



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

Memoria 2015

TOMO I

**LA SALA DE CONSULTA
CONFLICTOS DE COMPETENCIA
CONCEPTOS: ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN
Y FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO**



República de Colombia
Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil
Memoria 2015
Consejo de Estado

Sala de Gobierno

Luis Rafael Vergara Quintero

Presidente

Martha Teresa Briceño de Valencia

Vicepresidenta

María Claudia Rojas Lasso

Presidente de la Sección Primera de lo Contencioso Administrativo

Gerardo Arenas Monsalve

Presidente de la Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo

Carlos Alberto Zambrano Barrera

Presidente de la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo

Jorge Octavio Ramirez

Presidente de la Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidente de la Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo

Álvaro Namén Vargas

William Zambrano Cetina

Presidentes de la Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Álvaro Namén Vargas

William Zambrano Cetina

Presidentes

Germán Alberto Bula Escobar

Consejero de Estado

Edición de textos e índices temático y analítico

María Angélica Pulido Barreto

Diseño e Impresión

Imprenta Nacional de Colombia

Bogotá, Colombia

ISBN: 2346-1292

Publicación realizada con el apoyo del Consejo Superior de la Judicatura CENDOJ

PRESENTACIÓN

La importancia de rendir cuentas. Es tradición desde 2009 que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado presente a la ciudadanía una memoria anual de actividades. Por lo demás esta tradición, pionera y afortunada, fue recogida en el artículo 112 numeral 11 de la Ley 1437 de 2011 –el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o CPACA-, que terminó por consagrarla como una obligación en virtud de la importancia que revisten este tipo de publicaciones de los órganos del Estado para con los principios constitucionales de transparencia, publicidad y participación. Por los días en que esta presentación se escribe, el Consejo de Estado, empeñado en que la transparencia y la rendición de cuentas impregnen su actividad, recibe reconocimiento de la OECD por su participación en la Alianza para el Gobierno Abierto –AGA-, experiencia que por invitación de ese organismo será presentada en París en el mes de diciembre de 2016. El Consejo de Estado es la primera institución judicial (y por ahora la única) en tomar parte de esa importante iniciativa internacional que reúne a más de sesenta países.

1. **Remembranzas a propósito del bicentenario.** Debe recordarse que nos encontramos *ad portas* de la celebración de los 200 años de la decisión tomada por el libertador Simón Bolívar -en octubre 30 de 1817 en Angostura-, que creó el Consejo de Estado. En origen, la función de este organismo fue precisamente la de dar consejo y absolver consultas a lo que entonces era el poder ejecutivo. La presente publicación da cuenta de la forma en que la Sala de Consulta y Servicio Civil -que hoy continúa a cargo de esa prístina función-, le ha venido dando cumplimiento. Y se refiere tanto a la función consultiva *stricto sensu*, como a la participación en la elaboración de textos normativos y a la resolución de conflictos de competencias entre autoridades administrativas del orden nacional y territorial.
2. **Función consultiva *stricto sensu*.** En ejercicio de la función consultiva *stricto sensu* la Sala emite conceptos jurídicos en materia de administración pública, de naturaleza reservada y no vinculante, con base en consultas formuladas por el gobierno nacional. Se dice en consecuencia que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en la medida en que no actúa sobre la base de la *potestas*, está compelida a hacerlo con base en la *auctoritas*.

Esta función implica manejar una tensión especial: la Sala parte de su independencia -que se concreta y garantiza en su pertenencia a la rama judicial- y sobre esa base emite sus conceptos atendiendo los más exigentes criterios de constitucionalidad y de legalidad. Al mismo tiempo la Sala entiende que en ejercicio de la función consultiva su rol ha de ser útil, y en este sentido procura dar respuestas concretas que permitan al gobierno tomar decisiones y acciones administrativas respecto de la materia sobre la cual consulta.

Esta tensión no ha de ser observada como dualismo sino como dualidad; se trata de una tensión creativa que garantiza al gobierno que en cualquier caso los conceptos que recibe no obedecen a relaciones de dependencia o contradependencia, y que no se elaboran en contra o en favor del gobierno, sino únicamente teniendo en cuenta la Constitución y la ley, y por esa vía los intereses nacionales. Estas características permiten evocar la conocida frase de Bolívar referida al consejo que se da a los gobernantes: “No le profesa amistad verdadera y pura sino quien habla la verdad y le aconseja el bien.”

El gobierno con frecuencia acoge como buena doctrina los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil, levanta la reserva legal de seis meses a que en principio están sujetos, y actúa de acuerdo con ellos. Los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil son, pues, usualmente útiles para resolver intrincados problemas de orden administrativo derivados de los desafíos hermenéuticos que plantea en ocasiones la aplicación de la norma positiva.

3. **Resolución de conflictos de competencias administrativas.** *Por otra parte la Sala resuelve conflictos de competencias entre autoridades administrativas. En estos casos la Sala no emite conceptos sino decisiones que son obligatorias y contra las cuales no cabe recurso alguno.*
4. **Función consultiva general.** *La función consultiva de la Sala de Consulta y Servicio Civil se extiende también a la preparación y revisión de proyectos de normas y a la redacción de compilaciones normativas por solicitud del gobierno.*
5. **Participación en la elaboración e implementación de textos normativos.** *En ejercicio de esta función, durante el año 2015, la Sala produjo observaciones respecto del proyecto que habría de convertirse en Acto Legislativo 02 de 2015, comúnmente conocido como Reforma al Equilibrio de Poderes.*

Hizo además anotaciones durante el trámite de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, mediante la cual se pretendía desarrollar parcialmente el citado Acto Legislativo 02 de 2015.

El conjunto de las observaciones mencionadas fueron objeto de escucha –con diversa fortuna– en los debates parlamentarios y en los estrados constitucionales, y permanece como un importante material para ser utilizado a propósito de la –así llamada por la Sala– “Misión Justicia”, una propuesta consistente en preparar con antelación y juicio suficientes los proyectos de reforma a la justicia, con miras a evitar nuevas frustraciones en la materia. La Sala y el Consejo de Estado han declarado altivamente que no solo no se oponen ni se atraviesan a reformas a la justicia, sino que muy por el contrario las reclaman y prohíben. Así, por lo demás, han respondido a la malhadada e injusta descalificación de los detractores de la Rama Judicial. Al propio tiempo no cejan en la advertencia de que tales reformas han de ser cuidadosamente preparadas, y no confiadas a la improvisación de debates más “políticos” que técnicos.

Por último, la Sala participó activamente en el debate y en la aprobación de la modificación al Reglamento Interno de la corporación, que permitió entre otras cosas hacer más fluido el proceso de elección de Consejeros de Estado, como es conocido.

6. Estructura de esta Memoria 2015. *Esta publicación da cuenta de las actividades realizadas por la Sala de Consulta y Servicio Civil durante el año 2015, con arreglo a la siguiente organización:*

- a. La primera parte contiene la actividad general de la Sala durante el año: relación de las consultas del Gobierno Nacional y de los conflictos de competencias administrativas resueltos; confirmación de funcionarios públicos; revisión de textos normativos y proyectos de ley; cambios en la conformación de la Sala; organización de foros y actividades académicas; y publicaciones de la Corporación.
- b. La segunda parte de la Memoria 2015 ofrece una selección de los principales conflictos de competencias administrativas resueltos en ese periodo. A diferencia de la función consultiva no tienen reserva legal y son vinculantes para las entidades públicas que participan de ellos. Debido a limitaciones de espacio no aparecen aquí todas las determinaciones adoptadas por la Sala durante el año 2015, sino una muestra representativa de los casos quizá más significativos.
- c. La Tercera Parte está dirigida a la función consultiva de la Corporación y contiene los conceptos emitidos por la Sala durante el 2015, cuya publicación fue autorizada por el Gobierno Nacional; los conceptos de años anteriores a los cuales el gobierno levantó la reserva durante el año 2015; y los conceptos que alcanzaron publicidad en el año 2015 por haberse cumplido el plazo legal de reserva.

Estos conceptos se encuentran organizados en ocho capítulos según su materia, así:

- i. Estructura, organización y funcionamiento del Estado;
- ii. Asuntos electorales;
- iii. Rama legislativa;
- iv. Contratación estatal;
- v. Función pública y régimen prestacional y de seguridad social;
- vi. Hacienda pública, bienes del Estado y tributos;
- vii. *Entidades territoriales y*

viii. Otras materias.

Finalizo esta presentación expresando profunda gratitud de la Sala al CENDOJ por la profesional financiación de esta publicación, que la hizo posible.

Deseo que el propósito institucional - publicidad y transparencia – se traduzca en un aporte sustancial para quienes se aboquen a leer esta memoria, en términos de proveerles conocimientos específicos que los acerquen a la justicia, a la actividad de la administración pública y a sus derechos de ciudadanía. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado confía en que crecientemente las distintas instancias comprometidas en los procesos de expedición de normas jurídicas de diverso nivel, atiendan el clamor que desde distintos ángulos se viene elevando en la dirección a mejorar de manera sustancial la calidad normativa en nuestro suelo. Es propósito de nuestras tareas, y está íntimamente ligado a la seguridad jurídica y a la descongestión judicial.

Germán Alberto Bula Escobar

Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil
del Consejo de Estado en el año 2016

Tabla de contenido
República de Colombia
Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo *de Estado*
Memoria 2015

TOMO I

Presentación	5
PRIMERA PARTE. LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL DEL CONSEJO DE ESTADO EN EL AÑO 2015	9
I. COMPOSICIÓN DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL 2015	20
II. ACTIVIDADES DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL 2015.....	21
1. Conceptos rendidos por consultas del Gobierno Nacional	21
2. Confirmaciones	27
3. Salas del Consejo de Estado - Audiencias con funcionarios del Gobierno Nacional	28
4. Participación en la elaboración e implementación de textos normativos....	29
4.1. Observaciones de la Sala de Consulta al Acto Legislativo 02 de 2015 (Reforma al Equilibrio de Poderes).....	29
4.2. Observaciones de la Sala de Consulta en el trámite de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, mediante la cual se desarrolla parcialmente el Acto Legislativo 2 de 2015 (Reforma al Equilibrio de Poderes)	29
4.3. Participación de la Sala de Consulta en el debate y aprobación de la modificación al Reglamento Interno del Consejo de Estado	29
5. Organización de actividades académicas y culturales	29
5.1. Jornadas de Derecho Constitucional Comparado. El poder de reforma de la Constitución. Desafíos en el Estado de Derecho.....	29

5.2. Cambios en la configuración de la Sala. Despedida del Magistrado William Zambrano Cetina.....	31
6. Publicaciones	32
6.1. Memorias de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para el año 2014 (VI Tomos).....	32
7. Definición de conflictos de competencias administrativas.....	32
7.1. Conflictos en materia de familia	33
7.2. Conflictos en materia de pensiones.....	44
7.3. Conflictos en materia de investigaciones disciplinarias.....	58
7.4. Conflictos en otras materias	65
SEGUNDA PARTE. SELECCIÓN DE CONFLICTOS DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS DEL AÑO 2015	79
1. Instituto de Seguros Sociales en Liquidación y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP FOSYGA. Radicado 2014-00222A	81
2. Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial. Radicado 2015-00036	92
3. Comisaría de Familia La Floresta del municipio de Barrancabermeja y Defensoría de Familia - I.C.B.F. - Regional Santander Centro Zonal La Floresta. Radicado 2015-00007	103
4. Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial. Radicado 2015-00020	113
5. Personería de Bogotá y Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá. Radicado 2015-00049	125
6. Instituto Colombiano Agropecuario - ICA y la Corporación Autónoma Regional del Tolima CORTOLIMA. Radicado 2015-00026	143

7. Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicado 2015-00037A	158
8. Comisaría de Familia de Leticia, Amazonas y la Defensoría de Familia del I.C.B.F. Centro Zonal Leticia, Regional Amazonas. Radicado 2015-00140	161
9. Comisaría Primera de Familia de Envigado y la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Noroccidental de la Regional Antioquia en Medellín. Radicado 2015-00105	179
10. Defensoría de Familia- I.C.B.F. Centro Zonal Ciudad Bolívar, Regional Bogotá y la Comisaría Diecinueve de Familia de Ciudad Bolívar II de Bogotá. Radicado 2015-00080	192
11. Procuraduría General de la Nación, Consejo Superior de la Judicatura -Sala Disciplinaria- y Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa-. Radicado 2015-00104	208
12. Superintendencia de Industria y Comercio – SIC e Instituto Nacional de Metrología – INM. Promotor: Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE. Radicado 2014-00279	224
13. Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ☐ Centro Zonal Suroriental Regional Antioquia y la Comisaría de Familia de la Comuna Nueve Buenos Aires de Medellín. Radicado 2015-00076	260
14. Comisaría de Familia de Barrancabermeja (Santander) y la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal la Floresta- Regional Santander. Radicado 2015-00199	270
15. Comisaría de Familia del Municipio de Curillo (Caquetá) y la Defensoría de Familia del Centro Zonal Belén de los Andaquíes de la Regional Caquetá del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Radicado 2015-00087	305

TERCERA PARTE.	
CONCEPTOS DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL	
PUBLICADOS EN EL AÑO 2015	331
ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO	333
1. Intervención del Estado en los servicios públicos. Principios generales del derecho administrativo sancionatorio. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Facultad para sancionar a personas naturales. Suspensión y destitución de alcaldes. Radicado 2190	335
2. Archivo General de la Nación. Archivos públicos. Radicado 2209	374
3. Naturaleza jurídica y regulación de los servicios postales. Servicio Postal Universal. Enajenación de la participación accionaria del Estado en Servicios Postales Nacionales S.A. Efectos sobre el contrato de concesión No. 000010 de 2004 para la prestación del servicio de correo. Radicado 2234.....	418
4. Funciones de control y vigilancia. Reserva de ley. Radicado 2223	462
5. Designación del Ministro Delegatario. Radicado 2067	474

TOMO II

ASUNTOS ELECTORALES.....	19
1. Prohibición a los miembros de juntas directivas de entidades descentralizadas de prestar servicios profesionales durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y a los gerentes y directores de las mismas dentro de este último término, en la entidad en la cual actúan o actuaron, o en otra del mismo sector administrativo. Radicado 2187	21
2. Inhabilidad electoral. Radicado 2248	32
3. Funciones de inspección control y vigilancia. No se afectan en vigencia de la Ley de Garantías Electorales. Radicado 2265	38

4. Posesión en un cargo de elección popular. Radicado 2066	49
5. Forma de elección de contralores territoriales. Convocatoria pública y concurso. Acto Legislativo 2 de 2015. Radicado 2274	53
6. Elección de contralores territoriales. Aplicación inmediata de las reformas constitucionales. Acto Legislativo 2 de 2015. Radicado 2276	71
7. Inhabilidades para aspirar al cargo de Gobernador del Departamento para el periodo constitucional 2016-2019. Radicado 2251	84
CONTRATACION ESTATAL	105
1. Aprovechamiento y disposición final de residuos sólidos para la generación de energía eléctrica de San Andrés. Radicado 2230	107
2. Causación de la contribución comprendida en las leyes 1106 de 2006 y 1421 de 2010 en los contratos de obra pública celebrados con recursos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres. Radicado 2222	141
3. Concejos municipales. Autorización al alcalde para contratar. Reiteración. Convenios de cofinanciación. Radicado 2238	169
4. Contrato interadministrativo de fiducia mercantil. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Radicado 2227	176
5. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Contrato de aporte. Recursos de Patrimonio Autónomo. Rendimientos Financieros. Radicado 2060	211
6. Contratos de estabilidad jurídica. Aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Terminación unilateral y anticipada. Efectos jurídicos. Radicado 2246	224

ENTIDADES TERRITORIALES259

1. Competencia y procedimiento para la definición del diferendo limítrofe territorial entre los departamentos de Antioquia y Chocó, sector Belén de Bajirá.
Radicado 2211 261
2. Ley orgánica de ordenamiento territorial. Competencia para emitir concepto previo en relación con la constitución de la Región Administrativa y de Planificación (RAP) y la Región Administrativa y de Planificación Especial (RAPE).
Radicado 2213 272
3. Concurso para la elección de personeros: vigencia. Competencia para su realización.
Radicado 2261 281
4. Apoyo de la ESAP a los concejos municipales en la realización del concurso público de méritos para la elección de personeros. No está prohibido por la Ley de Garantías Electorales.
Radicado 2269 AM 296
5. Alcaldes distritales y municipales. Impedimentos y recusaciones. Competencias para aceptación y designación de servidores ad-hoc.
Radicado 2273 307

FUNCION PÚBLICA, REGIMEN PRESTACIONAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL321

1. Ministerio de Defensa Nacional. Aplicación del párrafo transitorio 4º del Acto Legislativo No. 01 de 2005 al personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional regido por el decreto ley 1214 de 1990.
Radicado 2020 323
2. Subsidio de movilización para los personeros municipales de los municipios de tercera, cuarta, quinta y sexta categoría. Interpretación del artículo 36 de la Ley 1551 de 2012.
Radicado 2193 332
3. Delegados de la Ministra de Educación Nacional ante consejos superiores universitarios de universidades públicas y consejos directivos de otras instituciones de educación superior estatales.
Radicado 2228 342
4. Registradores de Instrumentos Públicos. Traslado en situación de interinidad, a un círculo registral diferente de aquel para el cual fueron nombrados. El traslado no puede implicar condiciones menos favorables para el funcionario.
Radicado 2054 353

5. Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil. Jornada laboral del personal técnico aeronáutico. Radicado 2049	359
6. Solución de continuidad. Ascensos retroactivos de las Fuerzas Militares. Radicado 2247	370
7. Control disciplinario en las empresas del sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Radicado 2102 AM	389
8. Comisión de Regulación de Comunicaciones. Ampliación del periodo de funcionarios activos exige que la ley lo establezca expresamente. La ampliación del periodo prevista en la Ley 1753 de 2015 solamente aplica a nuevas designaciones. Radicado 2270	397
9. Requisito de experiencia relacionada para el cargo de Director General de una Corporación Autónoma Regional CAR. Radicado 2277	406
10. Forma de liquidar el quinquenio de los empleados de la Auditoría General de la República. Radicado 2249	431
11. Supresión de cargos de UTL. Fuero de maternidad. Radicado 2221	438

TOMO III

HACIENDA PUBLICA, BIENES DEL ESTADO Y TRIBUTOS 19

1. Código de Minas, Cánones superficiales pagados en vigencia de la Ley 1382 de 2010. Efectos de la declaratoria de inexecutable de dicha ley por parte de la Corte Constitucional. Zonas excluidas y restringidas para la minería. Áreas de reserva forestal. Radicado 2216	21
2. Artículo 48 de la Ley 1551 de 2012. Prueba de la posesión de los inmuebles de los Municipios. Radicado 2154	68
3. Academia Colombiana de Historia. Sujeción al Impuesto Predial. Radicado 2201	94

4. Sobretasa ambiental. Ámbito de aplicación de la Ley 981 de 2005. Radicado 2189	102
5. Permisos de cruce sub-férreo y cobro de derechos a favor del Estado. Radicado 2050	115
6. Democratización de la propiedad accionaria del Estado. Enajenación de la participación de sociedades de economía mixta en el capital de otras empresas. Inversión del producto obtenido con la venta. Radicado 2206	131
7. La Sociedad Portuaria de Buenaventura como sujeto de control fiscal. Radicado 2217	147
8. Superintendencia del Subsidio Familiar. Cobro coactivo de multas. Adición – Recursos presupuestales para atender el cobro coactivo. Radicado 2225	166
9. Obligación de transferir gratuitamente bienes a CISA. Interpretación del artículo 238 de la Ley 1450 de 2011 y del Decreto 4054 de 2011. Zonas francas. Funciones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en relación con las mismas. Pago de las obligaciones pensionales a cargo de los antiguos establecimientos públicos zonas francas. Radicado 2219-2241 AM	172
10. Recursos del Fondo de Pensiones de las Entidades Territoriales FONPET. Radicado 2240	217
11. Impuesto al consumo de cerveza. Hecho generador. Caso de la cerveza sin alcohol. Eventual responsabilidad patrimonial de los Departamentos y el Distrito Capital en caso de recaudo del impuesto no causado. Radicado 2239	238
OTROS ASUNTOS	257
1. Tribunales de Ética Médica. Radicado 2016	259
2. Registro de Personas Capturadas y Detenidas. Ley 589 de 2000, artículo 12. Radicado 2232	272
3. Veedurías ciudadanas. Radicado 2052	281

4. Tipología y naturaleza jurídica de las instituciones de educación superior en la Ley 30 de 1992. Fundación Universitaria del Trópico Americano - UNITROPICO.
Radicado 2242 **297**
5. Estampilla Pro Universidad de La Guajira.
Radicado 2256 **324**
6. Revocatoria directa. Restitución de tierras. Registro de tierras despojadas o abandonadas forzosamente.
Radicado 2220 **327**
7. Protección de ecosistemas de páramo. Aplicación de la prohibición contenida en la Ley 1450 de 2011. Prevalencia del interés general e implementación de las medidas necesarias para su efectividad.
Radicado 2233 **341**
8. Derogatoria tácita. Potestad reglamentaria.
Radicado 2143 **396**
9. Derecho de petición. Normatividad aplicable en la actualidad. Efectos de las sentencias de inexecutable proferidas por la Corte Constitucional. Reviviscencia de normas derogadas.
Radicado 2243 **405**
10. Reglas de proporcionalidad en la ocupación de ingenieros de petróleos extranjeros en las empresas colombianas.
Radicado 2226 **424**
11. Certificación de antecedentes judiciales y derechos fundamentales a la intimidad, buen nombre, honra y hábeas data.
Radicado 2031 **444**
12. Régimen jurídico de los acuerdos de procedimiento simplificado. Proyectos de “acuerdo financiero” y de “acuerdo de participación para la vinculación de Colombia a fuerzas internacionales de asistencia para la seguridad”.
Radicado 2063 **458**
13. Nombramiento de Procurador Ad Hoc en proceso judicial de naturaleza penal. Improcedencia de la consulta por no versar sobre asuntos de administración.
Radicado 2075 **480**



Primera Parte

**La Sala de Consulta y
Servicio Civil del Consejo
de Estado en el año 2015**

I

COMPOSICIÓN DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL 2015

Álvaro Namén Vargas, *Presidente*; Germán Alberto Bula Escobar, *Consejero*; William Zambrano Cetina, *Consejero*

Equipo de Trabajo**MAGISTRADOS AUXILIARES**

Omar Joaquín Barreto Suárez
Ana Patricia Franco Luque
Diego Franco Victoria
Jenny Galindo Huertas
Juan Manuel Laverde Álvarez
Lida Yanette Manrique Alonso
Jorge Murgueitio Cabrera
Germán Eduardo Nieto Olivar
Camilo Rodríguez Yong
Oscar Eduardo Vargas Rozo

AUXILIARES JUDICIALES

Sergio Andrés Chacón Sánchez
Leidi Carolina Huasca Arana
María Fernanda Murillo Delgadillo
Carolina Solorzano Hernández
Ingrid Catherine Viasús Quintero

RELATORES DE LA SALA

María Angélica Pulido Barreto
Alejandro Vargas García

SECRETARIA DE LA SALA**EQUIPO SECRETARIA**

Eliana Margarita Fernández Valle
Oscar Alberto Reyes Rey
Aristóbulo Ruge Forero

AD HONOREM

Catalina Molina Lozano
Ana María Cortés Tamayo
Andrés Felipe Saenz de San Pelayo
Ivan Montenegro Sierra
Yeannet Vanessa Uricochea Villalba

PROFESIONALES UNIVERSITARIOS

Erasmó Carlos Arrieta Álvarez
Natalia Beltrán Fuentes
Luis Andrés Cárdenas Nieto
Leslie Rocío Cruz Chacón
Javier Antonio Guzmán Berrio
Jhon Fisher Muñoz Camacho
Cesar Tómas Oviedo Castaño
María del Rosario Oyola Aldana
Claudia del Pilar Padilla
Juan Manuel Pineda García
María Angélica Pulido Barreto
Vivian Edith Rodríguez Jaime

II

ACTIVIDADES DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL 2015

1. Conceptos rendidos por consultas del Gobierno Nacional

De conformidad con la Constitución y la Ley, el Consejo de Estado es el cuerpo supremo consultivo del Gobierno Nacional en asuntos de administración. En este marco la Sala de Consulta y Servicio Civil absuelve las consultas jurídicas del Gobierno Nacional en todas las áreas del derecho (Artículo 237 de la C.P y Artículo 112 del C.P.A.C.A). En el año 2015 la función de consulta se desarrolló de la siguiente manera:

Actas de Reparto	33
Consultas repartidas	38
Solicitudes hechas por particulares o entidades que no tienen la facultad de consulta ante la Sala y que fueron remitidas a la autoridad competente (derechos de petición)	330

A continuación se presenta el detalle por entidades de las solicitudes de concepto formuladas y repartidas durante el año 2015:

MINISTERIO O DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO	NUMERO DE SOLICITUDES
Departamento Administrativo de la Función Pública	5
Departamento Administrativo de la Presidencia de la República	2
Departamento Nacional de Planeación	1
Dirección Nacional de Inteligencia	1
Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural	4
Ministerio de Defensa Nacional	2
Ministerio de Hacienda y Crédito Público	3
Ministerio de Justicia	2
Ministerio de Minas y Energía	1
Ministerio de Salud y Seguridad Social	3
Ministerio de trabajo	1
Ministerio de Transporte	1
Ministerio del interior	7
Ministerio de Educación Nacional	5
Total Conceptos solicitados en el año 2015	38

CONCEPTOS CUYA RESERVA FUE LEVANTADA POR EL GOBIERNO NACIONAL DURANTE EL AÑO 2015

Nº.	RADICADO	TEMA	PONENTE
1.	2189	Sobretasa ambiental. Ámbito de aplicación de la Ley 981 de 2005	Germán Bula Escobar
2.	2209	Archivo General de la Nación. Archivos públicos.	William Zambrano Cetina
3.	2216	Código de Minas. Cánones superficiarios pagados en vigencia de la Ley 1382 de 2010. Efectos de la declaratoria de inexecutable de dicha ley por parte de la Corte Constitucional. Zonas excluidas y restringidas para la minería. Áreas de reserva forestal	Álvaro Namén Vargas (E)
4.	2219 -2241 AM	Obligación de transferir gratuitamente bienes a CISA. Interpretación del artículo 238 de la Ley 1450 de 2011 y del Decreto 4054 de 2011. Zonas francas. Funciones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en relación con las mismas. Pago de las obligaciones pensionales a cargo de los antiguos establecimientos públicos zonas francas	Álvaro Namén Vargas (E)
5.	2222	Causación de la contribución comprendida en las leyes 1106 de 2006 y 1421 de 2010 en los contratos de obra pública celebrados con recursos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres.	Álvaro Namén Vargas
6.	2223	Funciones de control y vigilancia. Reserva de ley	William Zambrano Cetina
7.	2230	Aprovechamiento y disposición final de residuos sólidos para la generación de energía eléctrica de San Andrés	Álvaro Namén Vargas
8.	2232	Registro de Personas Capturadas y Detenidas. Ley 589 de 2000 artículo 12	Germán Bula Escobar
9.	2233	Protección de ecosistemas de páramo. Aplicación de la prohibición contenida en la Ley 1450 de 2011. Prevalencia del interés general e implementación de las medidas necesarias para su efectividad.	William Zambrano Cetina
10.	2234	Naturaleza jurídica y regulación de los servicios postales. Servicio Postal Universal. Enajenación de la participación accionaria del Estado en Servicios Postales Nacionales S.A. Efectos sobre el contrato de concesión No. 000010 de 2004 para la prestación del servicio de correo	Álvaro Namén Vargas (E)

Nº.	RADICADO	TEMA	PONENTE
11.	2238	Concejos municipales. Autorización al alcalde para contratar. Reiteración. Convenios de cofinanciación	William Zambrano Cetina
12.	2242	Tipología y naturaleza jurídica de las instituciones de educación superior en la Ley 30 de 1992. Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano - UNITROPICO.	Germán Bula Escobar
13.	2243	Derecho de petición. Normatividad aplicable en la actualidad. Efectos de las sentencias de inexequibilidad proferidas por la Corte Constitucional. Reviviscencia de normas derogadas	Álvaro Namén Vargas
14.	2247	Referencia: Solución de continuidad. Ascensos retroactivos de las Fuerzas Militares.	William Zambrano Cetina
15.	2248	Inhabilidad electoral	Germán Bula Escobar
16.	2256	Estampilla Pro Universidad de La Guajira	Germán Bula Escobar
17.	2261	Concurso para la elección de personeros. Vigencia. Competencia para su realización.	William Zambrano Cetina
18.	2265	Funciones de inspección control y Vigilancia. No se afectan en vigencia de la Ley de Garantías Electorales.	Germán Bula Escoba
19.	2269 ampliación	Apoyo de la ESAP a los concejos municipales en la realización del concurso público de méritos para la elección de personeros. No está prohibido por la Ley de Garantías Electorales	William Zambrano Cetina
20.	2270	Comisión de Regulación de Comunicaciones. Ampliación del periodo de funcionarios activos exige que la ley lo establezca expresamente. La ampliación del periodo prevista en la Ley 1753 de 2015 solamente aplica a nuevas designaciones.	Álvaro Namén Vargas (E)
21.	2273	Alcaldes distritales y Municipales. Impedimentos y recusaciones. Competencias para aceptación y designación de servidores ad-hoc.	Germán Bula Escobar
22.	2274	Forma de elección de contralores territoriales. Convocatoria pública y concurso. Acto Legislativo 2 de 2015.	Álvaro Namén Vargas

Nº.	RADICADO	TEMA	PONENTE
23.	2276	Elección de contralorías territoriales. Aplicación inmediata de las reformas constitucionales. Acto Legislativo 2 de 2015	Álvaro Namén Vargas (E)
24.	2277	Requisito de experiencia relacionada para el cargo de director general de Corporación Autónoma Regional.	Álvaro Namén Vargas (E)

**CONCEPTOS CUYA RESERVA FUE LEVANTADA DURANTE EL AÑO 2015
POR AUTO DE LA SALA AL CUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO DE LEY**

(Art. 112 párrafo 1º del C.P.A.C.A)

Nº.	RADICADO	TEMA	PONENTE
1.	2016	Tribunales de Ética Médica	William Zambrano Cetina
2.	2020	Ministerio de Defensa Nacional. Aplicación del párrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 del 2005 al personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional regido por el decreto ley 1214 de 1990.	Luis F. Álvarez Jaramillo
3.	2031	Certificación de antecedentes judiciales y derechos fundamentales a la intimidad, buen nombre, honra y habeas data	Augusto Hernández Becerra
4.	2049	Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil. Jornada laboral del personal técnico aeronáutico.	Enrique José Arboleda Perdomo
5.	2050	Permisos de cruce sub-férreo y cobro de derechos a favor del Estado	William Zambrano Cetina
6.	2052	Veedurías Ciudadanas	Luis Fernando Álvarez
7.	2054	Registradores de Instrumentos Públicos. Traslado, en situación de interinidad, a un círculo registral diferente de aquel para el cual fueron nombrados. El traslado no puede implicar condiciones menos favorables para el funcionario	Augusto Hernández Becerra
8.	2060	Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Contrato de Aporte. Recursos de Patrimonio Autónomo. Rendimientos Financieros	Luis Fernando Álvarez

Nº.	RADICADO	TEMA	PONENTE
9.	2063	Régimen jurídico de los acuerdos de procedimiento simplificado. Proyectos de “acuerdo financiero” y de “acuerdo de participación para la vinculación de Colombia a fuerzas internacionales de asistencia para la seguridad”.	Luis Fernando Álvarez
10.	2066	Posesión en un cargo de elección popular	William Zambrano Cetina
11.	2067	Designación del Ministro Delegatario	Luis Fernando Álvarez
12.	2075	Nombramiento de Procurador Ad-Hoc en proceso judicial de naturaleza penal. Improcedencia de la consulta por no versar sobre asuntos de administración	Augusto Hernández Becerra
13.	2102 AMPLIACIÓN	Control disciplinario en las empresas del sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones.	Luis Fernando Álvarez
14.	2143	Derogatoria tácita. Potestad reglamentaria.	Augusto Hernández Becerra
15.	2154	Artículo 48 de la Ley 1551 de 2012. Prueba de la posesión de los inmuebles de los Municipios.	Álvaro Namén Vargas
16.	2187	Prohibición a los miembros de juntas directivas de entidades descentralizadas de prestar servicios profesionales durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y a los gerentes y directores de las mismas dentro de este último término, en la entidad en la cual actúan o actuaron, o en otra del mismo sector administrativo.	Augusto Hernández Becerra
17.	2190	Intervención del Estado en los servicios públicos. Principios generales del derecho administrativo sancionatorio. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Facultad para sancionar a personas naturales. Suspensión y destitución de alcaldes	Augusto Hernández Becerra
18.	2193	Subsidio de movilización para los personeros municipales de los municipios de tercera, cuarta, quinta y sexta categoría. Interpretación del artículo 36 de Ley 1551 de 2012.	Augusto Hernández Becerra
19.	2201	Academia Colombiana de Historia. Sujeción al impuesto predial.	William Zambrano Cetina

Nº.	RADICADO	TEMA	PONENTE
20.	2206	Democratización de la propiedad accionaria del Estado. Enajenación de la participación de sociedades de economía mixta en el capital de otras empresas. Inversión del producto obtenido con la venta	Augusto Hernández Becerra
21.	2211	Competencia y procedimiento para la definición del diferendo limítrofe territorial entre los departamentos de Antioquia y Chocó, sector Belén de Bajará.	Germán Bula Escobar
22.	2213	Ley orgánica de ordenamiento territorial. Competencia para emitir concepto previo en relación con la constitución de la Región Administrativa y de Planificación (RAP) y la Región Administrativa y de Planificación Especial (RAPE).	Augusto Hernández Becerra
23.	2217	La Sociedad Portuaria de Buenaventura como sujeto de control fiscal.	Álvaro Namén Vargas
24.	2220	Revocatoria directa. Restitución de tierras. Registro de tierras despojadas o abandonadas forzosamente	William Zambrano Cetina
25.	2221	Supresión de cargos de UTL. Fuero de maternidad	Germán Bula Escoba
26.	2225	Superintendencia del Subsidio Familiar. Cobro coactivo de multas. Adición – Recursos presupuestales para atender el cobro coactivo	Germán Bula Escobar
27.	2226	Reglas de proporcionalidad en la ocupación de ingenieros de petróleos extranjeros en las empresas colombianas.	Álvaro Namén Vargas
28.	2227	Contrato interadministrativo de fiducia mercantil. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG.	Álvaro Namén Vargas
29.	2228	Delegados de la Ministra de Educación Nacional ante consejos superiores universitarios de universidades públicas y consejos directivos de otras instituciones de educación superior estatales.	Álvaro Namén Vargas (E)
30.	2239	Impuesto al consumo de cerveza. Hecho generador. Caso de la cerveza sin alcohol. Eventual responsabilidad patrimonial de los Departamentos y el Distrito Capital de Bogotá en caso de recaudo del impuesto no causado.	Álvaro Namén Vargas (E)
31.	2249	Forma de liquidar el quinquenio de los empleados de la Auditoría General de la República.	William Zambrano Cetina

Nº.	RADICADO	TEMA	PONENTE
32.	2251	Inhabilidades para aspirar al cargo de Gobernador de Departamento para el periodo constitucional 2016 - 2019	Álvaro Namén Vargas

2. Confirmaciones

A la Sala de Consulta y Servicio Civil le corresponde preparar los proyectos de confirmación de los funcionarios, que conforme a la Constitución y la ley, deben ser nombrados por la Sala Plena del Consejo de Estado. Durante el 2014 se presentaron a consideración de dicha Sala las siguientes confirmaciones:

CONFIRMACIONES SALA DE CONSULTA	
Carlos Enrique Moreno Rubio	Consejero de Estado
Carmelo Darío Perdomo Cuéter	Consejero de Estado
Guillermo Alfonso Sánchez Luque	Consejero de Estado
Roberto Augusto Serrato Valdés	Consejero de Estado
Gabriel Rodolfo Valbuena Hernández	Consejero de Estado
Marta Nubia Velasquez Rico	Consejera de Estado
William Hernández Gómez	Consejero de Estado
Rocío Mercedes Araújo Oñate	Consejera de Estado
Nestor Javier Calvo Chaves	Magistrado Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Luis Gilberto Ortegón Ortegón	Magistrado Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Ronald Otto Cedeño Blume	Magistrado Tribunal Administrativo del Valle del Cauca

CONFIRMACIONES SALA DE CONSULTA	
Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón	Magistrado Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Juan Carlos Hincapié Mejía	Magistrado Tribunal Administrativo de Risaralda
Israel Soler Pedroza	Magistrado Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Patricia Victoria Manjarrés Bravo	Magistrado Tribunal Administrativo de Boyacá
Eduardo Javier Torralvo Negrete	Magistrado Tribunal Administrativo de Caquetá
Amparo Navarro López	Magistrado Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Victor Adolfo Hernández Díaz	Magistrado Tribunal Administrativo de Nariño
Carlos Felipe Córdoba Larrarte	Auditor General

3. Salas del Consejo de Estado - Audiencias con funcionarios del Gobierno Nacional

TIPO DE SESIÓN	Sesiones
Salas Plenas del Consejo de Estado	59
Salas de Gobierno	42
Salas de decisión ordinarias	45
Salas con participación de conjueces	3
Audiencias con funcionarios del Gobierno Nacional	22

4. Participación en la elaboración e implementación de textos normativos

4.1. Observaciones de la Sala de Consulta al Acto Legislativo 02 de 2015 (Reforma al Equilibrio de Poderes)

Durante la fase de preparación y trámite del Proyecto de Acto Legislativo “por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones”, los magistrados de la Sala de Consulta y Servicio Civil presentaron sus observaciones frente a los eventuales problemas que podrían generar algunas de las normas propuestas en el proyecto, las cuales quedaron consignadas en el texto presentado por el Consejo de Estado el 21 de abril de 2015, que finalmente sintetizó la posición de la Corporación en relación con dicho proyecto de reforma al equilibrio de poderes.

4.2. Observaciones de la Sala de Consulta en el trámite de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, mediante la cual se desarrolla parcialmente el Acto Legislativo 2 de 2015 (Reforma al Equilibrio de Poderes)

Los magistrados de la Sala de Consulta y Servicio Civil presentaron sus observaciones y objeciones frente al Proyecto de Ley Estatutaria “por medio de la cual se desarrolla parcialmente el Acto Legislativo 2 de 2015, se reforma la Ley 270 de 1996 y se dictan otras disposiciones”, promovido por el Ministerio de Justicia y el Ministerio del Interior.

4.3. Participación de la Sala de Consulta en el debate y aprobación de la modificación al Reglamento Interno del Consejo de Estado

Los magistrados de la Sala de Consulta y Servicio Civil participaron activamente en la preparación y trámite de los proyectos de modificaciones al Reglamento del Consejo de Estado, que finalmente fueron adoptados mediante Acuerdos 110 y 306 de 2015 “por medio del cual se adiciona y modifica el Acuerdo 58 de 1999”.

5. Organización de actividades académicas y culturales

5.1. Jornadas de Derecho Constitucional Comparado. El poder de reforma de la Constitución. Desafíos en el Estado de Derecho.

Para rendir homenaje al Doctor William Zambrano Cetina quien culminó su periodo como Consejero de Estado, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (en asocio con la Universidad del Rosario, el Colegio de Abogados Rosaristas y con el apoyo de la Embajada de Francia en Colombia), organizó las Jornadas de Derecho Constitucional Comparado *El poder de reforma de la Constitución. Desafíos en el Estado de Derecho*, que tuvieron lugar los días 25 y 26 de noviembre de 2015 en el Auditorio del Consejo Superior de la Judicatura de la ciudad de Bogotá.

Primer Panel - “La Reforma de la Constitución en el Derecho comparado”

Este primer panel contó con la participación de los profesores Richard Albert de la Universidad de Boston, Anne Levade de la Universidad Paris XII y Víctor Hernández Mendible de Venezuela.

Segundo Panel - “La Reforma de la Constitución en Colombia”

Este segundo panel contó con la participación de los Doctores Fernando Mayorga García, profesor de la Universidad del Rosario; José Gregorio Hernández, Rector de la Universidad del Sinú y Ex Magistrado de la Corte Constitucional y Germán Bula Escobar, Consejero de Estado.



Tercer Panel - “Desafíos de la Administración Pública en las nuevas realidades constitucionales”

Este panel contó con la participación de los profesores William Gilles e Irene Bouhadana así como de los Consejeros de Estado Doctores Danilo Rojas, Guillermo Vargas Ayala, Rocío Araújo y Alberto Yepes.

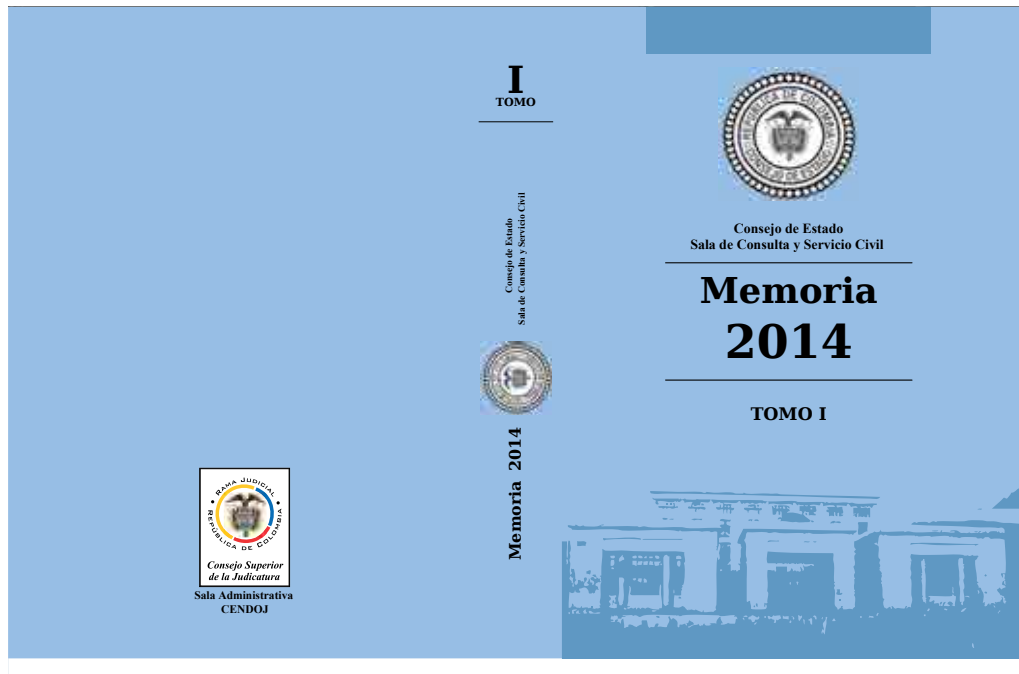


5.2. Cambios en la configuración de la Sala. Despedida del Magistrado William Zambrano Cetina

El día 1 de diciembre de 2015, en el Club Metropolitano de la ciudad de Bogotá, la Sala de Consulta y Servicio Civil rindió un homenaje al doctor William Zambrano Cetina quien culminó su periodo como Consejero de Estado. El Doctor William Zambrano Cetina fue Consejero de Estado de la Sala de Consulta y Servicio Civil durante el periodo comprendido entre el 7 de diciembre de 2007 y el 7 de diciembre de 2015, fungió además como Vicepresidente de la Corporación durante el año 2012 y Presidente de esta Sala de Consulta durante los años 2009, 2013 y parte del año 2015

6. Publicaciones

6.1. Memorias de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para el año 2014 (VI Tomos)



La Sala de Consulta y Servicio Civil en el año 2015 presentó la sexta edición de su memoria anual. Esta publicación, integrada por cuatro volúmenes, recoge el resumen de las principales actividades realizadas por la Sala durante el año 2014, así como los textos completos de los conceptos publicados durante la misma anualidad y una selección de conflictos de competencia administrativa resueltos durante el mismo periodo. Dicha publicación fue posible gracias al apoyo de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

7. Definición de conflictos de competencias administrativas

Durante el año 2015 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado recibió 173 conflictos de competencias administrativas, en ejercicio de la facultad asignada en el artículo 4º de la Ley 954 de 2005 y que hoy está regulada en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011. A continuación se presenta una relación de los conflictos resueltos atendiendo a criterios temáticos.

7.1. Conflictos en materia de familia

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
1.	201500004	<ul style="list-style-type: none"> Comisaría de Familia Comuna Trece de Medellín Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal Suroriental Regional Antioquia Asunto: Determinar el competente para adelantar el proceso de restablecimiento de derechos del niño NHL.	Declarar competente a la Comisaría de Familia Comuna Trece –San Javier- de Medellín para que continúe con el proceso de restablecimiento de derechos del niño NHL.	Álvaro Namén Vargas
2.	201500005	<ul style="list-style-type: none"> Comisaría de Familia de La Floresta, Municipio de Barrancabermeja Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal La Floresta de Barrancabermeja (Santander) Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la niña K.K.J.C.	Declarar competente a la Comisaría de Familia de la Floresta de Barrancabermeja (Santander) para continuar con el proceso de restablecimiento de derechos de la niña K.K.J.C.	William Zambrano Cetina
3.	201500007	<ul style="list-style-type: none"> Defensoría de Familia ICBF Regional Santander Centro Zonal La Floresta Comisaría de Familia de La Floresta del Municipio de Barrancabermeja (Santander) Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del adolescente A.Y.S.P.	Declarar competente a la Comisaría de Familia de La Floresta del municipio de Barrancabermeja para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos del adolescente A.Y.S.P.	Germán Bula Escobar
4.	201500010	<ul style="list-style-type: none"> Comisaría de Familia de La Floresta, Municipio de Barrancabermeja Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal La Floresta de Barrancabermeja Asunto: Determinar al competente para adelantar el proceso de restablecimiento de derechos de la niña D.M.S.H.	Declarar competente a la Defensoría de Familia del Centro Zonal la Floresta adscrita a la Regional Santander del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), para continuar con el proceso de restablecimiento de derechos de la niña D.M.S.H	William Zambrano Cetina

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
5.	201500016	<ul style="list-style-type: none"> Defensoría de Familia del ICBF Regional Bogotá Centro Zonal Barrios Unidos Comisaría Trece de Familia de Bogotá <p>Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del niño J.P.G.C.</p>	<p>Declararse inhibida para decidir sobre el presunto conflicto negativo de competencias administrativas planteado respecto del procedimiento administrativo por violencia intrafamiliar entre el padre y la madre del menor J.P.G.B., que inició y culminó la Comisaría Trece de Familia de Bogotá, bajo la radicación MP-616-2014, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.</p>	Germán Bula Escobar
6.	201500018	<ul style="list-style-type: none"> Comisaría de Familia de San Cristóbal de Medellín Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal Suroriental Regional Antioquia <p>Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento del adolescente L.A.Z.A</p>	<p>Declarar competente a la Comisaría de Familia de San Cristóbal (Medellín) para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos iniciado a favor del menor L.A.Z.A.</p>	Álvaro Namén Vargas (E)
7.	201500019	<ul style="list-style-type: none"> Defensoría de Familia del ICBF Regional Antioquia Centro Zonal Suroriental Comisaría Octava de Familia de Villa Hermosa en Medellín <p>Asunto: Determinar al competente para conocer del proceso de restablecimiento de derecho en favor de la niñas M.M.G. y A.S.M.G.</p>	<p>Declarar competente a la Comisaría Ocho de Familia de Villa Hermosa del Municipio de Medellín, para adelantar el proceso de restablecimiento por posible violencia intrafamiliar.</p>	William Zambrano Cetina
8.	201500023	<ul style="list-style-type: none"> Defensoría de Familia del ICBF Regional Antioquia Centro Zonal Noroccidental Comisaría de Familia Comuna Siete de Medellín <p>Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la señora Laura Rosa Loaiza Sierra (adulto mayor)</p>	<p>Declárase que la Defensoría de Familia del Centro Zonal Noroccidental de la Regional Antioquia del ICBF, es la entidad competente para continuar con el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos de la señora Laura Rosa Loaiza Sierra.</p>	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
9.	201500027	<ul style="list-style-type: none"> Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal Jordán Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes –SRPA- Juzgado Segundo de Familia de Ibagué <p>Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del adolescente H.A.O.R</p>	Declarar competente al Juzgado Segundo de Familia de Ibagué para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos del adolescente H.A.O.R.	William Zambrano Cetina
10.	201500028	<ul style="list-style-type: none"> Comisaría de Familia de Curillo (Caquetá) Defensoría de Familia del ICBF Regional Caquetá Centro Zonal de Belén de Los Andaquíes <p>Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de asistencia personal y jurídica de los sujetos con discapacidad mental absoluta de la señora Mireya López Gutierrez.</p>	Declarar competente al señor Personero Municipal de Curillo, Departamento de Caquetá, para solicitar ante el juez competente del mismo Municipio, cualquier medida judicial tendiente a favorecer la condición de la señora Mireya Lopez Gutierrez, entre ellas, para dar trámite a la petición de autorización judicial para su internamiento.	Álvaro Namén Vargas
11.	201500033	<ul style="list-style-type: none"> Defensoría de Familia del ICBF Regional Norte de Santander Centro Zonal Cúcuta Uno Comisaría de Familia Permanente del Barrio Caobos <p>Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso por restablecimiento de derechos de la niña M.G.Q</p>	Declararse inhibida para resolver el conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia del ICBF Regional Norte de Santander -Centro Zonal Cúcuta Uno- y la Comisaría de Familia Permanente del Barrio Caobos de Cúcuta.	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
12.	20150038	<ul style="list-style-type: none"> Juzgado Décimo de Familia en Oralidad Defensoría de Familia del I.C.B.F. Regional Antioquia Centro Zonal Nororiental Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del niño R.C.H.H	Declararse inibida para resolver el conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de familia del ICBF Regional Antioquia Centro Zonal Nororiental y el Juzgado Décimo (10) de Familia de Oralidad de Medellín con el fin de determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos a favor del niño R.C.H.H., por sustracción de materia, dado que se presentó en el trámite procesal acuerdo conciliatorio entre los padres del menor.	Álvaro Namén Vargas
13.	20150057	<ul style="list-style-type: none"> Comisaría Catorce de Familia de Bogotá Defensoría de Familia del I.C.B.F. Centro Zonal Los Mártires Asunto: Determinar el competente para adelantar proceso de restablecimiento de derechos de la adolescente M.C.PG	Declarar competente a la Comisaría Catorce de Familia Mártires (Bogotá, D.C.) para que continúe con el proceso de restablecimiento de derechos de la menor M.C.PG. y las medidas a que haya lugar en relación con los hechos de violencia intrafamiliar.	Álvaro Namén Vargas (E)
14.	201500064	<ul style="list-style-type: none"> Comisaría Catorce de Familia de Bogotá Defensoría de Familia del I.C.B.F. Centro Zonal Los Mártires Asunto: Determinar el competente para adelantar el proceso de restablecimiento de derechos de la niña N.V.O.L	Declarar competente a la Defensoría de Familia adscrita al Centro Zonal Los Mártires Regional Bogotá del ICBF.	Germán Bula Escobar

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
15.	201500070	<ul style="list-style-type: none"> Defensoría de Familia del Centro Zonal Aburrá Norte Regional Antioquia Comisaría de Familia de la Comuna Trece de Medellín Asunto: Determinar el competente para continuar con el proceso de restablecimiento de derechos de las niñas M.C.PG., L.C.PG y A.G.G.O.	Declarar que ni la Comisaría de Familia de la Comuna Trece de Medellín ni la Defensoría de Familia No 5 del Centro Zonal de Aburrá Norte, Bello son competentes en la actualidad para continuar con el procedimiento administrativo de restablecimiento de los derechos de las menores de edad a las que hace referencia la solicitud con que se inició este conflicto de competencias administrativas.	Álvaro Namén Vargas
16.	201500076	<ul style="list-style-type: none"> Defensoría De Familia del I.C.B.F. Centro Zonal Suroriental de Medellín Comisaría de Familia 9 de Buenos Aires de Medellín Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del niño J.B.C.	Declarar competente a la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Centro Zonal Suroriental de la Regional Antioquia para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos del niño J.B.C.	William Zambrano Cetina
17.	201500080	<ul style="list-style-type: none"> Defensoría de Familia I.C.B.F. Centro Zonal Ciudad Bolívar, Regional Bogotá Comisaría 19 de Familia Ciudad Bolívar II de Bogotá Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso presunto por amenazas en contra del adolescente D.A.T.S.	Declarar competente la Comisaría Diecinueve de Familia de Ciudad Bolívar II de Bogotá para conocer de la denuncia presentada por la señora Luz Marina Arciniegas Sandoval.	Álvaro Namén Vargas (E)
18.	201500087	<ul style="list-style-type: none"> Comisaría de Familia del Municipio de Curillo (Caquetá) Defensoría de Familia del I.C.B.F. Centro Zonal Belén de los Andaquies Regional Caquetá Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso administrativo se asistencia personal y jurídico de la señora Rubiela Castillo Martínez.	Declarar competente al señor Personero Municipal de Curillo, Departamento de Caquetá, para dar trámite ante el Juez competente del mismo Municipio, a la petición de autorización judicial para internamiento psiquiátrico que le fuera presentada por su comunidad, en relación con la señora Rubiela Castillo Martínez	Álvaro Namén Vargas (E)

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
19.	201500089	<ul style="list-style-type: none"> Comisaría de Familia del Municipio de Curillo (Caquetá) Defensoría de Familia del I.C.B.F. Centro Zonal Belén de los Andaquíes Regional Caquetá <p>Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso administrativo se asistencia personal y jurídico del señor Hamilton Galindo Mesa</p>	<p>Declarar competente al señor Personero Municipal de Curillo, Departamento de Caquetá, para dar trámite ante el Juez competente del mismo Municipio, a la petición de autorización judicial para internamiento que le fuera solicitada por la comunidad del mencionado municipio, en relación con el señor Hamilton Galindo Mesa.</p>	William Zambrano Cetina
20.	201500090	<ul style="list-style-type: none"> Comisaría de Familia Comuna Dieciséis Belén De Medellín Defensoría de Familia del I.C.B.F. Regional Antioquia Centro Zonal Suroriental <p>Asunto: Determinar la autoridad competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del niño M.A.G.V.</p>	<p>Declarar que la Comisaría de Familia Comuna Dieciséis (Belén) de Medellín es la autoridad competente para el conocimiento del proceso administrativo de restablecimiento de derechos del menor de edad M.A.G.V.</p>	Álvaro Namén Vargas
21.	201500101	<ul style="list-style-type: none"> Defensoría de Familia del I.C.B.F. Centro Zonal Los Mártires Regional Bogotá Comisaría Dieciséis de Familia de Puente Aranda <p>Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del adolescente D.E.C.A.</p>	<p>Declarar competente a la Defensoría de Familia Centro Zonal los Mártires (Bogotá) para continuar con el proceso de restablecimiento de derechos del adolescente D.E.C.A.</p>	William Zambrano Cetina
22.	201500105	<ul style="list-style-type: none"> Comisaría Primera de Familia de Envigado Defensoría de Familia del I.C.B.F. Regional Antioquia Centro Zonal Suroriental <p>Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de los niños A.S.H.J y J.E.H.J.</p>	<p>Declarar competente a la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Noroccidental de la Regional Antioquia para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los niños A.S.H.J y J.E.H.J.</p>	William Zambrano Cetina

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
23.	201500107	<ul style="list-style-type: none"> Defensoría de Familia del I.C.B.F. Centro Zonal La Floresta Regional Santander Comisaría de Familia La Floresta de Barrancabermeja Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la niña L.X.D.V.	Declárase que la Defensoría de Familia del ICBF- Centro Zonal La Floresta – Regional Santander, es la autoridad administrativa competente para continuar conociendo del procedimiento administrativo de restablecimiento de los derechos de la niña L.X.D.V.	Álvaro Namén Vargas
24.	201500108	<ul style="list-style-type: none"> Defensoría de Familia del I.C.B.F. Regional Valle del Cauca Centro Zonal Palmira Comisaría de Familia de Palmira Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la niña S.Y.S.S.	Declararse inhibida para resolver el presunto conflicto de competencias planteado en el proceso de restablecimiento de derechos de la menor S.Y.S, entre la Comisaría de Familia de Palmira y la Coordinación del Centro Zonal del ICBF ubicado en el mismo municipio, recibido del Juzgado Tercero de Familia de Palmira.	Germán Bula Escobar
25.	201500111	<ul style="list-style-type: none"> Comisaría de Familia Comuna Trece de Medellín Defensoría de Familia ICBF- CAIF Centro Zonal Suroriental Regional Antioquia Asunto: Determinar el competente para adelantar el proceso de restablecimiento de derechos del niño S.C.S	Declarar competente a la Defensoría de Familia del ICBF - Centro Zonal Suroriental de Antioquia para que continúe con el proceso de restablecimiento de derechos del menor S.C.S.	Álvaro Namén Vargas
26.	201500115	<ul style="list-style-type: none"> Comisaría Tres de Familia - Manrique de Medellín Defensoría de Familia ICBF Centro Zonal Suroriental Regional Antioquia Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la niña M.J.M.R	Declarar competente a la Comisaría de Familia Tres – Manrique (Medellín) para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos iniciado a favor de la niña M.J.M.R.	William Zambrano Cetina

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
27.	201500131	<ul style="list-style-type: none"> Juzgado Tercero de Familia del Palmira, Valle del Cauca Coordinadora del I.C.B.F. Centro Zonal Palmira Regional Valle del Cauca Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del niño D.A.L.O	Declararse inhibida por sustracción de materia para conocer del presunto conflicto de competencias administrativas entre el Juzgado Tercero de Familia de Palmira – Valle del Cauca- y el Centro Zonal del ICBF en Palmira - Regional Valle del Cauca-.	Germán Bula Escobar
28.	201500138	<ul style="list-style-type: none"> Comisaría Tercera de Familia de Manizales (Caldas) Comisaría de Familia de Chinchiná (Caldas) Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la niña D.S.Z.A.	Declararse inhibida para conocer del presente conflicto de competencias administrativas.	William Zambrano Cetina
29.	201500139	<ul style="list-style-type: none"> Comisaría 14 de Familia de Bogotá Defensoría de Familia del ICBF Regional Bogotá Centro Zonal Los Mártires Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la adolescente L.P.S	Declararse inhibida para conocer del presente asunto planteado a título de conflicto de competencias entre la Comisaría Catorce de Familia Los Mártires y el Defensoría de Familia ICBF- Regional Bogotá – Centro Zonal Los Mártires – Bogotá.	Álvaro Namén Vargas
30.	201500140	<ul style="list-style-type: none"> Comisaría de Familia de Leticia Defensoría de Familia ICBF Centro Zonal Leticia Regional Amazonas Asunto: Determinar el encargado de adelantar el proceso de restablecimiento de derechos de la niña L.L.T.M	Declarar que la Defensoría de Familia del I.C.B.F. Centro Zonal Leticia Regional Amazonas es la autoridad competente para el conocimiento del proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la menor L.L.T.M.	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
31.	201500141	<ul style="list-style-type: none"> • Juzgado Tercero De Familia De Palmira (Valle Del Cauca) • Defensoría De Familia ICBF Centro Zonal Palmira Regional Valle del Cauca Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la niña A.A.L.R.	Declararse inhibida por sustracción de materia para decidir el presunto conflicto de competencias administrativas planteado entre el Juzgado Tercero de Familia de Palmira, Departamento del Valle del Cauca, y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Regional Valle del Cauca, Centro Zonal Palmira (Valle del Cauca), con relación al procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos en favor de la adolescente A.A.L.R.	Germán Bula Escobar
32.	201500146	<ul style="list-style-type: none"> • Defensoría de Familia Centro Zonal Urabá • Juzgado Promiscuo de Familia de Turbo Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del adolescente M.S.G.B.	Declarar competente al Juzgado Promiscuo de Familia de Turbo (Antioquia), para que continúe con el proceso de restablecimiento de derechos del menor M.S.G.B.	Álvaro Namén Vargas
33.	201500147	<ul style="list-style-type: none"> • Comisaría de Familia de San Antonio de Prado (Medellín) • Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal Suroriental Regional Antioquia • Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la niña M.S.T.S. 	Declarar que la Defensoría de Familia adscrita al Centro Zonal Suroriental Medellín, Regional Antioquia, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, es la autoridad competente para adelantar el procedimiento administrativo de restablecimiento de los derechos de la niña M.S.T.S..	Germán Bula Escobar

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
34.	201500148	<ul style="list-style-type: none"> Comisaría de Familia de San Antonio de Prado (Medellín) Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal Suroriental Regional Antioquia Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del adolescente J.E.V.O.	Declarar competente a la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Antioquia - Centro Zonal Suroriental para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos del adolescente J.E.V.O.	William Zambrano Cetina
35.	201500154	<ul style="list-style-type: none"> Comisaría Tercera de Familia de Bello (Antioquia) Comisaría de Familia Comuna Cuatro de Medellín Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la niña M.Q.B	Declararse inhibida para conocer del presente conflicto de competencias administrativas.	William Zambrano Cetina
36.	201500157	<ul style="list-style-type: none"> Comisaría Primera de Familia de Bello (Antioquia) Comisaría De Familia Cinco Castilla del Municipio de Medellín Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del niño J.D.B.T.	Declararse inhibida para conocer del presente conflicto de competencias administrativas.	Álvaro Namén Vargas (E)
37.	201500167	<ul style="list-style-type: none"> Comisaría de Familia Comuna Dos Santa Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal Noroccidental Regional Antioquia Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de las Niñas M.D.C.J y V.C.J	Declarar competente a la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Centro Zonal Noroccidental de la Regional Antioquia para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de las niñas M.D.C.J. y V.C.J.	William Zambrano Cetina

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
38.	201500172	<ul style="list-style-type: none"> Comisaría de Familia Diez La Candelaria de Medellín Defensoría de Familia Regional Antioquia Centro Zonal Suroriental Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la niña M.F.S.C.	Declarar competente a la Defensoría de Familia, Centro Zonal Integral Suroriental, ICBF, Regional Antioquia, dependencia Hogares Sustitutos para continuar con el proceso de restablecimiento de derechos de la niña M.F.S.C.	William Zambrano Cetina
39.	201500174	<ul style="list-style-type: none"> Defensoría de Familia Centro Zonal Suroriental Regional Antioquia Comisaría de Familia Comuna Catorce El Poblado de Medellín Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del niño J.M.C.L.	Declarar que la Comisaría de Familia Comuna Catorce de Medellín es la autoridad competente para adelantar la audiencia de conciliación con la fijación de cuota alimentaria del menor J.M.C.L.	Álvaro Namén Vargas
40.	201500179	<ul style="list-style-type: none"> Juzgado Tercero de Familia de Palmira (Valle del Cauca) Defensoría de Familia del ICBF, Regional Valle del Cauca Centro Zonal Palmira Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimientos de la adolescente M.A.M.M.	Declararse inhibida para conocer del presunto conflicto de competencias administrativas entre el Juzgado Tercero de Familia de Palmira - Valle del Cauca- y la Coordinadora del Centro Zonal del ICBF en Palmira - Regional Valle del Cauca-.	Álvaro Namén Vargas
41.	2010500185	<ul style="list-style-type: none"> Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal Suroriental Regional Antioquia Comisaría de Familia Comuna Ocho de Medellín Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de derechos del niño M.A.C.U.	Declarar que la Defensoría de Familia del Centro Zonal Suroriental - Regional Antioquia - es la autoridad competente para continuar con el procedimiento administrativo de restablecimiento de los derechos del niño M.A.C.U..	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
42.	201500199	<ul style="list-style-type: none"> Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal La Floresta Regional Santander Comisaría de Familia de Barrancabermeja Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la adolescente A.R.R.M.	Declarar competente a la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal La Floresta de Barrancabermeja, Regional Santander para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la adolescente A.R.R.M.	William Zambrano Cetina

7.2. Conflictos en materia de pensiones

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
1.	201500008	<ul style="list-style-type: none"> Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES Asunto: Determinar la autoridad competente para definir la solicitud de pensión de la señora María Ligia Peña de Conde	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora María Ligia Peña de Conde.	Álvaro Namén Vargas
2.	201500009	<ul style="list-style-type: none"> Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES Asunto: Determinar el competente de resolver la solicitud de pensión de la señora Mariana de Jesús Caballis Martínez	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Mariana de Jesús Caballis Martínez.	Álvaro Namén Vargas (E)

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
3.	201500011	<ul style="list-style-type: none"> Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES <p>Asunto: Determinar la autoridad competente para resolver la solicitud de pensión de la señora Ana María Franco Molina.</p>	<p>Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Ana María Franco Molina</p>	Álvaro Namén Vargas
4.	201500015	<ul style="list-style-type: none"> Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES <p>Asunto: Determinar la autoridad administrativa encargada de resolver la solicitud de pensión de vejez realizada por la señora Isidora Viáfara Mosquera</p>	<p>Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación de la señora Isidora Viáfara Mosquera.</p>	William Zambrano Cetina
5.	201500017	<ul style="list-style-type: none"> Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP Municipio de Tumaco <p>Asunto: Determinar el competente para conocer de la solicitud de pensión de la señora Cecilia Polonia Bonilla Moreno</p>	<p>Declarar competente al municipio de Tumaco, Nariño, para resolver la reclamación de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación que solicita la señora Cecilia Polonia Bonilla Moreno.</p>	Álvaro Namén Vargas
6.	201500031	<ul style="list-style-type: none"> Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones FONCEP <p>Asunto: Determinar el competente para reconocer la pensión de vejez de la señora Sonia Esperanza Méndez Beltrán</p>	<p>Declarar que el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones, FONCEP, es la entidad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Sonia Esperanza Méndez Beltrán.</p>	Germán Bula Escobar

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
7.	201500032	<ul style="list-style-type: none"> • Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES • Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP <p>Asunto: Determinar el competente de reconocer la pensión de invalidez de la señora Sara Matilde Acelas Gutierrez</p>	<p>Declarar competente a COLPENSIONES para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Sara Matilde Acelas Gutiérrez.</p>	<p>Álvaro Namén Vargas (E)</p>
8.	20150037	<ul style="list-style-type: none"> • Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP • Administradora Colombiana De Pensiones COLPENSIONES <p>Asunto: Determinar el competente para reconocer la solicitud de pensión presentada por el señor Jorge Eliecer Bettin Añez</p>	<p>Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación del señor Jorge Eliecer Bettin Añez.</p>	<p>William Zambrano Cetina</p>
9.	20150039	<ul style="list-style-type: none"> • Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES • Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP <p>Asunto: Determinar el competente para resolver la solicitud del señor Arnulfo Herreño Peña</p>	<p>Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes presentada por el señor Arnulfo Herreño Peña en su calidad de cónyuge supérstite de la señora Blanca Cecilia Lancho Cortés.</p>	<p>Germán Bula Escobar</p>

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
10.	201500047	<ul style="list-style-type: none"> • Blanca Isabel Bermúdez Narváez • Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP • Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y otro 	<p>Declararse inhibida para resolver el presente asunto promovido a título de conflicto de competencias administrativas por la señora Blanca Isabel Bermúdez Narváez, mediante apoderado, entre la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, y el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones FONCEP.</p>	Álvaro Namén Vargas (e)
11.	201500048	<ul style="list-style-type: none"> • Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES • Fondo de Pensiones Territoriales de Santander <p>Asunto: Determinar el competente para resolver la solicitud de pensión de la señora Oliva Morales Ardila.</p>	<p>Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Oliva Morales Ardila.</p>	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
12.	201500051	<ul style="list-style-type: none"> Oficina de Gestión Humana de la Alcaldía de Barranquilla Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES <p>Asunto: Determinar el competente para conocer de la solicitud de pensión de la señora Ana Judith Aristizabal Berdugo</p>	<p>Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación de la señora Ana Judith Aristizabal Berdugo y hacer los trámites para obtener el correspondiente bono pensional ante el Distrito de Barranquilla, por todo el tiempo en que estuvo vinculada laboralmente la peticionaria a la Alcaldía Distrital de esa ciudad.</p>	William Zambrano Cetina
13.	201500055	<ul style="list-style-type: none"> Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP <p>Asunto: Determinar el competente para resolver la solicitud de pensión de la señora María Antonia Camargo Berdugo</p>	<p>Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez de la señora María Antonia Camargo Berdugo.</p>	William Zambrano Cetina
14.	201500056	<ul style="list-style-type: none"> Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. Determinar el competente para resolver la solicitud de pensión de la señora Carmen Pilar Arévalo Balaguera 	<p>Declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo en el presente asunto por inexistencia de conflicto de competencias administrativas.</p>	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
15.	201500062	<ul style="list-style-type: none"> Administración Temporal para el sector educativo del Choco - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación del Departamento del Choco <p>Asunto: Determinar el competente para resolver la solicitud elevada por el doctor Armando Palacios Cuesta, como apoderado de los hermanos Brito Martínez</p>	<p>Declarar la falta de competencia de la Administración Temporal del Sector Educativo del Chocó – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y del Fondo Territorial de Pensiones del Chocó, para conocer y resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento de una pensión de sobrevivientes presentada por los señores Ramón Brito Pino; Ramón Emilio, Nedda Amalia, Rubén Darío, Dairy Anette y Nadin Enrique Brito Martínez, en calidad de cónyuge supérstite e hijos, respectivamente, de la docente Marciana Martínez de Brito.</p>	Germán Bula Escobar
16.	201500063	<ul style="list-style-type: none"> Ministerio de Salud y Protección Social Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP <p>Asunto: Determinar el competente para continuar con los asuntos relacionados con los aportes pensionales administrados por la extinta Cajanal EICE (en liquidación)</p>	<p>Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP para continuar con los asuntos relacionados con aportes pensionales administrados por la extinta CAJANAL EICE en liquidación, en especial para el saneamiento de deuda presunta solicitado por Colciencias.</p>	William Zambrano Cetina

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
17.	201500069	<ul style="list-style-type: none"> Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP Ministerio de salud y Protección social <p>Asunto: Determinar el competente para pagar las agencias y costas en derecho e intereses a favor de la señora Dionicia Palacios Cuero, a quien se le reconoció pensión sustitutiva.</p>	<p>Declarar competente al Ministerio de Salud y Protección Social para atender la solicitud de pago de las costas y agencias en derecho derivadas de la Sentencia dictada el 06 de noviembre de 2008 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura y confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 11 de diciembre de 2009.</p>	William Zambrano Cetina
18.	201500071	<ul style="list-style-type: none"> Instituto de Seguro Social (en Liquidación) Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES <p>Asunto: Determinar el competente de cancelar las costas del proceso 2011-0245, al abogado doctor Jaime Quintero Arcila</p>	<p>Declarar competente a COLPENSIONES para tramitar la solicitud del pago de las costas originadas dentro del proceso laboral de la señora María Natividad Munevar Durán, ordenadas por el Juzgado 27 Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá mediante Sentencia del 29 de junio de 2012.</p>	Álvaro Namén Vargas (E)
19.	201500072	<ul style="list-style-type: none"> Instituto de Seguro Social (en Liquidación) Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES <p>Asunto: Determinar el competente de cancelar las costas del proceso 2011-0416, al abogado doctor Jaime Quintero Arcila</p>	<p>Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, para tramitar la solicitud de pago de las costas originadas dentro del proceso laboral del señor José Civaro Quintero, en el cual fue vencido el Instituto de Seguros Sociales como administrador del régimen de prima media con prestación definida.</p>	William Zambrano Cetina

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
20.	201500073	<ul style="list-style-type: none"> Instituto de Seguro Social (en Liquidación) Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES <p>Asunto: Determinar el competente de cancelar las costas del proceso 2010-0612, al abogado doctor Jaime Quintero Arcila.</p>	<p>Declarar competente a COLPENSIONES para tramitar y decidir de fondo la solicitud de pago de las costas originadas dentro del proceso laboral adelantado por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en el cual fue vencido el Instituto de Seguros Sociales hoy liquidado.</p>	Germán Bula Escobar
21.	201500079	<ul style="list-style-type: none"> Administradora Colombiana de Pensiones Secretaría de Educación de Medellín, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio <p>Asunto: Determinar el competente para contestar la solicitud de pensión de la señora Gloria Asunción Asprilla de Mosquera</p>	<p>Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Gloria Asunción Asprilla de Mosquera.</p>	Germán Bula Escobar
22.	201500099	<ul style="list-style-type: none"> Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales - UGPP Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES <p>Asunto: Determinar el competente para resolver la solicitud de pensión del señor José Guillermo Herrera Serrato.</p>	<p>Declararse inhibida para conocer sobre el presunto conflicto de competencias administrativas de la referencia, suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP y la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.</p>	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
23.	201500100	<ul style="list-style-type: none"> Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES <p>Asunto: Determinar el competente para resolver la solicitud de pensión del señor Jorge Iván Guarín González</p>	<p>Declararse inhibida para resolver el presente asunto promovido a título de conflicto de competencias administrativas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, frente a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, por sustracción de materia.</p>	Álvaro Namén Vargas (E)
24.	201500112	<ul style="list-style-type: none"> Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de La Protección Social - UGPP Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES <p>Asunto: Determinar el competente para resolver la solicitud de pensión presentada por el señor Jairo Javier Donado Benedetti</p>	<p>Declararse inhibida para resolver el presente asunto promovido a título de conflicto de competencias administrativas promovido por el señor Jairo Javier Donado Benedetti, entre la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.</p>	Álvaro Namén Vargas (E)
25.	201500117	<ul style="list-style-type: none"> Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES Gobernación de San Andres Islas <p>Asunto: Determinar el competente para conocer de la solicitud de pensión de señor Davis Britton Mike</p>	<p>Declarar que COLPENSIONES, es la entidad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Mike Davis Britton.</p>	Germán Bula Escobar

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
26.	201500121	<ul style="list-style-type: none"> Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES <p>Asunto: Determinar qué autoridad administrativa debe resolver la solicitud de pensión de la Señora Ana Dolores Amaya Villalobos.</p>	<p>Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Ana Dolores Amaya Villalobos.</p>	Álvaro Namén Vargas
27.	201500122	<ul style="list-style-type: none"> Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES <p>Asunto: Determinar qué autoridad administrativa debe resolver la solicitud de pensión de la Señora Mabel Cenith Donado de la Cruz.</p>	<p>Declarar que COLPENSIONES, es la entidad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Mabel Cenith Donado de la Cruz.</p>	Germán Bula Escobar
28.	201500124	<ul style="list-style-type: none"> Departamento de Santander Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES <p>Asunto: Determinar la autoridad encargada de resolver la solicitud presentada por la señora Elsa Hernández De Pinilla</p>	<p>Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES para adelantar el trámite pertinente al reconocimiento de la sustitución de la pensión del fallecido esposo de la señora Elsa Hernández de Pinilla, en el porcentaje que correspondería a EMPOSAN.</p>	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
29.	201500133	<ul style="list-style-type: none"> • Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP • Administradora Colombiana De Pensiones COLPENSIONES <p>Asunto: Determinar el competente para resolver la solicitud de pensión del señor Carlos Oscar Dávila Paredes</p>	<p>Declararse inhibida para resolver el presente asunto promovido a título de conflicto de competencias administrativas promovido por el señor Carlos Oscar Dávila Paredes, entre la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.</p>	Álvaro Namén Vargas (E)
30.	201500134	<ul style="list-style-type: none"> • Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP • Administradora Colombiana De Pensiones COLPENSIONES <p>Asunto: Determinar el competente para resolver la solicitud de pensión del señor Jorge Enrique Carrillo Clavijo</p>	<p>Declarar que la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca, UAEPD, es la entidad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Jorge Enrique Carrillo Clavijo.</p>	Germán Bula Escobar
31.	201500142	<ul style="list-style-type: none"> • Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP • Administradora Colombiana De Pensiones – COLPENSIONES <p>Asunto: Determinar qué autoridad administrativa debe resolver la solicitud de pensión de la Señora Elizabeth Nadal Julio.</p>	<p>Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación de la señora Elizabeth Nadal Julio.</p>	William Zambrano Cetina

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
32.	201500143	<ul style="list-style-type: none"> Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones de Bogotá <p>Asunto: Determinar qué autoridad administrativa debe resolver la solicitud de pensión de la Señora Myriam Luz Camargo Romero.</p>	<p>Declarar competente al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP- para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Myriam Luz Camargo Romero.</p>	Álvaro Namén Vargas (E)
33.	201500149	<ul style="list-style-type: none"> Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES <p>Asunto: Determinar el competente para conocer de la solicitud de pensión de la señora Tulia Margarita Salcedo Rojas.</p>	<p>Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Tulia Margarita Salcedo Rojas.</p>	Álvaro Namén Vargas (E)
34.	201500150	<ul style="list-style-type: none"> Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP Ministerio de Salud y Protección Social - Patrimonio Autónomo de remanentes <p>Asunto: Determinar quién es el competente para decidir sobre la solicitud de pago de intereses moratorios del Señor Omar Alirio Chamorro Muriel por el cumplimiento de una sentencia judicial.</p>	<p>Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP para adelantar la actuación administrativa correspondiente al pago de los intereses moratorios ordenados por la sentencia judicial del Juzgado Quince (15) Administrativo del Circuito de Bogotá, a favor del señor Omar Alirio Chamorro Muriel.</p>	William Zambrano Cetina

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
35.	201500155	<ul style="list-style-type: none"> Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES Pensiones de Antioquia Asunto: Determinar el competente para resolver la solicitud de pensión de vejez de la señora Luz Mery Castro Mejía.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Luz Mery Castro Mejía.	Germán Bula Escobar
36.	201500159	<ul style="list-style-type: none"> Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP Patrimonio Autónomo de Remanentes de Cajanal (En Liquidación) Ministerio de Salud y Protección Social Asunto: Determinar el competente para efectuar el pago de la condena en costas y agencias en derecho ordenados en sentencia judicial del señor Luis Vicente Peña Romero.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP para atender la solicitud de pago de las costas y agencias en derecho derivadas de la sentencia proferida el 17 de febrero de 2011, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, y confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 12 de mayo de 2011.	William Zambrano Cetina
37.	201500160	<ul style="list-style-type: none"> Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP Asunto: Determinar la autoridad que debe reconocer y pagar la pensión de vejez del señor Luis Francisco Pinzón Romero.	Declarar que el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones, FONCEP, es la entidad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Luis Francisco Pinzón Romero.	Germán Bula Escobar

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
38.	201500161	<ul style="list-style-type: none"> Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP Administradora Colombiana De Pensiones - COLPENSIONES <p>Asunto: Determinar cuál es la autoridad encargada de resolver la solicitud de pensión de vejez de la señora María Lidya Pineda Rios.</p>	Inhibirse por sustracción de materia de resolver de fondo el conflicto negativo de competencias administrativas promovido por la señora María Lidya Pineda Ríos	Álvaro Namén Vargas (E)
39.	201500177	<ul style="list-style-type: none"> Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP Administradora Colombiana De Pensiones – COLPENSIONES <p>Asunto: Determinar el competente para resolver la solicitud de pensión de la señora Myrian Leila Rey de Laverde</p>	Declarar que el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones, FONCEP, es la entidad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Myriam Leila Rey de Laverde.	William Zambrano Cetina
40.	201500193	<ul style="list-style-type: none"> Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES. <p>Asunto: Conflicto de competencias administrativas presentado por el señor Álvaro Javier Mejía con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer su solicitud de pensión.</p>	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES (antes ISS) para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez del señor Álvaro Javier Mejía.	William Zambrano Cetina

7.3. Conflictos en materia de investigaciones disciplinarias

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
1.	2015400012	<ul style="list-style-type: none"> Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales <p>Asunto: Determinar el competente para adelantar el proceso disciplinario No. 213-304-2012-74</p>	Declarar competente a la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- para continuar con el conocimiento del proceso disciplinario iniciado por presuntas faltas disciplinarias de los servidores Luis Ramiro Torres Luquerna y Rafael Acevedo Suárez, en su condición de funcionarios de la DIAN.	William Zambrano Cetina
2.	201500020	<p>Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial de la Procuraduría General de la Nación</p> <p>Asunto: Determinar el competente para decidir el recurso de apelación interpuesto en contra de la providencia dictada por el Juez Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual ordenó el archivo definitivo de las diligencias preliminares dentro del proceso disciplinario promovido en contra del Secretario de un Despacho Judicial.</p>	Declarar que la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Israel Gómez Buitrago contra la providencia del 4 de marzo de 2014, mediante la cual el Juez Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá resolvió abstenerse de iniciar investigación disciplinaria en contra del señor Gonzalo Torres Valero y ordenó el archivo definitivo de la indagación preliminar No. 2013-00677.	Álvaro Namén Vargas
3.	201500021	<ul style="list-style-type: none"> Tribunal Nacional de Ética Médica Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura 	Declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo en el presente asunto por inexistencia de conflicto de competencias administrativas.	Germán Bula Escobar

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
4.	201500024	<ul style="list-style-type: none"> • Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira • Procuraduría General de la Nación • Procuraduría Regional del Valle del Cauca • Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura <p>Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso disciplinario en contra de los funcionarios del Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira</p>	Declararse inhibida para determinar cuál es la entidad competente para iniciar el proceso disciplinario en contra de los empleados del Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira.	Germán Bula Escobar
5.	20150036	<ul style="list-style-type: none"> • Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura • Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación • Asunto: Determinar la entidad competente para adelantar una investigación disciplinaria en contra de los magistrados del Tribunal Nacional de Ética Médica por la presunta irregularidad cometida al proferir un fallo de segunda instancia en el que se decretó la prescripción de la acción disciplinaria seguida contra un profesional de la medicina. 	Declarar competente a la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, para que continúe la investigación disciplinaria correspondiente contra los Magistrados del Tribunal Nacional de Ética Médica.	William Zambrano Cetina

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
6.	20150040	<ul style="list-style-type: none"> • Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación • Coordinación del Grupo de Control Interno Disciplinario de la ESAP <p>Asunto: Determinar el competente para conocer de las presuntas irregularidades denunciadas por la señora María Fernanda Rojas Godoy.</p>	<p>Declárese competente a la Escuela Superior de Administración Pública para continuar con la investigación disciplinaria que se inició contra Adriana Jimena Martínez Bocanegra.</p>	<p>Álvaro Namén Vargas</p>
7.	201500049	<ul style="list-style-type: none"> • Procuraduría Segunda Distrital de la Procuraduría General de la Nación y la • Personería de Bogotá <p>Asunto: Determinar la autoridad competente para adelantar una investigación por una irregularidad con posible incidencia disciplinaria, en la empresa de energía de Bogotá S.A EEB-ESP.</p>	<p>Declarar a la Procuraduría General de la Nación, Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá competente para determinar si se dan los presupuestos establecidos en el artículo 53 de la Ley 732 de 2002 para iniciar y adelantar hasta su finalización la investigación disciplinaria originada en la Visita Fiscal adelantada por la Contraloría Distrital de Bogotá a la Empresa de Energía de Bogotá EEB S.A. ESP, para los años 2012 y 2013.</p>	<p>William Zambrano Cetina</p>

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
8.	201500050	<ul style="list-style-type: none"> Consejo Profesional de Ingeniería Química de Colombia Consejo Profesional Nacional de Ingenierías <p>Asunto: Determinar el competente para adelantar una investigación disciplinaria en contra de la ingeniera química Diana Patricia Toro</p>	Declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo en el presente asunto por inexistencia de conflicto de competencias administrativas.	Germán Bula Escobar
9.	201500065	<ul style="list-style-type: none"> Juzgado Trece Civil del Circuito de Barranquilla Procuraduría Provincial de Barranquilla <p>Asunto: Determinar el competente para conocer del impedimento manifestado por la señora Juez Octava Civil Municipal de Barranquilla, para adelantar un proceso disciplinario.</p>	Declarar competente a la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla para conocer del impedimento manifestado por la señora Juez Octava Civil Municipal de Barranquilla dentro de la queja disciplinaria presentada contra el señor Luis Carvajal Bustos, quien es empleado de este último despacho judicial.	Álvaro Namén Vargas
10.	2010500077	<ul style="list-style-type: none"> Unidad de Control Disciplinario de las Empresas Públicas de Medellín EPM - E.S.P Procuraduría Provincial del Valle de Aburrá <p>Asunto: Determinar el competente para para adelantar la actuación administrativa disciplinaria que se origina de la queja distinguida con los radicados internos 82-2014 (Radicado Procuraduría IUS-2015-28145)</p>	Declarar competente a la Procuraduría Provincial del Valle de Aburrá para adelantar la actuación disciplinaria contra Juan Esteban Calle Restrepo y Ana María Restrepo Botero, Gerente General y Vicepresidenta de Desarrollo Humano y Capacidades Organizacionales de Empresas Públicas de Medellín, respectivamente.	Álvaro Namén Vargas (E)

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
11.	201500078	<ul style="list-style-type: none"> Unidad de Control Disciplinario de las Empresas Públicas de Medellín EPM - E.S.P Procuraduría Provincial del Valle de Aburrá <p>Asunto: Determinar el competente para resolver la queja formulada por el señor Juan Diego Gálves Osorio.</p>	Declarar competente a la Procuraduría Provincial del Valle de Aburrá para adelantar la actuación disciplinaria contra Juan Esteban Calle Restrepo y Ana María Restrepo Botero, Gerente General y Vicepresidenta de Desarrollo Humano y Capacidades Organizacionales de Empresas Públicas de Medellín, respetivamente.	Álvaro Namén Vargas
12.	201500091	<ul style="list-style-type: none"> Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN Unidad Administrativa Especial de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC <p>Asunto: Determinar el competente para adelantar la investigación disciplinaria en contra del señor Miguel Alberto Musalan Aguilar</p>	Declarar competente a la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- para continuar con el conocimiento del proceso disciplinario iniciado por presuntas faltas disciplinarias del servidor Miguel Alberto Musalán Aguiar, en su condición de funcionario de la DIAN.	Álvaro Namén Vargas (E)
13.	201500092	<ul style="list-style-type: none"> Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN Unidad Administrativa Especial de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC <p>Asunto: Determinar el competente para adelantar la investigación disciplinaria en contra de la señora Yolanda María Ramírez Ortíz</p>	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, ITRC para continuar con el conocimiento del proceso disciplinario iniciado por presuntas faltas disciplinarias de la ex servidora Yolanda María Ramírez Ortiz.	William Zambrano Cetina

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
14.	201500103	<ul style="list-style-type: none"> • Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN • Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales <p>Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso disciplinario No. 1704-01-2013-161.</p>	<p>Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, ITRC para continuar con "... la averiguación de las diligencias referidas en los hallazgos referidos por la Contraloría General de la República bajo los numerales 8 y 54, relacionados con los señalamientos realizados en el acápite segundo correspondiente a la presunta omisión de denuncia en obligaciones de ventas y Retefuente señaladas de manera particular para los contribuyentes allí citados..." conforme a los términos expresados en el numeral segundo del Auto No. 17417-00132 del 16 de marzo de 2015 y el punto "I. Remisión Hallazgos a la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN", de las consideraciones expuestas en el mismo Auto.</p>	Germán Bula Escobar
15.	201500104	<ul style="list-style-type: none"> • Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la • Policía Judicial - Procuraduría General de la Nación • Salas Administrativa y Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura <p>Asunto: Determinar el competente para conocer de un proceso disciplinario contra el Magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura que presuntamente incumplió sus deberes como miembro del Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la Rama Judicial</p>	<p>Declarar competente a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para adelantar la actuación disciplinaria contra el Director Ejecutivo de Administración Judicial, el Director de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, el Director de la Unidad de Presupuesto de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y el Magistrado Auxiliar de la Oficina del Despacho de la Presidencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de miembros del Comité de Defensa y Conciliación de la Rama Judicial.</p>	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
16.	201500116	<ul style="list-style-type: none"> Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial Policía Judicial <p>Asunto: Determinar el competente para conocer de una queja contra los Magistrados del Tribunal de Ética Médica del Cauca</p>	Declarar competente a la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa, para conocer de una posible infracción disciplinaria de los magistrados del Tribunal de Ética Médica del Cauca por la presunta vulneración del derecho al debido proceso, en el trámite de las actuaciones ético – disciplinarias radiadas con los números 820-2011, 825-2011 y 827-2012.	Álvaro Namén Vargas (e)
17.	201500119	<ul style="list-style-type: none"> Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales UAE-ITRC <p>Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso disciplinario 1704-01-2012-72.</p>	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, ITRC, para continuar con el trámite del proceso disciplinario N° 1704-01-2012-72, iniciado contra los señores Guillermo Manzano Bravo, Francisco José Urrego Pérez, Henry Gonzalo Moreno Castro, Oscar Andrés Padilla Bueno, Sandra Patricia Moreno Guerrero, Emigdio Camilo Durán Camelo, Juan Bautista Folleco Mora, Jorge Edwin Medina Gómez y Diana Margarita Gómez Borda, servidores o ex servidores públicos de la DIAN	Álvaro Namén Vargas
18.	201500130	<ul style="list-style-type: none"> Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC <p>Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso disciplinario No. 213-304-2015-159.</p>	Declarar competente a la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- para continuar con el conocimiento del proceso disciplinario iniciado por presuntas faltas disciplinarias de los servidores Arianna Josefina Gámez Ramírez y Jairo Nicolás Padilla Burgos, en su condición de funcionarios de la DIAN.	Álvaro Namén Vargas (E)

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
19.	201500176	<ul style="list-style-type: none"> Procuraduría General de la Nación Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso disciplinario en contra de los Magistrados del Tribunal Nacional de Ética Médica.	Declarar competente a la Procuraduría General de la Nación -Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, para que continúe la investigación disciplinaria correspondiente contra el doctor Andrés Ávila Garavito, Magistrado Ponente del Tribunal de Ética Médica de Antioquia.	William Zambrano Cetina

7.4. Conflictos en otras materias

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
1.	201500013	<ul style="list-style-type: none"> Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar - Asocajas Ministerio de Hacienda y Crédito Público CONFIS Superintendencia del Subsidio Familiar Asunto: Determinar el competente para aprobar los presupuestos de las Cajas de Compensación Familiar	Declararse inhibida para resolver de fondo el presente asunto por cuanto no se configura conflicto de competencias administrativas, negativo o positivo.	Germán Bula Escobar
2.	201500003	<ul style="list-style-type: none"> Ministerio de Justicia y del Derecho Sociedad de Activos Especiales SAE Asunto: Determinar el competente para suceder procesalmente a la Dirección Nacional de Estupefacientes (liquidada) en el proceso Exp.2500-023240002011-0054101, que se adelanta en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera en descongestión	Declararse inhibida para hacer un pronunciamiento de fondo en el asunto de la referencia, suscitado entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. -SAE-	Álvaro Namén Vargas (E)

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
3.	201500006	<ul style="list-style-type: none"> Presidencia de la República Procuraduría General de la Nación <p>Asunto: Determinar el competente para designar Alcalde Mayor de Bogotá Ad-Hoc, con el fin de que actúe como Jefe de Gobierno y de la administración distrital frente al ejercicio de funciones de control urbanístico derivadas de la licencia de construcción No. LC-14-2-0663</p>	<p>Declarar que el Presidente de la República es la autoridad competente para designar Alcalde Mayor del Distrito Capital Ad Hoc que asuma el ejercicio de todas las funciones de ese empleo con relación al desarrollo del proyecto constructivo "Reserva Fontanar de apartamentos", adelantado por los constructores Praga Servicios Inmobiliarios S.A. Inversiones G&R S.A.S., Fideicomitentes del Fideicomiso VIS reserva de Fontanar, bajo la Licencia de Construcción No. LC-14-2-0663, en la modalidad de obra nueva que fuera concedida por el Curador No. 2 de Bogotá.</p>	Germán Bula Escobar
4.	201500014	<ul style="list-style-type: none"> Ministerio de Justicia y del Derecho Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario IN-PEC <p>Asunto: Determinar el competente para cancelar una sentencia judicial</p>	<p>Declarar que el Ministerio de Justicia y del Derecho es el competente para adelantar las operaciones administrativas necesarias para reconocer y pagar la sentencia condenatoria proferida el 31 de agosto de 2012 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral No. 0176-2010, donde se condenó al mismo Ministerio al pago de unas prestaciones sociales a favor de las señoras Gladys Barajas Ordóñez y Sonia Maritza Arias Bernal, personal docente del liceo Luis Cardona Carvajal.</p>	Álvaro Namén Vargas (e)
5.	201500022	<ul style="list-style-type: none"> Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Caja Promotora de Vivienda y de Policía <p>Asunto: Determinar el competente para resolver la solicitud presentada por la señora Sandra Milena Agudelo Jiménez.</p>	<p>Declarar que la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional es la entidad competente para reconocer a Sandra Milena Agudelo Jiménez como beneficiaria de la prestación social solicitada, una vez estudie los requisitos exigidos por dicha dependencia.</p>	Álvaro Namén Vargas (E)

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
6.	201500025	<ul style="list-style-type: none"> Instituto Colombiano Agropecuario I.C.A. Corporación Autónoma Regional Del Tolima Cortolima <p>Asunto: Determinar el competente para registrar cultivos forestales, solicitud realizada por el señor Reinaldo Roa García.</p>	Declarar competente al Instituto Colombiano Agropecuario –ICA para resolver de fondo sobre la solicitud de registro de cultivo forestal con fines comerciales del señor Reinaldo Roa García.	William Zambrano Cetina
7.	201500026	<ul style="list-style-type: none"> Instituto Colombiano Agropecuario I.C.A. Corporación Autónoma Regional Del Tolima COR-TOLIMA <p>Asunto: Determinar el competente para registrar cultivos forestales, solicitud realizada por el señor José Joaquín Caicedo Vega.</p>	Declarar competente al Instituto Colombiano Agropecuario – ICA para resolver la solicitud de registro de cultivo forestal con fines comerciales presentada por el señor José Joaquín Caicedo Vega.	Álvaro Namén Vargas (E)
8.	201500030	<ul style="list-style-type: none"> Unidad Administrativa Especial para la Atención Integral a las Víctimas Departamento Administrativo para la Prosperidad Social <p>Asunto: Determinar el competente para liquidar el contrato interadministrativo marco No. 00036 del 2009.</p>	Declarar que ni la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas ni el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social son competentes actualmente para realizar la liquidación del contrato interadministrativo N° 00036 del 29 de octubre de 2009, celebrado entre la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional - Fondo para la Reparación de las Víctimas - y la Sociedad de Activos Especiales SAE S.A.S.	Álvaro Namén Vargas (E)

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
9.	201500046	<ul style="list-style-type: none"> Alcaldía Municipal de Salamina (Caldas) Personería Municipal del mismo municipio Asunto: Determinar el competente para contestar el derecho de petición del señor Oscar Eduardo Delgado Arias.	Declararse inhibida para conocer del conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Alcaldía del Municipio de Salamina (Caldas) y la Personería Municipal del mismo Municipio.	Germán Bula Escobar
10.	201500052	<ul style="list-style-type: none"> Alcaldía municipal de Hato Santander Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios Asunto: Determinar el competente para resolver la solicitud elevada por Ingasoil S.A. E.S.P	Declararse inhibida, por falta de objeto, para resolver el presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Superintendencia de Industria y Comercio y los municipios de Palmar, Carcasí, Enciso, San Miguel, Macaravita, Hato, Zapatoca, Galán, Guacamayo y Cimitarra (todos en el Departamento de Santander).	Álvaro Namén Vargas (E)
11.	201500053	<ul style="list-style-type: none"> Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y de San Jorge CVS Autoridad Nacional De Licencias Ambientales ANLA Asunto: Determinar el competente para realizar el seguimiento y control de las actividades realizadas al Relleno Sanitario Loma Grande	Declarar que la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA es competente para llevar a cabo las actuaciones en materia sancionatoria ambiental relacionadas con la licencia ambiental del relleno sanitario “Loma Grande” del municipio de Montería y para responder las peticiones presentadas, en atención a la orden que recibió del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de realizar la evaluación y control ambiental del trámite de modificación de la licencia.	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
12.	201500054	<ul style="list-style-type: none"> Ministerio de Salud Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP <p>Asunto: Determinar el competente de cancelar los intereses moratorios por sustitución pensional.</p>	<p>Declarar competente al Ministerio de Salud y Protección Social para atender la solicitud de pago de los intereses moratorios y costas procesales derivados de la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2006 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá y confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 29 de febrero de 2008.</p>	Germán Bula Escobar
13.	201500060	<ul style="list-style-type: none"> Álvaro López Yepes Superintendencia de Sociedades Superintendencia de Economía Solidaria <p>Asunto: Determinar el encargado de ejercer control a la Cooperativa Cooppijao.</p>	<p>Declarase inhibida por sustracción de materia de hacer un pronunciamiento de fondo en la solicitud de conflicto de competencias administrativas de la referencia, suscitado entre la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de la Economía Solidaria.</p>	Álvaro Namén Vargas
14.	201500061	<ul style="list-style-type: none"> Municipio del Palmar (Santander) Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios <p>Asunto: Determine el competente para estudiar la queja interpuesta contra la Compañía Green Country S.A. E.S.P.</p>	<p>Declararse inhibida, por falta de objeto, para resolver el presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Superintendencia de Industria y Comercio y los municipios de Palmar, Carcasí, Enciso, San Miguel, Macaravita, Hato, Zapatoca, Galán, Guacamayo y Cimitarra</p>	Álvaro Namén Vargas (E)

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
15.	201500066	<ul style="list-style-type: none"> Ministerio de Salud y Protección Social - Patrimonio Autónomo de contingencias no misionales de Fiduagraria Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP <p>Asunto: Determinar el competente para pagar los intereses de ordenados por sentencia judicial.</p>	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP para cancelar los intereses moratorios ordenados por la Sentencia judicial del Juzgado Quince (15) Administrativo del Circuito de Bogotá, a favor del señor Héctor Rómulo Carrillo Rodas.	Álvaro Namén Vargas (E)
16.	201500081	<ul style="list-style-type: none"> Departamento de Caldas Departamento de Risaralda <p>Asunto: Determinar el competente para contestar la solicitud presentada por la señora Josefina Arias de Castro.</p>	Declarar competente al Departamento de Caldas para expedir el certificado de tiempo de servicios como profesora de las escuelas de los municipios de Filadelfia, Supía y el corregimiento de Bolivia del Municipio de Pensilvania, solicitado por la señora Josefina Arias de Castaño.	Germán Bula Escobar
17.	201500082	<ul style="list-style-type: none"> Departamento de Caldas Departamento de Risaralda <p>Asunto: Determinar el competente para contestar la solicitud presentada por el señor Jorge Gamboa Casadiego.</p>	Declarar competente a la Gobernación del Departamento de Risaralda para expedir el certificado de tiempo de servicios del señor Jorge Gamboa Casadiego durante el lapso que laboró como profesor de cursos campesinos en el Municipio de Marsella – Risaralda.	William Zambrano Cetina
18.	201500083	<ul style="list-style-type: none"> Departamento de Caldas Departamento de Risaralda <p>Asunto: Determinar el competente para contestar la solicitud presentada por el señor Nicolás Augusto Cardona.</p>	Declarar competente a la Gobernación del Departamento de Risaralda para expedir el certificado de tiempos laborales del señor Nicolás Agustino Muñoz durante el lapso que laboró como docente de primaria en el Municipio de La Celia - Risaralda.	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
19.	201500084	<ul style="list-style-type: none"> Departamento de Caldas Departamento de Risaralda Asunto: Determinar el competente para contestar la solicitud presentada por el señor José Hearly Sabogal Tamayo.	Declararse inhibida para conocer sobre el presunto Conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre los Departamentos de Caldas, Risaralda y Quindío.	Álvaro Namén Vargas
20.	201500085	<ul style="list-style-type: none"> Departamento de Caldas Departamento de Risaralda Asunto: Determinar el competente para contestar la solicitud presentada por la señora Graciela Carmona de Salazar.	Declarar competente a la Gobernación del Departamento de Risaralda para expedir el certificado de tiempos laborales de la señora Graciela Carmona de Salazar durante el lapso que laboró como docente de primaria en los municipios de Marsella y Santa Rosa de Cabal.	William Zambrano Cetina
21.	201500093	<ul style="list-style-type: none"> Contraloría General del Cauca, Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva Contraloría General de la República Gerencia Departamental del Cauca Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de responsabilidad fiscal No. 1534	Declarar que la Contraloría General del Cauca es la autoridad competente para adelantar y llevar hasta su culminación el Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 2014-02829_1534.	Álvaro Namén Vargas (E)
22.	201500095	<ul style="list-style-type: none"> Contraloría General del Cauca, Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva Contraloría General de la República Gerencia Departamental del Cauca Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de responsabilidad fiscal No. 1508.	Declarar que la Contraloría General del Cauca es la autoridad competente para adelantar y llevar hasta su culminación el Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 1508 de 2011.	Germán Bula Escobar

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
23.	201500096	<ul style="list-style-type: none"> • Contraloría General del Cauca, Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva • Contraloría General de la República Gerencia Departamental del Cauca <p>Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de responsabilidad fiscal N° 1523 de 2014</p>	<p>Declarar que la Contraloría General del Cauca es la autoridad competente para adelantar y llevar hasta su culminación el Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 2014-02379_1523.</p>	<p>William Zambrano Cetina</p>
24.	201500097	<ul style="list-style-type: none"> • Contraloría General del Cauca, Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva • Contraloría General de la República Gerencia Departamental del Cauca <p>Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de responsabilidad fiscal N° 1515</p>	<p>Declarar que la Contraloría General del Cauca es la autoridad competente para adelantar y llevar hasta su culminación el Proceso de Responsabilidad Fiscal 2014-01599-1515.</p>	<p>Álvaro Namén Vargas (E)</p>
25.	201500098	<ul style="list-style-type: none"> • Superintendencia de Sociedades • Municipio de Girardot (Cundinamarca) <p>Asunto: Determinar el competente para conocer del proceso de liquidación de la Sociedad Inversiones y Condominios La mansión S.A.</p>	<p>Declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo en el presente asunto.</p>	<p>Germán Bula Escobar</p>

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
26.	201500113	<ul style="list-style-type: none"> Gobernación de Caldas Gobernación de Risaralda Asunto: Determinar el competente para resolver la solicitud de expedir un certificado de tiempo de servicio del señor Luis Ángel Murillo Salazar.	Declarar competente a la Gobernación del Departamento de Risaralda para expedir el certificado de tiempos laborales del señor Luis Ángel Murillo Salazar, quien se habría desempeñado como "conductor y patrolero" en la Secretaría de Obras Públicas durante los años 1955 hasta 1967, en el Municipio La Virginia.	William Zambrano Cetina
27.	201500114	<ul style="list-style-type: none"> Departamento de Caldas Departamento de Risaralda Asunto: Determinar el competente para la certificación solicitada por el señor Hugo Guzmán Sanín	Declarar competente al Departamento del Quindío para expedir el certificado de tiempo de servicios como músico de banda de la Policía del Municipio de Armenia, solicitado por el señor Hugo Guzmán Sanín.	Germán Bula Escobar
28.	201500120	<ul style="list-style-type: none"> Inspección 18 A Distrital de Policía Alcaldía Local Localidad Rafael Uribe Uribe Estación De Policía de la Localidad Rafael Uribe Uribe Asunto: Determinar el competente para adelantar la solicitud de la señora Blanca Cecilia Garzón.	Declararse inhibida para hacer un pronunciamiento de fondo en la solicitud de conflicto de competencias administrativas de la referencia, suscitado entre la Inspección 18 A Distrital de Policía, Alcaldía Local de Rafael Uribe Uribe y la Estación 18 de Policía de la localidad Rafael Uribe Uribe.	William Zambrano Cetina
29.	201500132	<ul style="list-style-type: none"> Inspección 18 A Distrital de Policía Alcaldía Local Localidad Rafael Uribe Uribe Estación De Policía de la Localidad Rafael Uribe Uribe Asunto: Determinar el competente para conocer de una querrella.	Declararse inhibida para hacer un pronunciamiento de fondo en la solicitud de conflicto de competencias administrativas de la referencia, suscitado entre la Inspección 18 A Distrital de Policía, Alcaldía Local de Rafael Uribe Uribe y la Estación 18 de Policía de la localidad Rafael Uribe Uribe.	William Zambrano Cetina

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
30.	201500145	<ul style="list-style-type: none"> Ministerio de Justicia y del Derecho Fiscalía General de la Nación <p>Asunto: Determinar el competente para cancelar una providencia judicial proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, número de radicación 1995-7968-01.</p>	<p>Declarar competente a la Fiscalía General de la Nación para adelantar las operaciones administrativas conducentes a la efectividad y pago de la sentencia condenatoria de 29 de mayo de 2012 de segunda instancia, proferida por la Sección Tercera - Subsección B del Consejo de Estado, donde se declaró administrativamente responsable a la Nación (Ministerio de Justicia) por la detención injusta de la que fue objeto el señor Carlos Pérez y ordenó el pago de perjuicios causados para él y sus familiares.</p>	Álvaro Namén Vargas (e)
31.	201500153	<ul style="list-style-type: none"> Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP, el Ministerio de Educación Nacional Universidad Industrial de Santander UIS <p>Asunto: Resolución solicitada por el señor Fernando Estrada Gallego.</p>	<p>Declararse inhibida para conocer sobre el presunto conflicto de competencias administrativas de la referencia, suscitado entre el Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP, el Ministerio de Educación Nacional y la Universidad Industrial de Santander - UIS, promovido por el señor Fernando Estrada Gallego.</p>	Álvaro Namén Vargas
32.	201500156	<ul style="list-style-type: none"> Superintendencia de Comercio y Turismo, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales Superintendencia Financiera Delegatura para Funciones Jurisdiccionales Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura <p>Asunto: Determinar el competente para resolver la solicitud de la señora Diana María Durán Villar.</p>	<p>Declararse inhibida para conocer sobre el presunto conflicto de competencias administrativas de la referencia, suscitado entre la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales y la Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales.</p>	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
33.	201500158	<ul style="list-style-type: none"> • Industria Militar - Indumil • Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN <p>Asunto: Determinar el competente para conocer de la solicitud de devolución de impuesto social solicitada por la Unión Temporal Esde 24.</p>	<p>Declárase que la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, es la autoridad competente para tramitar y resolver la solicitud de devolución elevada por la Unión Temporal Esde 24, en relación con los impuestos “sociales” a las armas de fuego y a las municiones y explosivos.</p>	Álvaro Namén Vargas
34.	201500162	<ul style="list-style-type: none"> • Superintendencia Nacional de Salud • Superintendencia de Industria y Comercio SIC • Superintendencia Financiera de Colombia <p>Asunto: Determinar el competente para conocer del queja presentada por el señor Julián Andrés Salamanca Orozco en contra de Seguros del Estado S.A.</p>	<p>Declararse inhibida para conocer sobre el presunto conflicto de competencias suscitado entre la Superintendencia Financiera de Colombia y la Superintendencia Nacional de Salud.</p>	Álvaro Namén Vargas
35.	201500163	<ul style="list-style-type: none"> • Superintendencia Nacional de Salud, la Superintendencia de Industria y Comercio SIC • Superintendencia Financiera de Colombia <p>Asunto: Determinar el competente para conocer del queja presentada por el señor José Ignacio García Sánchez en contra el Banco BBVA.</p>	<p>Declararse inhibida para resolver el presunto conflicto de competencias administrativas entre la Superintendencia de Industria y Comercio y la Superintendencia Financiera de Colombia.</p>	Álvaro Namén Vargas (E)

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
36.	201500175	<ul style="list-style-type: none"> • Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio • Procuraduría General de la Nación Asunto: Determinar quién es el competente para conocer la recusación interpuesta por el señor Leonardo Coy Sotelo contra la Juez Promiscua Municipal de Barranca de Upía (Meta).	Declararse inhabibida para conocer del presente conflicto de competencias administrativas.	Álvaro Namén Vargas (E)
37.	201500178	<ul style="list-style-type: none"> • Gobernación Del Departamento De Caldas • Gobernación Del Departamento De Risaralda Asunto: Determinar el competente para resolver la solicitud del señor Saúl De Jesús Quintero Gallego	Declarar competente al Departamento de Risaralda para expedir el certificado de tiempo de servicios como profesor del Municipio de Santa Rosa de Cabal, solicitado por el señor Saúl de Jesús Quintero Gallego.	Germán Bula Escobar
38.	201500186	<ul style="list-style-type: none"> • Inspección 18 A de Policía de Bogotá, Localidad Rafael Uribe Uribe • Estación de Policía de la Localidad Rafael Uribe Uribe Asunto: Determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la queja formulada por la señora Sandra Milena Quintero Ordoñez.	Declararse inhabibida para hacer un pronunciamiento de fondo en la solicitud de conflicto de competencias administrativas de la referencia, suscitado entre la Inspección 18 A Distrital de Policía, Alcaldía Local de Rafael Uribe Uribe y la Estación 18 de Policía de la localidad Rafael Uribe Uribe.	William Zambrano Cetina
39.	201500189	<ul style="list-style-type: none"> • Superintendencia de Industria y Comercio - SIC • Superintendencia Financiera de Colombia - SFC Asunto: Determinar el competente para conocer de la queja formulada por el señor José Mauricio Cárdenas Torres.	Declararse inhabibida para emitir pronunciamiento de fondo en el presente asunto.	William Zambrano Cetina

No.	RADICADO	PARTES	DECISIÓN	PONENTE
40.	201500191	<ul style="list-style-type: none">• Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja• Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Tunja Asunto: Determinar el competente para conocer del recurso de queja interpuesto por la doctora Paola Andrea Castiblanco Uribe, Secretaria del Juzgado Primero Penal Municipal de Tunja con función de control de garantías.	Declarar competente al Tribunal Administrativo de Boyacá para conocer del recurso de queja interpuesto por la funcionaria Paola Andrea Castelblanco Uribe contra la Juez Primera Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Tunja.	Álvaro Namén Vargas (E)



Segunda Parte

**Selección de Conflictos
de Competencias Administrativas
año 2015**

1. Instituto de Seguros Sociales en Liquidación y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP FOSYGA.

Radicado 2014-00222A

Fecha: 22/04/2015

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

I. Antecedentes

1. El 12 de septiembre de 2014 la UGPP remitió a esta Sala el conflicto negativo de competencias presentado entre esa entidad y el ISS –en liquidación – con el fin de que “se declare que la entidad competente para resolver la solicitud de cumplimiento a fallo del señor Jorge Martínez Calderón es el Instituto De Seguro Social En Liquidación”.¹ (Resalta la Sala)

2. Cuando estaba en trámite ante esta Corporación la definición del referido conflicto de competencias, el Ministerio de Salud y Protección Social informó que “la sociedad FIDUAGRARIA S.A. como vocera y administradora del Fideicomiso PAR ESE RAFAEL URIBE URIBE, mediante consignación No. 18266 de fecha 27 de noviembre de 2012 canceló a título de Depósito Judicial, el valor de la condena ordenada en la providencia referida...” (Se resalta).

3. Al haberse cumplido el objeto de la sentencia, que según lo planteado en el expediente era el hecho generador del conflicto de competencias entre la UGPP y el ISS –en liquidación-, la Sala se declaró inhibida para adoptar una decisión de fondo por sustracción de materia en decisión del 16 de diciembre de 2014, así:

“PRIMERO: Declararse inhibida por sustracción de materia para hacer un pronunciamiento de fondo en el conflicto negativo de competencias administrativas de la referencia, suscitado entre el Ministerio de Salud y Protección Social, el

¹ El fallo a que hacía referencia la UGPP correspondía a la Sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia del 10 de agosto de 2010, cuya copia íntegra se anexó a la solicitud y en el cual se resolvió: “(...) TERCERO: DECLÁRESE LA NULIDAD PARCIAL del acto administrativo contenido en el oficio 8738 de junio de 2006, por medio del cual el ente accionado se negó a **reconocer y pagar** al actor los derechos convencionales sobre las acreencias laborales a partir del 1 de noviembre de 2004, teniendo en cuenta las motivaciones de esta decisión. CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, se condena a la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe en liquidación o a la entidad encargada de asumir sus pasivos y obligaciones provenientes de litigios o procesos judiciales, a reconocer al actor señor JORGE MARTÍNEZ CALDERÓN, identificado con la cédula N° 13.821.916, mediante acto administrativo debidamente motivado, los beneficios convencionales relativos a las acreencias laborales, de conformidad con lo establecido en las consideraciones de esta sentencia.” (Resalta la Sala)

Instituto de Seguros Sociales en liquidación, la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP-, por las razones expuestas en la parte considerativa.”

4. Mediante escrito de 22 de enero de 2015, la apoderada del señor Martínez presentó una *“solicitud de ampliación”* de la decisión adoptada por la Sala *“toda vez que la emisión de dicho concepto no abarca la totalidad del mismo, ya que no resuelve el conflicto real, que radica en quién es el ente encargado de reconocerle a mi representado los derechos adquiridos en la convención colectiva de trabajo, tal y como se lo reconoce el fallo proferido el 10 de septiembre del año 2010, por parte del Honorable Tribunal Superior de Antioquia, Sala Administrativa”*.

Consideró la peticionaria que *“Si bien la ESE Rafael Uribe Uribe y el Ministerio de Hacienda reconocieron la parte económica tal y como lo dictamina la Sentencia, la misma correspondía al reajuste de salarios y cesantías adeudadas por los ítems de la convención colectiva de trabajo, sin embargo el ISS, quien era el encargado de administrarle la Pensión de Jubilación al señor Martínez, debía de ajustarle su pensión según lo establecido en la Convención colectiva de Trabajo, pero ellos hicieron caso omiso del mismo y no cumplieron lo proferido en la sentencia...”*.

Finalmente mencionó que en el presente asunto no esperaba una solución frente al pago de los dineros *“sino un acatamiento del fallo proferido con la Honorable Sala Administrativa del Tribunal de Antioquia”*, que considera estaba referido **al reajuste pensional** en los términos de la convención colectiva de Trabajo. (Se Resalta).

II. Trámite

Con el fin de garantizar el derecho de contradicción y defensa, esta Sala ordenó correr traslado de la solicitud presentada por la apoderada del Martínez Calderón a las autoridades que estuvieron involucradas en el conflicto, con el fin de que en el término de cinco (5) días presentaran los argumentos que consideraran pertinentes. Dentro de ese término se pronunciaron el Ministerio de Salud y Protección Social y Colpensiones.

III. Argumentos de las partes

1. Ministerio de Salud y Protección Social

El Ministerio reitera lo informado durante el trámite del conflicto en el sentido de que la extinta E.S.E. Rafael Uribe Uribe, entidad autónoma e independiente respecto de dicho ministerio, fue liquidada y su pasivo pensional actual y eventual fue aceptado y asumido por el ISS mediante Convenio Interadministrativo para la Normalización Pensional. Posteriormente mediante Decreto 2013 de 2012 el Gobierno Nacional ordenó la supresión y liquidación del ISS, proceso liquidatorio que fue prorrogado hasta el día 31 de marzo de 2015. Menciona que por Decreto No. 3000 de 2013 se asignó a la UGPP *“la administración, en los términos de los Artículos 1º y 2º del*

Decreto 169 de 2008, de los derechos pensionales legalmente reconocidos por ISS en Liquidación en su calidad de empleador” y en consecuencia asumió el pasivo pensional de la extinta E.S.E. Rafael Uribe Uribe.

Igualmente el Ministerio mencionó que las acreencias laborales y convencionales derivadas de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que no tienen incidencia pensional, ya fueron canceladas por la Sociedad FIDUAGRARIA S.A. como vocera y administradora del Fideicomiso PAR ESE RAFAEL URIBE URIBE, mediante consignación No. 18266 de 27 de noviembre de 2012.

Aduce que a dicho ministerio no le fue asignada ninguna función de las que estaban a cargo de la extinta E.S.E. anteriormente mencionada y de asumir alguna de ellas *“estaría desbordando la órbita de competencia que legalmente le ha sido asignada mediante el Decreto 4107 de 2011.”* Finaliza su intervención reiterando que la entidad que a partir del día 28 de febrero de 2014 asumió el pasivo pensional de la E.S.E. Rafael Uribe Uribe es la UGPP para lo cual se suscribieron las correspondientes Actas de entrega de la nómina de pensionados.

2. Colpensiones

Esta entidad considera que la solicitud de ampliación hecha por la apoderada del señor Martínez Calderón no está llamada a prosperar debido a que la petición principal del beneficiario *“estaba encaminada a lograr el pago de acreencias laborales que fueron contempladas en convención colectiva que regía a la ESE RAFAEL URIBE URIBE”*, y teniendo en cuenta que la sociedad FIDUAGRARIA S.A. hizo el pago del valor de la condena *“carece de objeto un pronunciamiento por parte del (h) Consejo de Estado”*.

IV. Consideraciones

1. Sobre la posibilidad de que esta Sala revise o amplíe su decisión cuando pueda verse afectado el derecho del ciudadano a que una autoridad responda de fondo a sus peticiones

Sobre la naturaleza y alcance de la función de la Sala de resolver conflictos de competencias administrativas. Carácter vinculante y definitivo

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud de lo establecido en el artículo 237-6 de la Constitución Política –según el cual el Consejo de Estado ejercerá las demás funciones que señale la ley-, le asignó a la Sala de Consulta y Servicio Civil la función de resolver los conflictos de competencias administrativas en que esté involucrada una autoridad administrativa del orden nacional o autoridades territoriales que no se encuentren ubicadas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo:

“Artículo 112. Integración y funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil. (...) La Sala de Consulta y Servicio Civil tendrá las siguientes atribuciones: (...)

10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.”

El procedimiento para resolver estos conflictos de competencia administrativa se encuentra desarrollado en el artículo 39 del mismo CPACA que dispone lo siguiente:

“Artículo 39. Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional o al Tribunal Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

De igual manera se procederá cuando dos autoridades administrativas se consideren competentes para conocer y definir un asunto determinado.

En los dos eventos descritos se observará el siguiente procedimiento: recibida la actuación en Secretaría se comunicará por el medio más eficaz a las autoridades involucradas y a los particulares interesados y se fijará un edicto por el término de cinco (5) días, plazo en el que estas podrán presentar alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado o el tribunal, según el caso, decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes. Contra esta decisión no procederá recurso alguno.

Mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 se suspenderán.”

Como señaló esta Sala en su providencia del 18 de julio de 2013², la función de la Sala en estos casos constituye un *control previo de legalidad* sobre el elemento *competencia* de la decisión administrativa, en la medida que a través del trámite del conflicto de competencias administrativas esta Corporación decide con *carácter vinculante* cuál es la autoridad administrativa encargada de adelantar una determinada actuación administrativa.

Debe resaltarse la naturaleza especial del trámite previsto en el artículo 39 del CPACA, pues si bien forma parte de los procedimientos administrativos, su resolución por la Sala de Consulta y Servicio Civil y por los Tribunales se hace desde la autonomía, independencia e imparcialidad de la Rama Judicial, lo que

² Expediente 2013-0006.

determina también el *carácter definitivo* de sus decisiones³, más aún cuando el artículo 39 arriba citado dispone que contra lo decidido “*no cabe recurso alguno*”.

Como señaló la Sala este trámite especial “*se surte por fuera de la propia Administración, da certeza a las autoridades y a los interesados sobre la facultad legal para resolver un determinado asunto, evitando discusiones posteriores o, lo que sería peor, decisiones inhibitorias de la administración.*”⁴ De este modo, la Sala de Consulta y Servicio Civil participa, desde la Rama Judicial, en una etapa de la actuación administrativa que se activa cuando existen discrepancias sobre las competencias legales de las autoridades administrativas.

Sobre la posibilidad de ampliar una decisión adoptada por la Sala cuando aún se encuentran aspectos de la competencia administrativa pendientes de resolver

Como se acaba de indicar, las decisiones de la Sala de Consulta y Servicio Civil son definitivas y vinculantes; además, el artículo 39 del CPACA no ha previsto ningún tipo de recurso contra las decisiones proferidas por la Sala que resuelven los conflictos de competencias administrativas.

No obstante lo anterior, la Sala advierte que todas las autoridades administrativas y judiciales, en sus respectivas competencias, actúan como garantes de los derechos y libertades ciudadanas por mandato expreso de los artículos 1 y 103 del CPACA., de manera que en caso de ser necesario deberán tomar las medidas que correspondan para evitar su vulneración.

A ese respecto, el propio CPACA consagra los principios bajo los cuales deben interpretarse y aplicarse las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos regulados en su Primera Parte. Es así como en virtud del principio de eficacia “*las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa*”⁵. (Resalta la Sala)

Con el mismo propósito el CPACA advierte que si en una determinada actuación o procedimiento administrativo pudo haber alguna irregularidad que afecte los derechos de los interesados, la autoridad competente debe hacer las correcciones a que haya lugar para ajustarla a derecho. Al respecto, el artículo 41 de la norma en cita consagra:

3 “Por ello, cuando el ordenamiento jurídico le asigna a la Sala la función de dirimir las discusiones competenciales entre autoridades administrativas y vincula a éstas y a los particulares a lo decidido por ella, busca garantizar la efectividad del derecho de petición (asegurando que la persona tendrá una respuesta de fondo a su solicitud) y la vigencia del principio de legalidad y del debido proceso, desde el punto de vista de las competencias constitucionales o legales que habilitan la actuación de una determinada entidad en un caso concreto.” (Providencia del 18 de julio de 2013, expediente 2013-0006)

4 Expediente 2013-0006

5 Artículo 3. Numeral 11.

“Artículo 41. Corrección de irregularidades en la actuación administrativa. La autoridad en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluirla.”

En ese sentido, según lo ha precisado tanto esta Corporación⁶ como la Corte Constitucional⁷, *“la plena vigencia de los derechos y garantías fundamentales establecidos por el constituyente exige, en tanto obligación, que los jueces sustituyan un enfoque limitado y restrictivo sobre el alcance de sus propias atribuciones de control sobre los actos de la administración pública, por un enfoque garantista de control integral, que permita a los jueces verificar en casos concretos si se ha dado pleno respeto a los derechos consagrados en la Carta Política”*.

De este modo, como quiera que el objeto del conflicto de competencias es definir la autoridad que debe adoptar una decisión de fondo dentro de una actuación administrativa, resultaría contrario a ese propósito, al principio de eficacia y al derecho fundamental de petición, una providencia de esta Sala que deje sin resolver aspectos de la competencia administrativa discutida y que impida al ciudadano tener una respuesta oportuna, de fondo y eficaz a sus solicitudes, tal como lo ordenan los artículos 23 C.P.⁸ y 5 y 13⁹ del CPACA. En ese caso, la Sala de Consulta y Servicio Civil deberá adoptar las medidas que mejor permitan corregir la actuación y garantizar la protección de los derechos afectados.

Por tanto, la Sala procederá a estudiar la solicitud de adición presentada y si concluye que en un momento determinado su decisión inicial dejó sin respuesta la petición que le dio origen a la actuación, deberá ella misma tomar los correctivos necesarios para garantizar que el conflicto de competencias administrativas cumpla su finalidad y el peticionario tenga una respuesta de fondo a su solicitud, como lo garantiza el artículo 23 de la C.P.

2. Antecedentes del conflicto de competencias administrativas estudiado por la Sala: la petición que da origen al conflicto se encuentra sin resolver

6 Al respecto ver: Rad. No. 11001031500020130248900AC Consejo de Estado, Sección Primera. M.P. Guillermo Vargas Ayala; Rad. No. 05001233100020050779701 (19698) Consejo de Estado, Sección Cuarta. M.P. Martha Teresa Briceño; Rad. No. 250002341000201400085801AC Consejo de Estado, Sección Primera. M.P. María Elizabeth García González; Rad. No. 08001233100019971181201 (27353) Consejo de Estado, Sección Tercera. M.P. Enrique Gil Botero; entre otras.

7 Al respecto ver: Sentencia T-1004 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-531 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

8 ARTICULO 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.

9 Artículo 5. Derechos de las personas ante las autoridades. En sus relaciones con las autoridades toda persona tiene derecho a: (...) 4. Obtener respuesta oportuna y eficaz a sus peticiones en los plazos establecidos para el efecto. (...)

Artículo 13. Objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades. Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este Código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución.

Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar el reconocimiento de un derecho o que se resuelva una situación jurídica, que se le preste un servicio, pedir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos. El ejercicio del derecho de petición es gratuito y puede realizarse sin necesidad de representación a través de abogado.

Analizados los antecedentes del asunto, la Sala observa que la solicitud de definición de competencias se planteó para definir cuál de las entidades en conflicto debía dar cumplimiento al fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia que reconoció unos beneficios convencionales al señor Jorge Martínez Calderón y ordenó el pago de unas sumas de dinero. Por tal razón, cuando la Sala recibió el informe de que lo ordenado en la sentencia ya se había cumplido, se consideró que el asunto carecía de objeto y se declaró la inhibición.

Sin embargo, la Sala observa que la solicitud inicial del señor Jorge Martínez Calderón se planteó en los siguientes términos:

“1. Que en aplicación a la Sentencia Judicial proferida por la Sala Quinta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Antioquia dentro del proceso judicial con radicado 05001-23-31-000-2006-00129-01, en la que la mentada corporación me reconoció el derecho a los beneficios convencionales desde noviembre 01 de 2004 y durante el tiempo que dure vigente la convención colectiva de trabajo suscrita en octubre 31 de 2001 entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, (Por el tiempo que duró la relación laboral), se reconozca la pensión de jubilación establecida en el artículo 98 de la citada norma en cuantía equivalente al 100% del salario promedio devengado en los tres últimos años de servicios con la inclusión de los reajustes a los factores que constituyen salario y que debieron ser reajustados en cumplimiento al fallo judicial aludido como son: Asignación Básica, Primas de servicios, primas de vacaciones, prima de antigüedad, recargos por horas extras, dominicales y feriados. 2. (...)”. (Resaltados del texto original)

Visto lo anterior, la Sala encuentra que efectivamente la petición del señor Jorge Martínez Calderón está formulada en términos diferentes a los planteados por la entidad que remitió el asunto, pues no tenía relación con los derechos económicos derivados de la sentencia, sino que se refiere en concreto a una *solicitud de reliquidación de la pensión*, que a juicio del peticionario debe ser reajustada con base en la Convención Colectiva de Trabajo del ISS que el fallo en mención le extendió a su favor. Ahora bien, a ese derecho de petición, que es el origen del presente conflicto, se le dio el siguiente trámite por las entidades involucradas:

1. El día 17 de mayo de 2013 fue remitido por competencia a la Gerencia Nacional de Recursos Humanos del ISS en Liquidación.

2. El 31 de enero de 2014 la Gerencia Nacional de Recursos Humanos respondió al solicitante que no se atendía su solicitud porque *“no se aportó la primera copia auténtica de la sentencia que preste mérito ejecutivo”* ni *“constancia de no haber recibido suma alguna por este concepto y de no haber adelantado proceso ejecutivo”*. En todo caso, por acta de entrega No. 395 de 28 de febrero de 2014 el ISS en Liquidación remitió el asunto a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP – por considerarlo de su competencia.

3. Mediante escrito de 14 de mayo de 2014 la UGPP, refiriéndose a la solicitud del señor Martínez para que en aplicación del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia se reliquidará su pensión, manifestó no ser competente para tal fin y devolvió el expediente nuevamente al ISS en Liquidación. Mencionó que la condena impuesta hace referencia al pago de acreencias laborales y por tanto no hace parte de la atribución que le fue conferida a dicha entidad de asumir las obligaciones pensionales del ISS en Liquidación en su calidad de empleador¹⁰.

4. El 29 de mayo de 2014 el ISS en Liquidación devolvió nuevamente el asunto a la UGPP, para lo cual reiteró sus argumentos de no ser competente para resolver la solicitud del señor Jorge Martínez Calderón.

5. Finalmente, la UGPP resolvió remitir el asunto a esta Sala para *“que se declare que la entidad competente para resolver la solicitud de cumplimiento a fallo del señor Jorge Martínez Calderón es el Instituto de Seguro Social En Liquidación”*. (Resalta la Sala)

Como se observa entonces, le asiste razón a la apoderada del peticionario cuando señala (i) que la petición de reliquidación pensional -por la cual se inició este conflicto de competencias administrativas- no ha sido resuelta y (ii) que lo decidido por esta Sala en la decisión cuya ampliación se solicita deja sin resolver lo relativo a la entidad competente para responder dicha petición. Dicho de otro modo, la decisión adoptada por la Sala no ha desatado el fondo del conflicto de competencias planteado, lo que podría afectar el derecho del peticionario a obtener una respuesta de fondo y efectiva.

En este sentido para la Sala es claro que en el caso de actuaciones administrativas iniciadas en virtud de un derecho de petición, el conflicto de competencias administrativas se tramita para decidir sobre la entidad competente para responder de fondo a lo pedido por el ciudadano en su solicitud, sin que sea viable hacer un cambio de su finalidad u objeto por las autoridades involucradas. Así, el hecho de que en el caso concreto el conflicto de competencias haya sido planteado por la UGPP para que se definiera la entidad encargada de cumplir un fallo judicial, no exonera a esta Sala de la obligación de resolver de manera específica cuál es la entidad competente para responder la petición que originó la actuación.

Por tanto, la Sala considera que la solicitud de la apoderada del señor Martínez Calderón es procedente y, en consecuencia, en aplicación de los principios de eficacia, eficiencia y prevalencia del derecho material, accederá a la solicitud de ampliación de la decisión del 16 de diciembre de 2014, en el sentido de resolver de manera expresa cuál es la entidad competente para responder la petición de reliquidación pensional que se encuentra pendiente de trámite.

¹⁰ Dicha competencia le fue asignada mediante Decreto 2013 de 2012 *“Por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales ISS, se ordena su liquidación, y se dictan otras disposiciones”*.

3. La competencia de la UGPP para responder la petición de reliquidación pensional. Solución del caso concreto

En primer lugar la Sala debe aclarar que no le corresponde decidir si el señor Martínez Calderón tiene o no derecho a la reliquidación pensional que solicita con base en la Convención Colectiva de Trabajo que se celebró entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL. Tampoco le concierne determinar si tal reliquidación está o no comprendida en la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia que ordenó extender a su favor los beneficios convencionales del ISS.

De acuerdo con el artículo 39 del CPACA la decisión de esta Sala se limita a determinar cuál de las dos entidades en conflicto (ISS-en liquidación- o UGPP) debe dar una respuesta de fondo a la petición de reliquidación, de forma que el interesado pueda a su vez decidir si acude a los mecanismos judiciales de control si considera que la respuesta de la Administración no satisface sus derechos.

Aclarado lo anterior, la Sala observa, según los documentos allegados al expediente, que la petición de reliquidación la presenta un pensionado del Instituto de Seguros Sociales, hoy en liquidación. Al respecto, cabe recordar que mediante Decreto 2013 de 2012¹¹ la UGPP fue encargada de la administración, en los términos de los artículos primero y segundo del Decreto 169 de 2008¹², de los **derechos pensionales** legalmente reconocidos por el Instituto de Seguros Sociales en su calidad de empleador:

“Artículo 17 (modificado por el artículo 1 del Decreto 1388 de 2013). La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), asumirá a más tardar el veintiocho (28) de septiembre de 2013, la administración en los términos de los artículos 1 y 2 del Decreto número 169 de 2008 de los derechos pensionales legalmente reconocidos por el Instituto de Seguros Sociales en Liquidación en su calidad de empleador.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. El Instituto de Seguros Sociales (ISS), en Liquidación, desarrollará las actividades inherentes a la administración y pago de los derechos y obligaciones pensionales antes mencionados, hasta la fecha en que la UGPP las reciba y las pensiones pasen a ser pagadas por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (FOPEP), teniendo en cuenta lo previsto en el Decreto-ley 254 de 2000 y demás normas aplicables.”

Como se observa, es claro que la *Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)* es la entidad actualmente responsable de la administración de las pensiones reconocidas en su momento por el ISS (hoy en liquidación), lo que determina entonces su competencia para dar respuesta a la solicitud de reliquidación pensional del señor Martínez. En efecto, la función de administración pensional asumida por la UGPP conlleva

¹¹ Por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales, ISS, se ordena su liquidación, y se dictan otras disposiciones.

¹² Por el cual se establecen las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP.

necesariamente el deber de resolver las peticiones que presenten los pensionados a su cargo, sin que la extinción o liquidación de la entidad empleadora la exonere de esa competencia.

Frente a la claridad de lo anterior no resulta de recibo el argumento de la UGPP, según el cual la competencia sería del ISS-en liquidación- en la medida que se trataría del pago de *una acreencia laboral* que debe asumir ese instituto, pues con independencia de que la reliquidación esté o no comprendida en la Sentencia del de 10 de agosto de 2010 del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo cierto es que el ISS no tiene hoy ninguna potestad administrativa para pronunciarse sobre ese particular (la reliquidación de pensiones).

4. Definición de competencia y términos legales

Cabe precisar finalmente que el procedimiento especialmente regulado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, para que la Sala de Consulta y Servicio Civil decida los conflictos de competencias que pudieren ocurrir entre autoridades administrativas, obedece a la necesidad de definir en toda actuación administrativa la cuestión preliminar de la competencia. Puesto que la Constitución prohíbe a las autoridades actuar sin competencia, so pena de incurrir en responsabilidad por extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6o.), y el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 prevé que la expedición de actos administrativos sin competencia dará lugar a su nulidad, mientras no se determine cuál es la autoridad obligada a conocer y resolver, no corren los términos previstos en las leyes para que decidan los correspondientes asuntos administrativos.

Debido a estas razones de orden constitucional y legal, mientras la Sala de Consulta y Servicio Civil dirime la cuestión de la competencia no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones. De ahí que, conforme al artículo 39, “mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”¹³. El artículo 33, vigente en la actualidad, del anterior Código Contencioso Administrativo (CCA), relativo al funcionario sin competencia, dispone que “el funcionario a quien se hizo la petición deberá enviar el escrito, dentro del mismo término (10 días), al competente, y los términos establecidos para decidir se ampliarán en diez (10) días”. Por esta misma razón, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que “[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que la presente decisión sea comunicada.

13 En la actualidad, la remisión al artículo 14 del CPACA ha de entenderse que se refiere a los artículos 6º, 22 y 25 del Decreto Ley No. 1 de 1984, del anterior Código Contencioso Administrativo (CCA), según el Concepto No. 2243 emitido por la Sala el 28 de enero de 2015.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP para tramitar y responder de fondo la petición de reliquidación pensional presentada por el señor Jorge Martínez Calderón.

SEGUNDO: Comunicar el contenido de esta decisión al Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, al Ministerio de Salud y Protección Social, a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, a la ESE Rafael Uribe Uribe en liquidación, al señor Jorge Martínez Calderón y a su apoderada.

TERCERO: Los términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que se comunique la presente decisión.

La anterior decisión se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Comuníquese y cúmplase,

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Álvaro Namén Vargas, Presidente de la Sala. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

2. Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial.

Radicado 2015-00036

Fecha: 05/05/2015

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, pasa a resolver el conflicto negativo de competencias de la referencia, en relación con la entidad competente para adelantar una investigación disciplinaria en contra de los magistrados del Tribunal Nacional de Ética Médica por la presunta irregularidad cometida al proferir un fallo de segunda instancia en el que se decretó la prescripción de la acción disciplinaria seguida contra un profesional de la medicina.

I. Antecedentes

Con base en la información relacionada por las entidades de la referencia, se exponen a continuación los antecedentes que dan origen al presente conflicto:

1. El 1 de noviembre de 2012, el Tribunal de Ética Médica de Bogotá profirió fallo sancionatorio contra un médico, por los hechos ocurridos el 7 de octubre de 2007, 13 de noviembre de 2007 y 12 de febrero de 2008.

2. Contra la anterior providencia se interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto el 5 de febrero de 2013 por el Tribunal Nacional de Ética Médica, que resolvió decretar la prescripción de la acción disciplinaria y ordenó *“compulsar copias del expediente a la Procuraduría para que, si es del caso, investigue la dilación injustificada del proceso”*.

3. El 21 de marzo de 2013, el Presidente del Tribunal de Ética Médica de Bogotá presentó un memorial ante la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, mediante el cual ponía en conocimiento una posible falta disciplinaria de los magistrados del Tribunal Nacional de Ética Médica, *“al declarar la prescripción del proceso disciplinario sin que hubiera lugar a ello”*.

4. El 9 de agosto de 2013, la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa inició investigación preliminar contra los magistrados del Tribunal Nacional de Ética Médica y ordenó practicar pruebas.

5. El 14 de mayo de 2014 la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa remitió por competencia el expediente al Consejo Superior de la Judicatura – Sala Disciplinaria- con base en las siguientes razones:

“Estando el asunto de la referencia para calificar el mérito de la prueba recaudada durante la indagación preliminar, se advierte que los hechos presuntamente constitutivos de falta disciplinaria denunciados en la queja, podrían involucrar a los Magistrados del Tribunal nacional de Ética Médica, razón por la cual, este despacho carecería de competencia para realizar un pronunciamiento de fondo, de conformidad con el artículo 112 de la Ley 270 de 1996, conforme al cual, son funciones de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, “3.conocer, en única instancia, de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los magistrados de los Tribunales y Consejos Seccionales de la Judicatura, el Vicefiscal, los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia y los tribunales”

6. El 30 de julio de 2014 la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura: (i) declaró la falta de competencia para conocer del asunto; (ii) se inhibió de tramitar cualquier tipo de actuación disciplinaria; y (iii) propuso ante esta Sala el conflicto negativo de competencias de la referencia, por los siguientes motivos:

“La Sala considera que el artículo 112.3 de la ley estatutaria 270 de 1996 no puede comprenderse de manera aislada, como lo sugiere la Procuraduría General de la Nación, pues al hacerlo se asume el riesgo de darle una interpretación excesivamente amplia a la expresión “magistrados de los tribunales” dentro de dicho enunciado normativo.

En realidad, una interpretación sistemática que integre el grupo de normas antes descrito, conduce a entender que el artículo 112.3 de la ley 270 de 1996 se refiere única y exclusivamente a los funcionarios que actúan como magistrados de los tribunales que de manera permanente administran justicia y que pertenecen a la estructura de la Rama Judicial, esto es, a los magistrados que conforman las diferentes salas de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, lo de los Tribunales Administrativos y los de los Consejos Seccionales de la Judicatura. Adicionalmente, la Sala considera que el alcance de la precitada disposición debe además ser restringido, toda vez que se trata de una excepción al principio general constitucional de la doble instancia judicial que consagra el artículo 31 de la Constitución. Con base en las razones hasta aquí expuestas, la Sala estima que carece de competencia para conocer en única instancia de actuaciones disciplinarias contra miembros de otro tipo de organismos que, por fuera de la Rama Judicial, diriman controversias.

II. Trámite

En el folio 116 consta que se informó sobre el conflicto planteado al Tribunal de Ética Médica de Bogotá, a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al Ministerio de Salud y de la Protección Social, a la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, al Tribunal Nacional de Ética Médica y al doctor Juan Carlos Gómez Rodríguez. Además, el conflicto de la referencia permaneció fijado mediante edicto en la Secretaría de esta Corporación por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011. Los informes secretariales que obran en el expediente dan

cuenta del cumplimiento del trámite ordenado por el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011.

III. Argumentos de las partes

Dentro de la oportunidad correspondiente intervinieron el Tribunal Nacional de Ética Médica y el Tribunal de Ética Médica de Bogotá, quienes manifestaron lo siguiente:

Tribunal Nacional de Ética Médica

Menciona que la Ley 270 de 1996 le asigna a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura la competencia para investigar y juzgar a los magistrados de tribunales de la justicia y no a los magistrados de otros tipos de tribunales, como es el caso de los magistrados de los Tribunales de Ética Médica, que no cumplen funciones jurisdiccionales, pues son sólo funcionarios administrativos. Afirma que los magistrados del Tribunal de Ética Médica son particulares que ejercen funciones públicas transitorias, en cuyo caso, de cometer faltas disciplinarias en tal calidad, le correspondería a la Procuraduría General de la Nación iniciar la investigación disciplinaria, en aplicación del artículo 75 de la Ley 734 de 2002. Concluye que la competencia es de la Procuraduría General de la Nación porque se trata de faltas cometidas en el ejercicio de funciones transitorias.

Tribunal de Ética Médica de Bogotá

Señala que en virtud del artículo 73 de la Ley 23 de 1981, los Tribunales de Ética Médica, en ejercicio de las atribuciones que les confiere la ley, cumplen una función pública, pero sus integrantes por el solo hecho de ejercerlas no adquieren el carácter de funcionarios públicos. Por esta razón, solicitan la intervención de la Procuraduría para que investigara la posible falta disciplinaria de los miembros del Tribunal Nacional de Ética Médica.

Procuraduría General de la Nación

Según informe secretarial dentro de la oportunidad para presentar alegatos, la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, pese a que fue notificada, no allegó alegatos de conclusión.

IV. Consideraciones

1. Competencia

El artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, relaciona, entre las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la siguiente:

“... 10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.”

Así mismo, dentro del procedimiento general administrativo, el inciso primero del artículo 39 del código en cita también estatuye:

“Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional... En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales... conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.”

Como se evidencia del análisis de los antecedentes expuestos, el conflicto de competencias se ha planteado entre dos autoridades del orden nacional, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y la Procuraduría General de la Nación. De otra parte, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un punto particular y concreto, consistente en determinar cuál es la autoridad competente para conocer de un proceso disciplinario iniciado contra los magistrados del Tribunal Nacional de Ética Médica. Se concluye, por tanto, que la Sala es competente para dirimir el presente conflicto.

2. Problema jurídico

Como ha quedado señalado, el problema jurídico que plantea el presente conflicto consiste en determinar cuál es la autoridad competente para investigar a los Magistrados que integran el Tribunal Nacional de Ética Médica cuando incurran en posibles faltas disciplinarias. El conflicto se presenta porque según la Procuraduría General de la Nación los integrantes de los tribunales de ética médica deben ser investigados, en su condición de “tribunales”, de acuerdo con las competencias disciplinarias de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. Por tanto, a su juicio, la competencia disciplinaria en esos casos sería del Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con el artículo 112.3 de dicha ley.

Por el contrario, el Consejo Superior de la Judicatura considera que los tribunales de ética médica no forman parte de la rama judicial y que, como particulares que cumplen funciones administrativas transitorias, deben ser investigados por la Procuraduría General de la Nación de acuerdo con el artículo 75 de la Ley 734 de 2002. Para resolver este conflicto, la Sala revisará entonces cuál es la naturaleza jurídica de los tribunales de ética médica y de sus funciones, así como la calidad de los magistrados que los componen.

3. Naturaleza jurídica de los Tribunales de Ética Médica, de sus funciones y de sus integrantes.

La Ley 23 de 1981 creó el Tribunal Nacional de Ética Médica con el fin de conocer los procesos disciplinarios ético-profesionales derivados del ejercicio de la medicina en Colombia. El artículo 63 de esta ley establece:

“Artículo 63. Créase el Tribunal Nacional de Ética Médica con sede en la Capital de la República, con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia.

El artículo 64 de la misma ley determina que el Tribunal Nacional de Ética Médica estará integrado por cinco (5) profesionales de la medicina designados por el Ministerio de Salud, de listas enviadas por distintas agremiaciones privadas, así:

“Artículo 64. El Tribunal Nacional de Ética Médica estará integrado por cinco profesionales de la medicina elegidos por el Ministerio de Salud de una lista de diez candidatos, de los cuales cuatro serán propuestos por la Federación Médica Colombiana, tres por la Academia Nacional de Medicina y tres representantes de las Facultades de Medicina legalmente aprobadas, propuestos por éstas.”

Los requisitos para pertenecer al tribunal y el periodo de sus miembros se regula en los artículos 65 y 66 de la misma ley, que establecen:

“Artículo 65. Para ser miembro del Tribunal Nacional de Ética Médica se requiere:

a) Gozar de reconocida solvencia moral o idoneidad profesional.

b) Haber ejercido la medicina por espacio no inferior a quince años o haber desempeñado la cátedra universitaria en Facultades de Medicina legalmente reconocidas por el Estado, por lo menos durante cinco años.

Artículo 66. Los miembros del Tribunal Nacional de Ética Médica serán nombrados para el período de dos años, pudiendo ser reelegidos y tomarán posesión de sus cargos ante el Ministro de Salud.”

Este mismo esquema se replica de manera similar en los artículos 67 a 70 de la propia Ley 23 de 1981¹⁴, en relación con los Tribunales Seccionales de Ética Médica. Finalmente es necesario llamar la atención, por su importancia para resolver el

¹⁴ Artículo 67. En cada Departamento, Intendencia o Comisaría se constituirá un Tribunal Seccional Ético-profesional.

Artículo 68. El Tribunal Seccional de Ética Médica estará integrado por cinco profesionales de la medicina, elegidos por el Tribunal Nacional de Ética Médica, de conformidad con lo establecido en el artículo 73, escogidos de listas presentadas por los Colegios Médicos correspondientes, cuyo número en cada caso no podrá ser inferior a diez profesionales, salvo cuando en el respectivo territorio no existiere este número, con el lleno de las calidades que más adelante se señalan.

Artículo 69. Para ser miembro del Tribunal Seccional de Ética Médica se requiere:

a) Gozar de reconocida solvencia moral e idoneidad profesional.

b) Haber ejercido la medicina por espacio no inferior a diez años, o durante por lo menos cinco años haber desempeñado la cátedra universitaria en Facultades de Medicina legalmente reconocidas por el Estado.

Artículo 70. Los miembros de los Tribunales Seccionales de Ética Médica serán nombrados para un período de dos años, pudiendo ser reelegidos, y tomarán posesión de sus cargos ante la primera autoridad política del lugar, o ante aquellas en quien ésta delegare la facultad de adelantar la diligencia.

presente conflicto, sobre lo señalado en el artículo 73 de la Ley 23 de 1981 en cuanto a (i) el hecho de que los Tribunales de Ética Médica cumplen una función pública; pero (ii) con la salvedad de que sus miembros son particulares y no adquieren la condición de funcionarios públicos:

“Artículo 73. Los Tribunales Ético-Profesionales en ejercicio de las atribuciones que se le confiere mediante la presente ley, cumplen una función pública, pero sus integrantes por el solo hecho de serlo no adquieren el carácter de funcionarios públicos”.

Pues bien, a partir de este marco legal, la jurisprudencia y la doctrina de esta Sala han tenido oportunidad de referirse a diversos aspectos de la actividad que desarrollan los Tribunales de ética Médica, en particular para aclarar lo siguiente:

La función que ejercen los Tribunales de ética Médica es de naturaleza administrativa

Así se indicó en Concepto 1756 de 2006 de esta Sala, al resolver una consulta sobre la normatividad aplicable en caso de vacíos en el procedimiento disciplinario establecido en la Ley 23 de 1981:

“La naturaleza administrativa del procedimiento ético médico, de una parte, y la materia disciplinaria del mismo, de la otra, plantearían la posibilidad de aplicación subsidiaria ya el Código Contencioso Administrativo ora de la ley 734 de 2002, en cuanto dicho proceso ético médico es una modalidad del derecho administrativo disciplinario, que constituye una rama del derecho administrativo”¹⁵.

Sobre la naturaleza administrativa de las funciones ejercidas por los Tribunales de Ética Médica también se había pronunciado ya la Corte Constitucional al resolver una demanda de inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley 23 de 1981, oportunidad en la cual dicha corporación judicial señaló:

“Con respecto al debido proceso sin perjuicio de lo anterior estima la Corte que además, en tratándose de funciones administrativas como son las que desempeñan el Tribunal de Ética Médica para los efectos de la aplicación de las sanciones contra las faltas a la ética médica, por parte de los profesionales médicos y de acuerdo con su gravedad o con la reincidencia en ellas, resulta aplicable el artículo 12 del Decreto 2304 de 1989 que subrogó el artículo 82 del C.C.A., en virtud del cual la jurisdicción contencioso administrativa tiene competencia para conocer y juzgar controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, lo que da mayor garantía al debido proceso dentro del régimen disciplinario aplicable a los profesionales de la medicina”¹⁶

¹⁵ Con la salvedad de que el mismo concepto aclara a continuación que la remisión normativa en caso de vacío debe hacerse al Código Penal, de conformidad con lo dispuesto expresamente por la Ley 23 de 1981. Ver también sentencia del 2 de septiembre de 2014, Sección 2ª del Consejo de Estado, expediente 2014-00541 (AC), en la que se reafirma el carácter disciplinario de las sanciones de los tribunales profesionales y la aplicación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

¹⁶ . Sentencia C-259 de 1995, reiterada en C-762 de 2009.

El carácter no judicial de los Tribunales de Ética Médica

Este aspecto en particular, que es a su vez consecuencia de lo señalado en el punto anterior (naturaleza administrativa de las funciones desarrolladas por los Tribunales de Ética Médica), fue analizado con detenimiento por la Corte Constitucional en Sentencia C-620 de 2008, en la que se indicó lo siguiente:

“4.5. Teniendo en cuenta que la función pública asignada a los Tribunales de ética-médica, tanto al nacional como a los seccionales, está relacionada con la potestad de adelantar procesos administrativos de naturaleza disciplinaria, encuentra la Sala que el legislador no desconoció lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución Política, según el cual los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, pues, como se ha explicado, la función pública asignada a estos tribunales es de naturaleza administrativa.

La Sala reitera que los tribunales de ética-médica no ejercen actividad judicial, sino que han sido habilitados por el legislador para adelantar una función administrativa de carácter disciplinario relacionada con el ejercicio de la medicina, por lo cual los artículos 63, 67 y 73 de la Ley 23 de 1981 tampoco vulneran lo dispuesto en el artículo 228 de la Carta Política, según el cual la administración de justicia es función pública a cargo de los órganos que integran la rama judicial del poder público, con las excepciones previstas en el ordenamiento jurídico.” (resaltado del texto original)

La condición de “particulares” de los miembros de los tribunales de ética médica

Como ya se había indicado, el artículo 73 de la Ley 23 de 1981 señala que los tribunales de ética médica cumplen una función pública pero que sus miembros son particulares y no adquieren el estatus de funcionarios públicos. Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, la cual reiteró la condición de particulares de los miembros de dichos tribunales:

“4.2. En principio, los colegios creados en virtud de lo dispuesto por el artículo 26 de la Carta Política son instituciones de origen privado a las cuales el legislador puede asignar funciones públicas, entre ellas la de conocer de procesos ético-profesionales, como ocurre con el Tribunal Nacional de Ética Médica [1], encargado de adelantar procesos de esta índole iniciados por razón del ejercicio de la medicina. Se trata, entonces, de una función administrativa de carácter disciplinario, sometida a los principios propios del debido proceso administrativo, consagrados en el artículo 29 superior.

De su parte, el artículo 123, inciso tercero de la Constitución Política prevé que el legislador determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio; además, el artículo 210, inciso segundo de la Carta establece que los particulares pueden cumplir funciones

administrativas en las condiciones que señale la ley; es decir, tanto el artículo 26 como los artículos 123 y 210 superiores, sirven de fundamento para la creación del Tribunal Nacional de Ética Médica, al cual le son asignadas funciones públicas.

4.3. El Tribunal Nacional de Ética Médica está integrado con particulares encargados de ejercer la función pública de “disciplinar” a quienes ejercen la medicina, cuando incurran en las faltas previstas en la Ley 23 de 1981.

Es decir, tanto al Tribunal Nacional como a los Tribunales Seccionales el legislador les ha asignado la función pública de adelantar procesos ético-profesionales, precisando que por este hecho sus integrantes no pueden ser considerados funcionarios públicos, sino que deben ser tratados como particulares encargados de la función de adelantar procesos administrativos de carácter sancionatorio originados en el ejercicio de la medicina”

De este modo, no cabe duda que ni los tribunales de ética médica ni sus miembros forman parte de la rama judicial, así como tampoco ejercen funciones jurisdiccionales, ni siquiera de forma transitoria.

La vinculación sui generis de los tribunales de ética médica a la Rama Ejecutiva y no al poder judicial

En Concepto 2016 de 2010, al resolver una consulta relacionada con la representación judicial de los Tribunales de Ética Médica y las consecuencias patrimoniales de sus decisiones, la Sala tuvo oportunidad de referirse a la especial vinculación de dichos tribunales con la Rama Ejecutiva del Poder Público:

“Para la Sala, de acuerdo con las leyes 23 de 1981 y 35 de 1989, los Tribunales Médicos y Odontológicos, desde su creación tienen establecida una especial relación interadministrativa con el Ministerio de Salud, hoy de la Protección Social.

(...) De acuerdo con lo expuesto, se reitera que los Tribunales de Ética Médicos y Odontológicos tienen una especial relación interadministrativa con la Nación, a través del Ministerio de la Protección Social, con el fin de cumplir sus funciones de acuerdo con la respectiva ley de creación”.

Por tanto, además de que la función de los Tribunales de Ética Médica no es judicial y de que sus miembros son particulares investidos de una función simplemente administrativa, también se tiene que las relaciones orgánicas y jurídico-administrativas de dichos tribunales se dan con la Rama Ejecutiva del Poder Público y no con la Rama Judicial. Lo anterior es aún más claro si se revisa la estructura de la Rama Judicial establecida en el artículo 11 de la Ley 270 de 1996 (modificada por la Ley 1285 de 2009), en ninguna de cuyas jurisdicciones y niveles podría ubicarse a los tribunales de ética médica.

4. Análisis del conflicto revisado

Hasta el momento ha quedado establecido que: (i) los Tribunales de Ética Médica cumplen funciones administrativas y no judiciales; (ii) sus miembros no tienen la calidad de jueces sino de particulares investidos de función administrativa; y (iii) los Tribunales de Ética Médica no forman parte de estructura de la rama judicial.

Ahora bien, en el presente conflicto se discute la competencia para investigar disciplinariamente a los miembros del Tribunal Nacional de Ética Médica, a cuyo efecto la Procuraduría considera aplicable el artículo 112.3 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que se refiere a la competencia disciplinaria en relación con los funcionarios y empleados de la rama judicial:

“Artículo 112. Funciones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura:

3. Conocer, en única instancia, de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los magistrados de los Tribunales y Consejos Seccionales de la Judicatura, el Vicefiscal, los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales.”

Para la Sala es claro, de acuerdo con lo expuesto a lo largo de esta providencia, que el artículo 112.3 de la LEAJ no es aplicable a los miembros de los tribunales de ética médica, pues ellos no forman parte de la rama judicial ni ejercen tampoco funciones jurisdiccionales. En ese sentido, cuando la norma alude a “*magistrados de tribunales*”, se refiere de manera específica a los que integran las diferentes jurisdicciones de la rama judicial (artículo 11), sin incluir, como en este caso, a los tribunales de ética médica.

Tiene razón entonces el Consejo Superior de la Judicatura cuando señala que como los miembros de los tribunales de ética médica *son particulares en ejercicio de funciones administrativas*, la competencia para investigarlos disciplinariamente corresponde directamente a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo establecido en el artículo 75 de la Ley 734 de 2002, el cual 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 (...).”

Por tanto, en el caso analizado el expediente será remitido a la Procuraduría General de la Nación para que continúe la investigación disciplinaria correspondiente contra los Magistrados del Tribunal Nacional de Ética Médica.

5. Definición de competencia y términos legales

El procedimiento especialmente regulado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, para que la Sala de Consulta y Servicio Civil decida los conflictos de competencias que pudieren ocurrir entre autoridades administrativas, obedece a la necesidad de definir en toda actuación administrativa la cuestión preliminar de la competencia. Puesto que la Constitución prohíbe a las autoridades actuar sin competencia, so pena de incurrir en responsabilidad por extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6o.), y el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 prevé que la expedición de actos administrativos sin competencia dará lugar a su nulidad, mientras no se determine cuál es la autoridad obligada a conocer y resolver, no corren los términos previstos en las leyes para que decidan los correspondientes asuntos administrativos.

Debido a estas razones, de orden constitucional y legal, los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones tampoco corren hasta tanto la Sala de Consulta y Servicio Civil dirime la cuestión de la competencia. De ahí que, conforme al artículo 39 del CPACA, mientras se resuelve el conflicto, los términos para resolver los derechos de petición a que se refiere el artículo 14 se suspenderán.¹⁷ En el mismo sentido el artículo 33 del CCA, vigente en la actualidad, relativo al funcionario incompetente dispone que “el funcionario a quien se hizo la petición deberá enviar el escrito, dentro del mismo término (10 días), al competente, y los términos establecidos para decidir se ampliarán en (10 días).”

También es el motivo por el cual, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que “[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos que se hallaren suspendidos se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que la presente decisión sea comunicada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

¹⁷ La remisión al artículo 14 del CPACA ha de entenderse que se refiere a los artículos 6º, 22 y 25 del Decreto Ley 01 de 1984, anterior Código Contencioso Administrativo – CCA. En aplicación del concepto No. 2243 emitido por la Sala el 28 de enero de 2015 que dispuso “De esta manera, la Sala concluye que, a partir del 1º de enero de 2015, revivieron los capítulos II, III, IV, V, VI y las normas pertinentes del capítulo VIII del CCA, denominados “Del derecho de petición en interés general”, “Del derecho de petición en interés particular”, “Del derecho de petición de informaciones”, “Del derecho de formulación de consultas”, “De las actuaciones administrativas iniciadas en cumplimiento de un deber legal” y “Normas comunes a los capítulos anteriores”, respectivamente, interpretados conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre tales materias.”

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar competente a la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, para que continúe la investigación disciplinaria correspondiente contra los Magistrados del Tribunal Nacional de Ética Médica.

SEGUNDO: Enviar la actuación a la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa para lo de su competencia

TERCERO: Comunicar la presente decisión al Tribunal de Ética Médica de Bogotá, a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al Ministerio de Salud y de la Protección Social, a la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, al Tribunal Nacional de Ética Médica y al doctor Juan Carlos Gómez Rodríguez.

CUARTO: Los términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que se comunique la presente decisión.

La anterior decisión se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Comuníquese y cúmplase

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Álvaro Namén Vargas, Presidente de la Sala. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

3. Comisaría de Familia La Floresta del municipio de Barrancabermeja y Defensoría de Familia - I.C.B.F. - Regional Santander Centro Zonal La Floresta.**Radicado 2015-00007**

Fecha: 13/05/2015

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el 112 numeral 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011, resuelve el conflicto negativo de competencias de la referencia, suscitado entre la Comisaría de Familia La Floresta del municipio de Barrancabermeja (Santander) y la Defensoría de Familia - I.C.B.F. - Regional Santander Centro Zonal La Floresta, para continuar con el proceso de restablecimiento de derechos del adolescente AYSP¹⁸.

I. Antecedentes

1. El 24 de noviembre de 2014, ante la psicóloga de la Comisaría de Familia de Barrancabermeja, la señora Yumaira Puello Hernández, acompañada de su hija Dayana Salazar Puello y de la policía, informa que su hijo AYSP es agresivo, las maltrata verbal y físicamente, desde hace cuatro (4) años consume sustancias psicoactivas, y amenaza que las va a matar. Cuenta que el adolescente AYSP había estado en el CROMIS al igual que en la “Fundación Renacer” centros de rehabilitación en donde no lo soportaban por su agresividad y vocabulario soez.

En la misma diligencia el adolescente AYSP refiere que su hogar carece de afecto y respeto, y que la madre nunca inculcó valores y es muy agresiva, motivos por los cuales desde muy niño se sintió solo y buscó refugio en otras personas porque ella solo está pendiente de su hermana quien al igual que su madre es agresiva, presenta conductas inadecuadas, consume sustancias alucinógenas en celebraciones nocturnas y observa mal comportamiento, motivos y razones por las cuales prefiere estar en la calle con amigos con el fin de evitar problemas en su casa. El adolescente AYSP se compromete a no ser agresivo, a no volver a amenazar a su madre ni a su hermana y a no ofender a ningún miembro de su familia, pero pide que ellas, su mamá, su hermana, y demás familiares, se deben comprometer a no ofenderlo, a no gritarlo, a respetarle sus derechos. Igualmente manifiesta que desea tranquilidad, anhela afecto filial, pretende la unión familiar y vivir en un ambiente libre de agresiones y exaltaciones, donde reinen la tolerancia y buena comunicación. Por último, informa que va a dejar de consumir sustancias alucinógenas.

¹⁸ Como medida de protección de la intimidad del adolescente se omitirá su nombre en esta providencia, y en toda futura publicación de la misma.

2. El 24 de noviembre de 2014, la Comisaría de Familia de Barrancabermeja, en consideración a la prevalencia de los derechos fundamentales del adolescente, considera que “procede el restablecimiento de los derechos en cuestión frente a los derechos de los demás miembros de la unidad familiar”, y ordena brindar atención psicosocial a la unidad familiar y además las siguientes diligencias:

“SEGUNDO: Favorecer al menor AYSP con medida de protección en Hogar de Paso que coordina actualmente la Fundación Fundarevivar en la ciudad de Barrancabermeja, mientras se decide su situación jurídica”.

“TERCERO: Trasladar copia de las presentes diligencias al Defensor de Familia adscrito al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de conformidad con las competencias otorgadas por ministerio de la Constitución y la Ley en el presente caso para que ordene las actuaciones administrativas inherentes al restablecimiento de los derechos del niño AYSP y las demás que considere necesarias”.

3. El 24 de noviembre de 2014 la Comisaría de Familia deja a disposición de la Fundación Revivir al adolescente AYSP.

4. El 1 de diciembre de 2014 la Comisaría de Familia remite el caso a la Unidad Fiscalía Local- Seccional Reparto por presunta violencia intrafamiliar.

5. El 5 de diciembre de 2014, el Defensor de Familia del -ICBF- Regional Santander profirió el auto por medio del cual propone conflicto de competencias, al considerar que la vulneración de derechos se ha presentado dentro del contexto de violencia intrafamiliar, competencia exclusiva de las Comisarías de Familia. Mientras se dirime la competencia sobre el presente asunto, habrá de imponerse una medida de protección a favor del adolescente AYSP, quien por su perfil no podrá ser ubicado en hogar sustituto, disponiendo a su favor una medida de Internado de Protección No Privativo de la Libertad operado por la Fundación Revivir.

8. El 10 de diciembre de 2014 el Defensor de Familia le comunica a la Fundación Revivir que se ordenó la cesación de la medida de hogar de paso que cobijaba al adolescente AYSP, ordenada por la Comisaría de Familia, y que se decretó la medida de restablecimiento Internado de Protección No Privativo de la Libertad.

6. El 16 de diciembre de 2014 el Defensor de Familia Centro Zonal La Floresta remite el expediente del adolescente AYSP a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para que dirima el conflicto de competencias administrativas entre esta Defensoría y la Comisaría de Familia de La Floresta del municipio de Barrancabermeja.

II. Trámite

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en

el trámite del conflicto. Consta también que se informó sobre el presente conflicto al Defensor de Familia ICBF Centro Zonal La Floresta, a la Comisaría de Familia de Barrancabermeja, y a la señora Yumaira Puello Hernández, madre del adolescente. Obra también la constancia de la Secretaría de la Sala en el sentido de que durante la fijación del edicto no se recibieron alegaciones.

III. Argumentos de las partes

Dentro del término concedido, las partes no presentaron alegatos.

IV. Consideraciones

1. Competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil en materia de conflictos de competencias administrativas.

El artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA, relaciona entre las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la siguiente:

“... 10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.”

Así mismo, dentro del procedimiento general administrativo el inciso primero del artículo 39 del código en cita también estatuye:

“Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional... En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales... conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.”

Como se evidencia en el análisis de los antecedentes, el conflicto de competencias se ha planteado entre una autoridad de carácter nacional y otra de carácter territorial: de un lado la Defensoría de Familia - I.C.B.F. - Regional Santander Centro Zonal La Floresta¹⁹, y del otro, la Comisaría de Familia de Barrancabermeja. De otra parte, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un punto particular y concreto, que consiste en determinar cuál es la autoridad competente para seguir conociendo del proceso administrativo de restablecimiento de derechos

¹⁹ Ley 1098 de 2006. [P]or la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. “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”.

del adolescente AYSP. Se concluye, por tanto, que la Sala es competente para dirimir el conflicto.

2. Problema jurídico.

En el presente conflicto de competencias administrativas, corresponde a la Sala definir si los hechos descritos en el presente caso se dan en un contexto de violencia intrafamiliar, para de esta manera determinar si es la Defensoría de Familia - I.C.B.F. - Regional Santander Centro Zonal La Floresta o La Comisaría de Familia La Floresta de Barrancabermeja la entidad competente para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos del adolescente AYSP.

2.1. Régimen jurídico aplicable. Reglas para la distribución de competencias entre la Defensoría de Familia y la Comisaría de Familia.

El artículo 44 de la Constitución Política de Colombia de 1991 estableció los derechos fundamentales de los niños e impuso a la familia, la sociedad y al Estado una obligación de protección y asistencia:

“Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. (Subrayado fuera del texto)”.

El artículo 96 de la Ley 1098 de 2006, “[p]or la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia” determinó que tanto los defensores de familia como los comisarios de familia son autoridades competentes para procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Al respecto la mencionada norma indicó:

“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. El seguimiento de las medidas de protección o de restablecimiento adoptadas por los defensores y comisarios de familia estará a cargo del respectivo coordinador del centro zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”.

Por su parte, los artículos 82 y 86 de la Ley 1098 de 2006 determinaron y delimitaron las funciones correspondientes a los defensores de familia y a los comisarios de familia de la siguiente manera:

“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 (...).

“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.

2. Atender y orientar a los niños, las niñas y los adolescentes y demás miembros del grupo familiar en el ejercicio y restablecimiento de sus derechos.

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 (...).”

Así mismo, el artículo 7º del Decreto 4840 de 2007 “[p]or el cual se reglamentan los artículos 52, 77, 79, 82, 83, 84, 86, 87, 96, 98, 99, 100, 105, 111 y 205 de la Ley 1098 de 2006”, reguló y estableció el criterio diferenciador para determinar la competencia del defensor de familia y la competencia del comisario de familia.

“Artículo 7º. 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. Para ello aplicará las medidas de protección contenidas en la Ley 575 del 2000 que modificó la Ley 294 de 1996, las medidas de restablecimiento de derechos consagradas en la Ley 1098 de 2006 y, como consecuencia de ellas, promoverá las conciliaciones a que haya lugar en relación con la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas.

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.

Parágrafo 1°. Para efectos de la aplicación de la Ley 1098 de 2006, se entenderá por violencia intrafamiliar cualquiera de los eventos de violencia, maltrato o agresión contemplados en el artículo 1° de la Ley 575 de 2000. En este sentido, se considerará integrada la familia según los términos previstos en el artículo 2° de la Ley 294 de 1996 (...). (Subrayado y negrillas fuera del texto)

En este orden de ideas, con base en las normas transcritas se puede concluir que la diferencia que existe entre la competencia del defensor de familia y la del comisario de familia radica en que aunque ambos se encargan de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, los comisarios de familia de manera prevalente se encargan de los casos en los cuales se presenten situaciones de violencia intrafamiliar.

El parágrafo 1° del Decreto 4840 de 2007 indicó que “*se entenderá por violencia intrafamiliar cualquiera de los eventos de violencia, maltrato o agresión contemplados en el artículo 1° de la Ley 575 de 2000...*”. Pero vale la pena precisar que el artículo 1° de la Ley 575 de 2000 fue modificado por el artículo 16 de la Ley 1257 de 2008 que definió violencia intrafamiliar en los siguientes términos:

“Artículo 16. El artículo 4° de la Ley 294 de 1996, modificado por el artículo 1° de la Ley 575 de 2000 quedará así:

“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.

Cuando en el domicilio de la persona agredida hubiere más de un despacho judicial competente para conocer de esta acción, la petición se someterá en forma inmediata a reparto.

Parágrafo. En los casos de violencia intrafamiliar en las comunidades indígenas, el competente para conocer de estos casos es la respectiva autoridad indígena, en desarrollo de la jurisdicción especial prevista por la Constitución Nacional en el artículo 246". (Subrayado fuera del texto)

Ahora bien, el artículo 17 de la Ley 1257 de 2008 en consonancia con el artículo 2° del Decreto 4799 de 2011 “[p]or el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 294 de 1996, 575 de 2000 y 1257 de 2008”, facultó a los comisarios de familia para adoptar medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar:

“Artículo 17. El artículo 5° de la Ley 294 de 1996, modificado por el artículo 2° de la Ley 575 de 2000 quedará así:

“Artículo 5°. Medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar. Si la autoridad competente determina que el solicitante o un miembro de un grupo familiar ha sido víctima de violencia, emitirá mediante providencia motivada una medida definitiva de protección, en la cual ordenará al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja, o cualquier otra similar contra la persona ofendida u otro miembro del grupo familiar. El funcionario podrá imponer, además, según el caso, las siguientes medidas, sin perjuicio de las establecidas en el artículo 18 de la presente ley (...)”

“Decreto 4799 de 2011. Artículo 2°. Autoridades competentes. Se entiende por autoridad competente para la imposición de las medidas de protección consagradas en el artículo 17 de la Ley 1257 de 2008 y las normas que lo modifiquen o adicione, el Comisario de Familia del lugar donde ocurrieren los hechos. En aquellos municipios donde no haya Comisario de Familia el competente será el Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal del domicilio del demandante o del lugar donde fue cometida la agresión. Cuando en el domicilio de la persona agredida hubiere más de un despacho judicial competente para conocer de esta acción, la petición se someterá en forma inmediata a reparto (...)”.

3. Análisis del conflicto planteado

Teniendo en cuenta la normatividad que establece las funciones y la competencia de las comisarias de familia y las defensorías de familia, la definición de violencia intrafamiliar y su alcance, sin lugar a dudas, la Sala concluye que la entidad competente para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos del adolescente AYSP es la Comisaría de Familia de La Floresta del municipio de Barrancabermeja.

Los argumentos que llevan a la Sala a concluir que la Comisaría de Familia de La Floresta es competente para continuar con el proceso administrativo de

restablecimiento de derechos del adolescente AYSP, se concretan de la siguiente manera:

De acuerdo con los artículos 82y 86 de la Ley 1098 de 2006 y el artículo 7° del Decreto 4840 de 2007, la función del comisario de familia se centra en garantizar, proteger, prevenir, restablecer y reparar los derechos de los niños, niñas, adolescentes y demás miembros de la familia específicamente en el contexto de la violencia intrafamiliar.

La definición de violencia intrafamiliar establecida en el artículo 4° de la Ley 294 de 1996, modificada por el artículo 1° de la Ley 575 de 2000 y por el artículo 16²⁰ de la Ley 1257 de 2008 permite afirmar que una agresión o un daño a la integridad personal o a la integridad sexual, daño físico, psíquico, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, claramente se considera como un caso de violencia intrafamiliar.

Para la Sala resulta evidente, con base en la historia Integral Socio-Familiar No. 129, que la situación del adolescente AYSP se encuentra dentro del contexto de violencia intrafamiliar.

El Defensor de Familia del Centro Zonal La Floresta Regional Santander manifestó que el problema de adicción a las drogas del adolescente AYSP: “se debe a un entorno familiar hostil, sin armonía, tolerancia y respeto en el cual se aprecia la carencia de afecto de la progenitora hacia su hijo; se trata de una familia recompuesta en donde unos y otros se expresan inadecuadamente, la autoridad es ejercida de manera permisiva e inadecuada. Los anteriores hechos son conductas típicas de maltrato infantil.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado - expediente No. 11001030600020130041700-, al resolver un conflicto de competencias similar, señaló en síntesis: “*En esa medida, para que un evento como el que nos ocupa deba ser conocido por las comisarías de familia, basta con que se incube, se genere, se propicie y/o se agrave en una atmosfera o entorno de violencia intrafamiliar que afecte a los niños, las niñas o los adolescentes*”.

A este respecto, la Sala encuentra que la competencia para adelantar y llevar hasta su culminación las presentes diligencias, radica en la Comisaría de Familia La Floresta de Barrancabermeja.

Finalmente, vale la pena señalar que el inciso 4° del artículo 7° del Decreto 4840 de 2007 estableció: “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

²⁰ Artículo 16. El artículo 4° de la Ley 294 de 1996, modificado por el artículo 1° de la Ley 575 de 2000 quedará así:

“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”.

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”. Así, en el presente caso está claro que el Defensor de Familia Centro Zonal La Floresta explicó la improcedencia de la ubicación en hogar sustituto y como medida provisional de restablecimiento de derechos ordenó una medida de “Internado Protección No Privativo de la Libertad operado por la Fundación Revivir”, con atención médica pertinente y ordenó adolescente el traslado del expediente a la Comisaría de Familia La Floresta, hecho este último que no puede servir a la Comisaría para negarse a asumir competencia porque es precisamente la norma la que le impone el estudio de los casos de violencia intrafamiliar.

Con la declaración de competencia de la Comisaría, la Sala también oficiará a la Coordinación del Centro Zonal La Floresta para solicitarle que su despacho preste a la Comisaría el apoyo del equipo interdisciplinario que sea requerido con fundamento en el principio constitucional de colaboración entre las autoridades públicas.

4. Términos legales

Cabe precisar finalmente que el procedimiento especialmente regulado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, para que la Sala de Consulta y Servicio Civil decida los conflictos de competencias que pudieren ocurrir entre autoridades administrativas, obedece a la necesidad de definir en toda actuación administrativa la cuestión preliminar de la competencia. Puesto que la Constitución prohíbe a las autoridades actuar sin competencia, so pena de incurrir en responsabilidad por extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6o.), y el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 prevé que la expedición de actos administrativos sin competencia dará lugar a su nulidad, mientras no se determine cuál es la autoridad obligada a conocer y resolver, no corren los términos previstos en las leyes para que decidan los correspondientes asuntos administrativos.

Debido a estas razones de orden constitucional y legal, mientras la Sala de Consulta y Servicio Civil dirime la cuestión de la competencia no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones. De ahí que, conforme al artículo 39, “mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”²¹. El artículo 33, vigente en la actualidad, del anterior Código Contencioso Administrativo (CCA), relativo al funcionario sin competencia, dispone que “el funcionario a quien se hizo la petición deberá enviar el escrito, dentro del mismo término (10 días), al competente, y los términos establecidos para decidir se ampliarán en diez (10)

²¹ La remisión al artículo 14 del CPACA ha de entenderse que se refiere a los artículos 6º, 22 y 25 del Decreto Ley 01 de 1984, anterior Código Contencioso Administrativo - CCA. En aplicación del concepto No. 2243 emitido por la Sala el 28 de enero de 2015 que dispuso “De esta manera, la Sala concluye que, a partir del 1º de enero de 2015, revivieron los capítulos II, III, IV, V, VI y las normas pertinentes del capítulo VIII del CCA, denominados “Del derecho de petición en interés general”, “Del derecho de petición en interés particular”, “Del derecho de petición de informaciones”, “Del derecho de formulación de consultas”, “De las actuaciones administrativas iniciadas en cumplimiento de un deber legal” y “Normas comunes a los capítulos anteriores”, respectivamente, interpretados conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre tales materias.”

días”. Por esta misma razón, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que “[I]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, en la parte resolutive se declarará que en el presente asunto los términos que se hallaren suspendidos se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de la presente decisión.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar competente a la Comisaría de Familia de La Floresta del municipio de Barrancabermeja para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos del adolescente AYSP.

SEGUNDO: Enviar la actuación a la Comisaría de Familia de La Floresta del municipio de Barrancabermeja para lo de su competencia.

TERCERO: Comunicar la presente decisión a la Defensoría de Familia - I.C.B.F. - Regional Santander Centro Zonal La Floresta, Comisaría de Familia de La Floresta del municipio de Barrancabermeja y a la señora Yumaira Puello Hernández.

CUARTO: Oficiar a la Coordinación del Centro Zonal La Floresta para que preste a la Comisaría el apoyo del equipo interdisciplinario que se requerido.

QUINTO: Los términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que se comunique la presente decisión.

La anterior decisión se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Comuníquese y cúmplase

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Álvaro Namén Vargas, Presidente de la Sala. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

4. Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial.

Radicado 2015-00020

Fecha: 05/05/2015

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el artículo 112, numeral 10, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, procede a decidir sobre el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría General de la Nación- Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral, respecto de la autoridad competente para decidir el recurso de apelación interpuesto en contra de la providencia dictada por el Juez Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual ordenó el archivo definitivo de las diligencias preliminares dentro del proceso disciplinario promovido en contra del Secretario de ese Despacho Judicial.

I. Antecedentes

El abogado Israel Antonio Gómez Buitrago promovió queja disciplinaria en contra del Secretario del Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá, señor Gonzalo Torres Valero, por negar injustificadamente el acceso a un expediente en préstamo, lo que según el quejoso *“implicó desconocimiento del derecho que los abogados inscritos tienen de consultar los expedientes que cursan ante los despachos judiciales siempre que no exista reserva”*.

Mediante fallo de fecha 4 de marzo de 2014, el Juez Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá resolvió abstenerse de iniciar investigación disciplinaria en contra del Secretario de ese Despacho y, en consecuencia, ordenó el archivo definitivo de la indagación preliminar.

En contra de la anterior decisión, el quejoso interpuso recurso de apelación; mediante auto del día 21 de marzo de 2014 el Juez Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá decidió conceder el recurso y remitir las diligencias a la Procuraduría General de la Nación, el cual correspondió por reparto a la Procuraduría Primera Delegada Distrital.

Así las cosas, el 29 de mayo de 2014 el Procurador Primero Distrital resolvió remitir el expediente por competencia al Tribunal Superior de Bogotá.

El 4 de agosto de 2014, el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá – Sala Plena decidió *“abstenerse de resolver el recurso de apelación interpuesto por el quejoso Israel Antonio Gómez Buitrago, por carecer de competencia”*. Y en consecuencia,

ordenó remitir las diligencias a la Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial.

La Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial en providencia del 16 de septiembre de 2014 manifestó no ser competente para resolver el recurso de apelación, con base en la decisión de esta Sala, de fecha 13 de agosto de 2013, radicación 2013-000207, que rectificó pronunciamientos anteriores en materia de competencias disciplinarias respecto de empleados de la Rama Judicial, precisó que la intervención de la Procuraduría corresponde solamente al ejercicio del poder preferente y que la segunda instancia de las actuaciones administrativas disciplinarias adelantadas contra los empleados judiciales son de competencia del superior funcional.

Se refirió a la decisión del 14 de mayo de 2014 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia según la cual en la Rama Judicial existe el superior funcional y no el jerárquico; al quedar superadas las dudas respecto de las competencias en actuaciones disciplinarias, el conocimiento del presente caso corresponde al superior funcional del Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá.

En consecuencia resolvió remitir las diligencias al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para lo de su conocimiento.

Finalmente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral, resolvió mediante auto del 22 de septiembre de 2014, remitir las diligencias a esta Sala para dirimir el conflicto negativo de competencias administrativas.

II. Trámite

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto. Consta también que se informó sobre el presente conflicto al doctor Israel Gómez Buitrago, a la Juez Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá, al Secretario del Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá, a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial de la Procuraduría General de la Nación, al doctor Miller Esquivel Gaitán Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral y a la secretaria del Tribunal Superior de Bogotá. De acuerdo con los informes de la Secretaría de la Sala, dentro del término legal allegó alegatos escritos el Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial.

III. Argumentos de las partes e interesados

Dentro de la actuación, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial de la Procuraduría General de la Nación presentó sus respectivos alegatos, las demás partes guardaron silencio.

De la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial

Se remitió a la rectificación de doctrina que hizo la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en providencia del 13 de agosto de 2013, radicación 2013-000207, al concluir que la función disciplinaria respecto de los empleados de la Rama Judicial es de competencia de las autoridades de la misma Rama y que la Procuraduría General de la Nación solo interviene en ejercicio de su excepcional poder preferente. Concluyó que el superior inmediato del Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá es el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

IV. Consideraciones

Advertencia previa

La Sala, en los pronunciamientos del 13 de agosto de 2013 y del 25 de agosto de 2014, especialmente, de manera extensa estructuró su criterio en torno a las competencias en los procesos disciplinarios que puedan seguirse a empleados de la Rama Judicial, a partir del artículo 82 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, y de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

En decisión del 3 de octubre de 2014²² se hizo una síntesis de los argumentos contenidos en las precedentes decisiones, la cual se incorpora como sustentación del presente pronunciamiento dada su pertinencia respecto de los criterios bajo los cuales las autoridades involucradas han negado su competencia.

Competencia

Del análisis hecho en la providencia del 25 de agosto de 2014²³, sobre la competencia de la Sala y las competencias de las autoridades en los procesos disciplinarios que se adelanten contra empleados de la Rama Judicial, se destaca:

a. Competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil en los procesos disciplinarios relacionados con empleados de la Rama Judicial

El procedimiento disciplinario general contenido en el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, regula los conflictos de competencia que se presenten entre las autoridades que conocen de una actuación disciplinaria en cualquiera de sus instancias, así:

“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.

22 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conflicto negativo de competencias entre la Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial y la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, Radicación 11001 03 06 000 2014 00118 00.

23 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conflicto negativo de competencias entre Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal, y Procuraduría General de la Nación, Rad. No. 11001-03-06-000-2014-00006-00

“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”. (Se subraya).

Explica la Sala que cuando las autoridades en conflicto no tienen superior común, el artículo 82 transcrito es inaplicable y, por consiguiente, le corresponde al Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, ejercer su función general de resolver los conflictos de competencias administrativas que se presenten entre dos o más autoridades, entidades u organismos del Estado en ejercicio de funciones administrativas, conforme a los artículos 2° (primer inciso), 39 (primer inciso) y 112 (inciso tercero, numeral 10) del CPACA. En efecto, dicen las normas en cita:

“Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades. (...)”

“Artículo 39. Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional... En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales... conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado”.

“Artículo 112. (...) La Sala de Consulta y Servicio Civil tendrá las siguientes atribuciones:

“(...) 10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.”

Específicamente el artículo 39 del CPACA establece como requisitos para la competencia de esta Sala, que el conflicto, negativo o positivo, se plantee entre dos autoridades del nivel nacional o una del nivel nacional y una entidad territorial, dentro de una actuación particular y concreta que tenga naturaleza administrativa.

De acuerdo con los antecedentes, el presente conflicto de competencias se planteó entre la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Delegada para la Vigilancia

Judicial y la Policía Judicial, órgano autónomo de control, del orden nacional, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Circuito de Bogotá, Sala Plena, que forma parte de la Rama Judicial y, por ende, es también del nivel nacional. La actuación de que se trata es disciplinaria y por lo tanto es de naturaleza administrativa. Entonces, desde el punto de vista de su competencia, la Sala encuentra reunidos los requisitos legales para resolver de fondo el conflicto propuesto.

b. El ejercicio de funciones administrativas en la Rama Judicial

Es criterio reiterado de la Sala que la autonomía constitucional de la Rama Judicial se refiere tanto al ejercicio de su función de administrar justicia como a su organización interna y a la gestión de sus recursos. Sobre este último ámbito, el pronunciamiento del 25 de agosto de 2014 atrás citado se refirió *in extenso* a las disposiciones de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, en las cuales se regulan las funciones administrativas del Consejo Superior de la Judicatura y las de las demás corporaciones y órganos colegiados y unitarios que integran la Rama Judicial.

Recordó la Sala que en la decisión del 13 de agosto de 2013²⁴, explicó la organización jerarquizada de la Rama Judicial, acorde con las disposiciones constitucionales y el artículo 11 de la citada Ley 270²⁵; y se refirió a las “*dos categorías de superioridad jerárquica*” que se predicán de los funcionarios judiciales, en los términos del inciso segundo del artículo 5^a de la mencionada Ley 270:

“Artículo 5º. Autonomía e independencia de la Rama Judicial. La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia.

“Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias.” (Se resalta).

Disposición de la cual infirió la Sala que “*no es lo mismo un superior en el orden jurisdiccional que un superior en el orden administrativo, aunque con frecuencia*

24 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, agosto 13 de 2013, Rad. N° 11001-03-06-000-2013-000207-00. Conflicto Sala Civil Laboral del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo y Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Regional de Boyacá. Autoridad competente para resolver recusación contra Juez Promiscuo Municipal de La Uvita (Boyacá), en proceso disciplinario adelantado contra la Secretaria del juzgado.

25 L. 270/96, Art. 11. Modificado por el Art. 4, Ley 1285 de 2009: “La Rama Judicial del Poder Público está constituida por: I. Los órganos que integran las distintas jurisdicciones: a) De la Jurisdicción Ordinaria: 1. Corte Suprema de Justicia. 2. Tribunales Superiores de Distrito Judicial. 3. Juzgados civiles, laborales, penales, penales para adolescentes, de familia, de ejecución de penas, de pequeñas causas y de competencia múltiple, y los demás especializados y promiscuos que se creen conforme a la ley;/ b) De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: 1. Consejo de Estado 2. Tribunales Administrativos 3. Juzgados Administrativos / c) De la Jurisdicción Constitucional: 1. Corte Constitucional; / d) De la Jurisdicción de Paz: Jueces de Paz. / 2. La Fiscalía General de la Nación./ 3. El Consejo Superior de la Judicatura./ Parágrafo 1º. La Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, tienen competencia en todo el territorio nacional. Los Tribunales Superiores, los Tribunales Administrativos y los Consejos Seccionales de la Judicatura tienen competencia en el correspondiente distrito judicial o administrativo. Los jueces del circuito tienen competencia en el respectivo circuito y los jueces municipales en el respectivo municipio; los Jueces de pequeñas causas a nivel municipal y local./ Los jueces de descongestión tendrán la competencia territorial y material específica que se les señale en el acto de su creación. / Parágrafo 2º. El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional. / Parágrafo 3º. En cada municipio funcionará al menos un Juzgado cualquiera que sea su categoría. / Parágrafo 4º. En las ciudades se podrán organizar los despachos judiciales en forma desconcentrada.”

tales calidades confluyan en un mismo servidor o en una misma corporación de la Rama Judicial...”. A lo cual agregó:

“Esta distinción la confirma también el hecho de que en el campo administrativo o gubernativo de la Rama Judicial existen órganos, dependencias y empleados que carecen de la facultad de administrar justicia. Allí se ubican, por ejemplo, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las salas administrativas de los consejos seccionales de la judicatura y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con sus respectivas dependencias, seccionales y empleados.

Tales órganos y empleados pueden ser superiores de empleados y funcionarios judiciales, aunque no laboren en sus mismas dependencias, para ciertos asuntos o tareas administrativas específicas, como en lo referente a la carrera judicial, o a la definición de los horarios y condiciones físicas y operativas para la prestación del servicio al público, entre otros, sin que tengan sobre dichos empleados y funcionarios, en el desempeño de sus deberes jurisdiccionales, facultades de control, revisión, tutela, supervisión o alguna otra que denote superioridad jerárquica en el ámbito funcional.”

La decisión de agosto de 2013, en comento, enlistó las disposiciones que en la Ley 270 de 1996 regulan trámites administrativos internos y expresó:

“c. Conclusiones. Como se deduce de las normas citadas, la ley prevé que tanto los empleados como los funcionarios judiciales, es decir, los jueces, magistrados y fiscales, tengan superiores en el plano funcional y también en el campo administrativo, calidades que algunas veces coinciden y otras no en las mismas personas o corporaciones.

El análisis de las mismas normas permite inferir, igualmente, que los superiores administrativos o “jerárquicos” de los jueces y magistrados son sus respectivos nominadores, por regla general, pues a estos compete la mayor parte de funciones administrativas y las más importantes en relación con aquellos, si bien en algunos casos y para ciertos fines específicos, la ley señala otros superiores administrativos.” (La subraya es del original).

c. Las competencias en los procesos disciplinarios contra empleados judiciales

El artículo 125 de la Ley 270 de 1996 clasifica los servidores de la Rama Judicial en funcionarios y empleados. Son funcionarios *los magistrados de las Corporaciones Judiciales, los Jueces de la República y los Fiscales*”, y empleados *“las demás personas que ocupen cargos en las Corporaciones y Despachos Judiciales y en los órganos y entidades administrativas de la Rama Judicial”*.

El conflicto que ahora ocupa a la Sala está planteado dentro del proceso disciplinario que se sigue a un empleado judicial, al igual que en los conflictos resueltos en agosto de 2013 y agosto de 2014, por lo cual el análisis se centra en la

normatividad aplicable a esta categoría de servidores judiciales. Así pues, dispone el artículo 115 de la Ley 270 de 1996:

“Artículo 115. Competencia de otras corporaciones, funcionarios y empleados judiciales. Corresponde a las Corporaciones, funcionarios y empleados pertenecientes a la Rama Judicial, conocer de los procesos disciplinarios contra los empleados respecto de los cuales sean sus superiores jerárquicos, sin perjuicio de la atribución que la Constitución Política confiere al Procurador General de la Nación de ejercer preferentemente el poder disciplinario, conforme al procedimiento que se establezca en leyes especiales.

“En el evento en que la Procuraduría General de la Nación ejerza este poder sobre un empleado en un caso concreto desplaza al superior jerárquico.

“Las decisiones que se adopten podrán ser impugnadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, previo agotamiento de la vía gubernativa, en cuyo evento los respectivos recursos se tramitarán conforme con el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo”.

Sobre el artículo transcrito dijo la Sala en la invocada decisión del 25 de agosto del 2014:

“Esta disposición fija expresamente en los “superiores jerárquicos” de los empleados judiciales la competencia para conocer en primera instancia de los procesos disciplinarios contra ellos. Aunque no señala en forma explícita quién es el competente para tramitar la segunda instancia, sí lo hace de manera indirecta, al remitir al artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, vigente a la sazón, el cual disponía que el “inmediato superior administrativo” era quien debía resolver el recurso de apelación que se interpusiera contra un acto administrativo de carácter definitivo.”

El C.C.A, fue derogado por la Ley 1437 de 2011; pero para efectos de la remisión ordenada en el artículo 115 de la Ley 270, corresponde y es pertinente la aplicación del artículo 74 de la misma Ley 1437:

“Artículo 74. Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.

2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.

“(…)

3. El de queja, cuando se rechace el de apelación.

“El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.

“(...)”. (Subraya la Sala).

Sobre la norma transcrita, dijo la Sala en la decisión del 25 de agosto del 2014:

“d. Puesto que el artículo 74 del CPACA se refiere al “superior administrativo o funcional”, en tanto que el artículo 50 del CCA aludía solamente al “superior administrativo”, es necesario indagar sobre la razón que explique dicho cambio. No se ha encontrado ninguna explicación al respecto en las actas de la Comisión Redactora del CPACA. Sin embargo el doctor Enrique Arboleda Perdomo, quien fue miembro de la citada Comisión, expone lo siguiente en sus “Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”²⁶:

“Recurso de apelación. El recurso de apelación busca que el superior del funcionario que adoptó la decisión la revise, para que la reforme o revoque. La ley determina que el superior puede ser el administrativo, para englobar todo tipo de jerarquía, o el funcional, englobando con este término aquellos organismos que no pertenecen a la misma entidad que profirió el acto, pero que tienen como función la de definir el recurso de apelación contra ciertas decisiones de otras autoridades. A manera de ejemplo se puede citar la competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para desatar los recursos contra los actos que resuelven los reclamos contra las empresas por ella vigiladas²⁷”.

“A partir de este razonamiento, al concordar el artículo 115 de la Ley 270 de 1996 con el artículo 74 del CPACA se llega a la conclusión de que el funcionario o corporación competente para conocer en segunda instancia de los procesos disciplinarios contra empleados judiciales es aquel o aquella que tenga el carácter de superior administrativo o funcional del empleado o funcionario que haya tramitado o adelante el proceso en primera instancia.

“e. Dado que el control disciplinario sobre los empleados judiciales es una función netamente administrativa, y que la Rama Judicial cuenta con una estructura orgánica claramente jerarquizada, el superior inmediato que debe tramitar la segunda instancia en esta clase de procedimientos no podría ser el funcional sino el administrativo, que por regla general y en virtud de su autonomía, debe encontrarse al interior de la misma Rama. Solo excepcionalmente, cuando dicho superior administrativo en definitiva no exista, sería necesario acudir a un superior ajeno a la Rama Judicial, para así garantizar el principio de la doble instancia en los procedimientos disciplinarios, como más adelante se explicará. (...).

²⁶ ARBOLEDA Perdomo, Enrique. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2ª edición. Editorial Legis, Bogotá, 2013, p. 125.

²⁷ “[32] Ver artículo 159 de la Ley 142 de 1994”.

“i. Como se explicó en el acápite anterior, los funcionarios judiciales, incluyendo los jueces y los magistrados, tienen superiores jerárquicos en el campo administrativo.

A este respecto la regla general, aunque no absoluta, es que el superior jerárquico de los funcionarios judiciales es su nominador, si bien en algunos casos y para ciertos fines específicos la ley habilita a otros funcionarios o corporaciones para actuar como superiores del respectivo funcionario judicial. Esta regla general obedece, a juicio de la Sala, a que la potestad que con mayor intensidad y claridad denota una superioridad jerárquica al interior de cualquier empresa, entidad u organización, pública o privada, es la facultad de nombrar o designar a un empleado, separarlo de su cargo, aceptar su retiro y nombrar su reemplazo en forma provisional o definitiva.

“Se colige por lo tanto que, cuando el artículo 74 del CPACA, aplicable a estos procedimientos por la remisión que ordena el artículo 115 de la Ley 270 de 1996, se refiere al “inmediato superior administrativo”...”

En el pronunciamiento de agosto de 2014, concluyó la Sala:

“Si se acepta que el competente para conocer de los recursos de apelación contra las decisiones que adoptan los jueces al calificar los servicios de los empleados judiciales de sus despachos, es el respectivo tribunal superior, en su calidad de nominador y, como tal, superior jerárquico-administrativo de aquellos funcionarios, no es congruente sostener que el mismo tribunal no es competente para conocer en segunda instancia de las decisiones que en materia disciplinaria tomen dichos jueces contra los mismos empleados. Ocurre que las funciones en consideración son igualmente administrativas, y que las normas que regulan ambas situaciones no especifican quién es el superior jerárquico de dichos jueces, pues se limitan a señalar que contra las decisiones adoptadas por ellos en estos ámbitos proceden los recursos previstos en el CCA (hoy, en el CPACA), como sucede con los artículos 115 y 171 de la Ley 270 de 1996, o simplemente señalan que la segunda instancia corresponde al respectivo “superior jerárquico”, ante quien se ejerce un recurso de apelación, que por ello también se denomina recurso “jerárquico”.

k. Resalta la Sala que si se acogiera el criterio de que los jueces y magistrados no tienen superiores jerárquicos en asuntos administrativos, no habría entonces quién resolviera sobre las comisiones de servicios solicitadas por dichos funcionarios (artículo 136 de la Ley 270 de 1996), ni quién propusiera y diera el visto bueno para el otorgamiento de “comisiones especiales” a los mismos (artículo 139 ibídem), pues las normas citadas establecen que tales atribuciones corresponden al “superior” o al “superior jerárquico” del respectivo funcionario judicial, sin especificar en concreto quién es dicho superior. Tampoco podrían resolverse los recursos de apelación contra las calificaciones insatisfactorias de jueces y magistrados a los empleados judiciales de sus despachos en desarrollo de la normas de carrera judicial (artículo 171 de la Ley Estatutaria), porque habría que concluir, con la tesis que se rebate, que tales decisiones no son susceptibles de impugnación mediante el recurso de alzada, pues dichos funcionarios no tendrían superior jerárquico.

1. Finalmente se observa que no cabe atribuir a la Procuraduría General de la Nación la titularidad de una competencia genérica para conocer en segunda instancia de las decisiones disciplinarias que adopten los jueces y magistrados, esgrimiendo el argumento de que la Rama Judicial no tiene una estructura jerárquica que permita “preservar la garantía de la doble instancia”, según reza el primer inciso del artículo 76 citado. Tampoco es cierto que en la misma Rama “no sea posible organizar la segunda instancia”, condición a partir de la cual asumiría competencia para conocer de dicha instancia “el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia”. (Inciso 3º de la misma norma).

Ni lo uno ni lo otro, pues en la Rama Judicial la segunda instancia está garantizada, en casi la totalidad de los casos, precisamente gracias a su estructura organizacional. Esta circunstancia descarta la injerencia del Ministerio Público en los asuntos disciplinarios propios de la Rama, salvo en los casos excepcionales antes señalados, o cuando dicho órgano actúe en ejercicio de su poder preferente, todo lo cual es acorde con los principios de autonomía judicial y de administración independiente de la Rama.”

3. El caso concreto

Como se expuso en los antecedentes, el proceso disciplinario contra Gonzalo Torres Valero fue tramitado hasta el fallo de primera instancia, por el Juez Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá, quien era el superior jerárquico inmediato, pues lo nombró en su despacho como Secretario y tenía la potestad de asignar, supervisar y controlar sus funciones y tareas, así como de ejercer, en general, las responsabilidades, deberes y atribuciones que les corresponde a los jefes en relación con sus subalternos.

Ahora bien, en punto a la segunda instancia la Ley Estatutaria establece que los jueces de cada distrito judicial son elegidos por la sala plena del respectivo Tribunal Superior, motivo por el cual tales corporaciones, en su condición de nominadoras de los referidos funcionarios judiciales, deben considerarse como sus superiores jerárquicos para efectos administrativos-disciplinarios.

Por todo lo expuesto la Sala declarará competente, para resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Israel Gómez Buitrago, a la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Corporación que en su calidad de nominadora del Juez Veinticinco Civil del Circuito de esta ciudad, es su superior jerárquico desde el punto de vista administrativo.

4. Definición de competencia y términos legales

Cabe precisar finalmente que el procedimiento especialmente regulado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, para que la Sala de Consulta y Servicio Civil decida los conflictos de competencias que pudieren ocurrir entre autoridades administrativas, obedece a la necesidad de definir en toda actuación administrativa

la cuestión preliminar de la competencia. Puesto que la Constitución prohíbe a las autoridades actuar sin competencia, so pena de incurrir en responsabilidad por extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6o.), y el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 prevé que la expedición de actos administrativos sin competencia dará lugar a su nulidad, mientras no se determine cuál es la autoridad obligada a conocer y resolver, no corren los términos previstos en las leyes para que decidan los correspondientes asuntos administrativos.

Debido a estas razones de orden constitucional y legal, mientras la Sala de Consulta y Servicio Civil no dirima la cuestión de la competencia no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones. De ahí que, conforme al artículo 39, *“mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”*²⁸. El artículo 33, vigente en la actualidad, del anterior Código Contencioso Administrativo (CCA), relativo al funcionario sin competencia, dispone que *“el funcionario a quien se hizo la petición deberá enviar el escrito, dentro del mismo término (10 días), al competente, y los términos establecidos para decidir se ampliarán en diez (10) días”*. Por esta misma razón, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que *“[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”*.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos que se hallaren suspendidos se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que la presente decisión sea comunicada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar que la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Israel Gómez Buitrago contra la providencia del 4 de marzo de 2014, mediante la cual el Juez Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá resolvió abstenerse de iniciar investigación disciplinaria en contra del señor Gonzalo Torres Valero y ordenó el archivo definitivo de la indagación preliminar No. 2013-00677.

SEGUNDO. Remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Plena, por intermedio de su Presidente, para que continúe la actuación.

²⁸ La remisión al artículo 14 del CPACA ha de entenderse que se refiere a los artículos 6º, 22 y 25 del Decreto Ley 01 de 1984, anterior Código Contencioso Administrativo – CCA. En aplicación del concepto No. 2243 emitido por la Sala el 28 de enero de 2015 que dispuso *“De esta manera, la Sala concluye que, a partir del 1º de enero de 2015, revivieron los capítulos II, III, IV, V, VI y las normas pertinentes del capítulo VIII del CCA, denominados “Del derecho de petición en interés general”, “Del derecho de petición en interés particular”, “Del derecho de petición de informaciones”, “Del derecho de formulación de consultas”, “De las actuaciones administrativas iniciadas en cumplimiento de un deber legal” y “Normas comunes a los capítulos anteriores”, respectivamente, interpretados conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre tales materias.”*

TERCERO. Comuníquese esta decisión, con copia de la providencia, a la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá y a los señores Israel Gómez Buitrago y Gonzalo Torres Valero.

CUARTO. Los términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa disciplinaria en referencia se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de la presente decisión.

La anterior decisión se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Comuníquese y cúmplase

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Álvaro Namén Vargas, Presidente de la Sala. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

5. Personería de Bogotá y Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá.

Radicado 2015-00049

Fecha: 02/06/2015

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, pasa a resolver el conflicto negativo de competencias de la referencia, en relación con la entidad competente para adelantar una investigación disciplinaria contra funcionarios de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. EEB-ESP, como consecuencia de los hallazgos fiscales encontrados por la Contraloría Distrital de Bogotá D.C. para los años 2012 y 2013.

I. Antecedentes

Con base en la información relacionada por las entidades de la referencia, se exponen a continuación los antecedentes que dan origen al presente conflicto:

1. La Contraloría Distrital de Bogotá D.C., dentro del Plan de Auditoría Distrital, efectuó visita a la Empresa de Energía de Bogotá S.A. EEB-ESP, con el objeto de evaluar el proceso de incorporación y retiro de empleados durante el primer semestre de 2013 y evaluar la inversión de recursos en publicidad durante la vigencia 2012.

2. De la anterior visita, la Contraloría Distrital detectó tres hallazgos administrativos con “posible incidencia disciplinaria”, razón por la cual ofició a la Procuraduría General de la Nación para que iniciara la respectiva investigación.

3. El 30 de julio de 2013, la Procuraduría Segunda Distrital remitió por competencia las diligencias a la Personería Distrital de Bogotá, por considerar que los artículos 2º, 3º (inciso 4º) y 69 (inicos3º) de la Ley 734 de 2002 establecen la competencia preferente de las personerías distritales y municipales respecto de la administración distrital o municipal ante la cual ejercen como ministerio público.

4. El 12 de junio de 2014, la Personería Distrital de Bogotá – delegada para Asuntos Disciplinarios III-, comisionó a uno de sus funcionarios para que adelantara la correspondiente investigación disciplinaria.

5. El funcionario de la Personería de Bogotá, encargado de la investigación, mediante auto remitisorio 585 de 12 de junio de 2014 devolvió por competencia las diligencias a la Procuraduría General de la Nación, por las siguientes razones:

“Teniendo en cuenta que la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. ESP es una empresa de servicios públicos mixta de carácter descentralizado del orden Distrital,

se debe atender lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 142 de 1994, según el cual “las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta ley”. La EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. ESP está sujeta a las normas del derecho privado.... Con base en lo anterior podemos concluir que este despacho no es competente para proferir ningún pronunciamiento al respecto, es así que con fundamento en las normas anteriormente enunciadas y de acuerdo a las leyes que rigen la materia; los servidores de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. ESP por ser trabajadores privados se les aplica el Código Sustantivo del Trabajo” (fl.20 a 24)

6. El 26 de agosto de 2014 la Procuraduría Segunda Distrital devolvió nuevamente por competencia las diligencias a la Personería Distrital de Bogotá, por considerar que quienes prestan servicios a sociedades de economía mixta son servidores públicos y como consecuencia no pueden ser tenidos como particulares. Al respecto manifestó:

“En síntesis puede decirse que la razón de la devolución es la condición particular de los posibles implicados. No obstante, esta lectura no consulta la precisión que, en torno a la calidad que ostentan quienes prestan servicios a las sociedades de economía mixta, ha efectuado la jurisprudencia constitucional. Nos referimos concretamente al estudio que sobre este particular efectúa la sentencia C-338 del 2011.

En dicha providencia, entre otros aspectos que habrá de tener en cuenta si a bien lo tiene el órgano distrital del Ministerio Público al momento de profundizar en la pretensión de avanzar con la indagación, queda claro que, a pesar de la sujeción al derecho privado de las sociedades de economía mixta y de la posibilidad de contratar su personal mediante contrato de trabajo, quienes presten sus servicios a aquéllas tienen calidad de servidores públicos. Ello, teniendo en cuenta, en primer término, que el artículo 123 constitucional prescribe que son servidores públicos no solo los empleados del nivel central de la administración, sino también quienes laboran en sus entidades descentralizadas, y en segundo lugar, que los artículos 38, 68 y 97 de la Ley 489 de 1997 contemplan a las sociedades de economía mixta como entidades de tal naturaleza (descentralizadas)”

7. El 13 de noviembre de 2014 la Delegada para Asuntos Disciplinarios III de la Personería de Bogotá, promovió el conflicto negativo de competencias ante la Procuraduría General de la Nación, por las siguientes razones:

“Esta Personería no es competente para adelantar la actuación disciplinaria, basado en uno de los apartes del concepto 1192 de 1999 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, según el cual la Personería carece de competencia para abrir investigaciones respecto de las personas que laboran en EMGESA S.A. y CODENSA S.A. ESP, por tratarse de empresas de servicios públicos mixtos, sobre cuyo personal no recae su competencia disciplinaria, salvo respecto de conductas anteriores

sobre las que la Personería tenga la potestad. Igualmente están excluidas las actuaciones de quienes laboran en la EEB a partir de su transformación. (...) Los servidores de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ por tratarse de una empresa de servicios públicos mixta, este despacho no es competente para proferir ningún pronunciamiento al respecto”.

8. El 19 de febrero de 2015 la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa “remitió por competencia” a la Sala de Consulta y Servicio Civil, el conflicto negativo de competencias para que este sea resuelto.

II. Trámite

En el folio 98 consta que se informó sobre el conflicto planteado a la Empresa de Energía de Bogotá S.A. EEB ESP, a la Procuraduría General de la Nación, a la Personería de Bogotá, a la Contraloría General de la República, a la Contraloría Distrital de Bogotá, a la Procuraduría Segunda Distrital, a la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa y al doctor Henry Navarro. Además, el conflicto de la referencia permaneció fijado mediante edicto en la Secretaría de esta Corporación por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011. Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado por el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011.

III. Argumentos de las partes

Dentro de la oportunidad correspondiente intervinieron la Contraloría de Bogotá, la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. y la Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá, quienes manifestaron lo siguiente:

1. Contraloría de Bogotá

Menciona que la Contraloría efectuó una visita fiscal a la Empresa de Energía de Bogotá S.A. EEB-ESP con el objeto de evaluar el proceso de incorporación y retiro de empleados durante el primer semestre de 2013 y evaluar la inversión de recursos en publicidad durante la vigencia 2012.

Que de dicha visita, se hallaron conductas disciplinables previstas en el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), que conllevan incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses y que obligaron dar traslado a la Procuraduría General de la Nación o al Personero, para que sean ellos quienes determinen algún tipo de responsabilidad. Concluye que su función se limita a presentar la denuncia pero no a valorar los hechos, y que por este motivo se atiene a la decisión del Despacho.

2. Empresa de Energía de Bogotá

Señala que debe declararse la falta de competencia del Ministerio Público para investigar las faltas disciplinarias derivadas de la visita fiscal, porque la naturaleza de la Empresa de Energía de Bogotá es la de una sociedad por acciones, que hace parte de las empresas de servicios públicos y tiene un régimen jurídico especial previsto en la Ley 142 de 1994. Menciona que de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 142 de 1994 los servidores de las empresas de servicios públicos privadas y mixtas tