad. 1807 (p. 209 Tomo I)*

F

Factores salariales: *Rad. 2013 (p. 382 Tomo I)*
 Facultades extraordinarias del Presidente de la República: *Rad. 2056 (p. 105 Tomo I)*
 Falta absoluta del alcalde mayor: *Rad. 2058 (p. 123 Tomo I)*
 Falta temporal del alcalde mayor: *Rad. 2058 (p. 123 Tomo I)*
 Faltas absolutas de los miembros de las corporaciones públicas: *Rad. 2033 (p. 180 Tomo I)*
Rad. 2059 (p. 187 Tomo I)
 Faltas absolutas: *Rad. 2073 (p. 226 Tomo II)*, *Rad. 2058 (p. 123 Tomo I)*, *Rad. 2033 (p. 180 Tomo I)*
 Faltas gravísimas: *Rad. 2058 (p. 123 Tomo I)*
 Faltas temporales: *Rad. 2073 (p. 226 Tomo II)*, *Rad. 2033 (p. 226 Tomo II)*
 Fondo de bienestar Social de la Contraloría General de la República: *Rad. 2055 (p. 95 Tomo I)*
 Fondo de solidaridad pensional: *Rad. 2053 (p. 289 Tomo I)*
 Fondo Nacional Avícola: *Rad. 2000 (p. 128 Tomo II)*
 Fondo Nacional Cerealista: *Rad. 2000 (p. 128 Tomo II)*
 Fondo Nacional de Regalías: *Rad. 1856 (p. 89 Tomo II)*
 Fondos especiales Agropecuarios y Pesqueros: *Rad. 2000 (p. 128 Tomo II)*
 Fondos especiales parafiscales: *Rad. 2000 (p. 128 Tomo II)*
 Fondos parafiscales: *Rad. 2000 (p. 128 Tomo II)*
 Fuero de estabilidad: *Rad. 2029 (p. 165 Tomo I)*
 Función Consultiva: *Rad. 2047 (p. 438 Tomo I)*
Rad. 1850 (p. 74 Tomo II)
Rad. 1838 (p. 371 Tomo I)
 Funcionario de facto: *Rad. 2085 (p. 151 Tomo I)*
 Funcionarios del Senado de la República y la Cámara de Representantes: *Rad. 2029 (p. 165 Tomo I)*

G

Garantías contractuales: *Rad. 1856 (p. 89 Tomo II)*
 Gestión fiscal: *Rad. 1843 (p. 64 Tomo II)*

Grupos internos de trabajo: *Rad. 2046 (p. 202 Tomo II)*, *Rad. 2030 (p. 81 Tomo I)*

H

Habilitación en carrera administrativa: *Rad. 1780 (p. 323 Tomo I)*
 Hecho generador del impuesto de vehículo: *Rad. 1843 (p. 64 Tomo II)*
 Honorario de perito función administrativa: *Rad. 1804 (p. 331 Tomo I)*
 Honorario de perito función jurisdiccional: *Rad. 1804 (p. 331 Tomo I)*

I

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. ICBF: *Rad. 1832 (p. 348 Tomo I)*
Rad. 2013 (p. 382 Tomo I)
 Igualdad de la mujer, como sujeto de especial protección: *Rad. 2064 (p. 131 Tomo I)*
 Imposibilidad de proveer reemplazos: *Rad. 2059 (p. 187 Tomo I)*
 Imprescriptibilidad: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II)*
 Improcedencia de Consulta ante la Sala de Consulta y S.C. del Consejo de Estado: *Rad. 1850 (p. 74 Tomo II)*
Rad. 1838 (p. 371 Tomo I)
 Impuesto predial en bienes de uso público: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II)*
 Impuesto Renta: *Rad. 1832 (p. 348 Tomo I)*
 Impuesto sobre vehículo automotor: *Rad. 1843 (p. 64 Tomo II)*
 Inalienabilidad: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II)*
 Incapacidad física permanente: *Rad. 2033 (p. 180 Tomo I)*
 Incapacidad física transitoria: *Rad. 2073 (p. 226 Tomo II)*
 Inembargabilidad: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II)*
 Ingresos corrientes: *Rad. 1856 (p. 89 Tomo II)*
 Ingresos fiscales: *Rad. 1856 (p. 89 Tomo II)*
 Ingresos anuales permanentes de los Congresistas: *Rad. 2028 (p. 404 Tomo I)*
 Inhabilidades de las ternas para candidatos a alcaldes: *Rad. 2058 (p. 123 Tomo I)*
 Inhabilidades para cargos de elección popular: *Rad. 2058 (p. 123 Tomo I)*
 Inhabilidades para Secretarios de despacho: *Rad. 2058 (p. 123 Tomo I)*
 Inhabilidades para ser Alcalde mayor de Bogotá: *Rad. 2058 (p. 123 Tomo I)*
 Inscripción de candidatos: *Rad. 2064 (p. 131 Tomo I)*
 Inscripción en organismo de tránsito: *Rad. 1843 (p. 64 Tomo II)*
 Instituto Nacional de Concesiones INCO: *Rad. 1807 (p. 209 Tomo I)*
 Intereses moratorios de cuotas partes pensionales: *Rad. 1853 (p. 78 Tomo II)*
 Interrupción de la prescripción de cuotas partes pensionales: *Rad. 1853 (p. 78 Tomo II)*
 Ius variandi de la administración pública: *Rad. 1849 (p. 232 Tomo I)*

J

Jurisdicción de la autoridad de tránsito: *Rad. 2034 (p. 174 Tomo I)*

L

Laudo arbitral laboral: *Rad. 2038 (p. 427 Tomo I)*
 Licencia Ambiental: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II)*
 Licencia de tránsito: *Rad. 2057 (p. 112 Tomo I)*
Rad. 1843 (p. 64 Tomo II)
 Liquidación de aportes parafiscales: *Rad. 2013 (p. 382 Tomo I)*

M

Magistrados de altas cortes: *Rad. 2028 (p. 404 Tomo I)*

Magistrados del Consejo Nacional Electoral: *Rad. 2028 (p. 404 Tomo I)*
 Manglares: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II)*
 Manual único para la calificación de la invalidez: *Rad. 2033 (p. 180 Tomo I)*
 Medida correctiva: *Rad. 2046 (p. 202 Tomo II)*
 Medio ambiente: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II)*
 Ministerio de Minas y Energía: *Rad. 1801 (p. 197 Tomo I)*
 Ministro de Comunicaciones: *Rad. 1808 (p. 41 Tomo I)*
 Moralidad administrativa: *Rad. 2055 (p. 95 Tomo I) Rad. 2074 (p. 299 Tomo I)*
 Multas impuestas por autoridad pública: *Rad. 1856 (p. 89 Tomo II)*
 Municipio: *Rad. 2044 (p. 187 Tomo II)*

N

Necesidad del servicio: *Rad. 2029 (p. 165 Tomo I)*
 Nombramientos provisionales: *Rad. 2029 (p. 165 Tomo I)*
 Nómina mensual de salarios: *Rad. 2013 (p. 382 Tomo I)*

O

Órdenes administrativos: *Rad. 1815 (p. 47 Tomo I)*
 Organismos administrativos: *Rad. 1815 (p. 47 Tomo I)*
 Organización institucional de la autoridad de tránsito: *Rad. 2034 (p. 174 Tomo II)*

P

Parques naturales: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II)*
 Patrimonio arqueológico: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II)*
 Patrimonio público: *Rad. 1820(p. 53 Tomo II)*
 Pérdida de investidura: *Rad. 2073 (p. 226 Tomo II)*
 Período de inscripción de candidaturas: *Rad. 2064 (p. 131 Tomo I)*
 Período de los Magistrados del Consejo Nacional Electoral: *Rad. 2085 (p. 151 Tomo I)*
 Peritos: *Rad. 1804 (p. 331 Tomo I)*
 Persona jurídica de derecho público: *Rad. 1815 (p. 47 Tomo I)*
 Persona jurídica de participación mixta: *Rad. 2025 (p. 65 Tomo I)*
 Personas jurídica sin ánimo de lucro: *Rad. 2025 (p. 65 Tomo I)*
 Personería distrital: *Rad. 1828 (p. 157 Tomo II)*
 Personería jurídica: *Rad. 1828 (p. 157 Tomo II)*
 Personería municipal: *Rad. 1828 (p. 157 Tomo II)*
 Personerías territoriales: *Rad. 1828 (p. 157 Tomo II)*
 Plan General de Contabilidad Pública: *Rad. 1856 (p. 89 Tomo II)*
 Playas: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II)*
 Pliegos de condiciones: *Rad. 2045 (p. 279 Tomo I)*
 Policía administrativa: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II)*
 Porcentaje de participación femenina: *Rad. 2064 (p. 131 Tomo I)*
 Precedente jurisprudencial: *Rad. 2061 (p. 213 Tomo II)*
 Prescripción de cuotas partes pensionales: *Rad. 1853 (p. 78 Tomo II)*
 Prestación de servicios temporales: *Rad. 2003 (Ampliación) (p. 251 Tomo I)*
 Presupuesto municipal: *Rad. 1828 (p. 157 Tomo II)*
 Prima de actualización: *Rad. 2019 (p. 390 Tomo I)*
 Prima técnica como factor salarial: *Rad. 1834 (p. 363 Tomo I)*
 Principio de asociatividad: *Rad. 2017 (p. 163 Tomo II)*
 Principio colaboración armónica: *Rad. 1843 (p. 64 Tomo II)*
 Principio de eficacia económica: *Rad. 1853 (p. 78 Tomo II)*
 Principio de enajenación de la propiedad estatal: *Rad. 1820 (p. 53 Tomo II)*
 Principio de oscilación: *Rad. 2019 (p. 390 Tomo I)*
 Principio de preferencia: *Rad. 1820 p. 53 Tomo II)*
 Principio democratización: *Rad. 1820(p. 53 Tomo II)*
 Principios rectores del ordenamiento territorial: *Rad. 2017 (p. 163 Tomo II)*
 Procedimiento de enajenación: *Rad. 1820(p. 53 Tomo II)*

Procedimiento para reemplazo de Alcalde mayor: *Rad. 2058 (p. 123 Tomo I)*
 Procesos electorales: *Rad. 2064 (p. 131 Tomo I)*
 Procuraduría General de la Nación: *Rad. 1805 (p. 342 Tomo II)*
 Programa de enajenación: *Rad. 1820(p. 53 Tomo II)*
 Prohibición de doble asignación: *Rad. 1804 (p. 331 Tomo I), Rad. 1840 (p. 374 Tomo I)*
 Prohibición de donaciones a favor de terceros: *Rad. 1977 (p. 118 Tomo II)*
 Prohibición de la doble militancia: *Rad. 2064 (p. 131 Tomo I)*
 Protección del patrimonio público: *Rad. 1820(p. 53 Tomo II)*
 Protección al derecho de propiedad: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II)*
 Publicación en el diario oficial: *Rad. 2041 (p. 273 Tomo I)*

R

Recolección de firmas: *Rad. 2064 (p. 131 Tomo I)*
 Reconocimiento de derechos adquiridos: *Rad. 2030 (p. 81 Tomo I)*
 Reconocimientos pensionales: *Rad. 2061 (p. 213 Tomo II)*
 Recurso homologación: *Rad. 2038 (p. 427 Tomo I)*
 Recursos de capital: *Rad. 1856 (p. 89 Tomo II)*
 Reelección magistrados Consejo Nacional Electoral: *Rad. 2085 (p. 151 Tomo I)*
 Reelección de los Comisionados Comisión de Regulación: *Rad. 2032 (p. 414 Tomo I)*
 Regalías: *Rad. 1856 (p. 89 Tomo II), Rad. 1946 (p. 98 Tomo II), aclaración Rad. 1946 (p. 114 Tomo II)*
 Régimen de Contabilidad Pública: *Rad. 1856 (p. 89 Tomo II)*
 Régimen de los contratos, en relación con las entidades públicas: *Rad. 1815 (p. 47 Tomo I)*
 Régimen de reemplazos: *Rad. 2059 (p. 187 Tomo I)*
 Régimen pensional de servidores públicos: *Rad. 2061 (p. 213 Tomo II)*
 Régimen pensional extralegal: *Rad. 2061 (p. 213 Tomo II)*
 Régimen prestacional de los docentes: *Rad. 2047 (p. 438 Tomo I)*
 Régimen presupuestal: *Rad. 1815 (p. 47 Tomo I)*
 Régimenes de transición: *Rad. 2038 (p. 427 Tomo I)*
 Región: *Rad. 2017 (p. 163 Tomo II)*
 Región administrativa y de planificación: *Rad. 2017 (p. 163 Tomo II)*
 Registro presupuestal: *Rad. 1856 (p. 89 Tomo II)*
 Registro terrestre automotor: *Rad. 2057 (p. 112 Tomo I)*
 Regla de continuidad: *Rad. 2032 (p. 414 Tomo I)*
 Reglas de competencia: *Rad. 2046 (p. 202 Tomo II)*
 Reglas generales sobre tránsito de legislación: *Rad. 2064 (p. 131 Tomo I)*
 Reglas para la creación de entidades públicas: *Rad. 2025 (p. 65 Tomo I)*
 Relación interadministrativa de colaboración y subordinación: *Rad. 1843 (p. 64 Tomo II)*
 Rendimientos financieros: *Rad. 2053 (p. 289 Tomo I)*
 Representación: *Rad. 1808 (p. 41 Tomo I)*
 Resguardos indígenas: *Rad. 2044 (p. 187 Tomo II)*
 Rubro presupuestal: *Rad. 1828 (p. 157 Tomo II)*

S

Salario: *Rad. 2013 (p. 382 Tomo I)*
 Sector descentralizado: *Rad. 1815 (p. 47 Tomo I)*
 Sector solidario: *Rad. 1820(p. 53 Tomo II)*
 Seguridad social en salud del trabajador independiente: *Rad. 1832 (p. 348 Tomo I)*
 Seguridad social en pensiones: *Rad. 2038 (p. 427 Tomo I)*
 Selección objetiva o abreviada: *Rad. 1977 (p. 118 Tomo II) Rad. 2045 (p. 279 Tomo I)*
 Sentencias judiciales: *Rad. 1828 (p. 157 Tomo II)*
 Servicios públicos: *Rad. 1815 (p. 47 Tomo I)*

Servidores departamentales y municipales: *Rad. 2046 (p. 202 Tomo II)*

Servicios Especializados de Tránsito y Transporte. SETT: *Rad. 1843 (p. 64 Tomo II)*

Sistema General de Participaciones: *Rad. 2044 (p. 187 Tomo II)*

Sociedades de economía mixta: *Rad. 2025 (p. 65 Tomo I)*

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios: *Rad. 1801 (p. 197 Tomo I)*

Suspensión de funcionarios: *Rad. 2055 (p. 95 Tomo I)*

Suspensión del Alcalde mayor: *Rad. 2058 (p. 123 Tomo I)*

T

Ternas: *Rad. 2058 (p. 123 Tomo I)*

Tierras comunales de grupos étnicos y tierras de resguardo: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II)*

Titularidad del derecho de dominio en bienes de uso público: *Rad. 1682 (p. 11 Tomo II)*

Tradicción de bienes inmuebles: *Rad. 2057 (p. 112 Tomo I)*

Tradicción de bienes muebles: *Rad. 2057 (p. 112 Tomo I)*

Tradicción de dominio de vehículo automotor: *Rad. 1843 (p. 64 Tomo II) Rad. 2057 (p. 112 Tomo I)*

Traslado de dominio a título gratuito: *Rad. 1977 (p. 118 Tomo II)*

Traspaso: *Rad. 2057 (p. 112 Tomo I)*

U

Universidad Antioquia: *Rad. 2038 (p. 427 Tomo I)*

Universidad del Valle: *Rad. 2061 (p. 213 Tomo II)*

Universidad Nacional de Colombia: *Rad. 2041 (p. 273 Tomo I)*

Universidad pública: *Rad. 2062 (p. 128 Tomo II)*

V

Vacaciones: *Rad. 1834 (p. 363 Tomo I)*

Vacancias temporales: *Rad. 2029 (p. 165 Tomo I)*

Vehículo automotor: *Rad. 1843 (p. 64 Tomo II)*

Vehículos nuevos: *Rad. 2057 (p. 112 Tomo I)*

Vigilancia excepcional de la Auditoría General de la República: *Rad. 2056 (p. 105 Tomo I)*

Vigilancia fiscal: *Rad. 2055 (p. 95 Tomo I)*

Vigilancia y control fiscal de los departamentos: *Rad. 2056 (p. 105 Tomo I)*

Vigilancia y control fiscal de los distritos: *Rad. 2056 (p. 105 Tomo I)*

Vigilancia y control fiscal de los municipios: *Rad. 2056 (p. 105 Tomo I)*

Este libro se terminó de imprimir en mayo de 2012
en los talleres de



Calle 78 N° 29B - 44 / pbx 2508244 / Bogotá, Colombia
www.impresoediciones.com / comercial@impresoediciones.com

Con el auspicio de:

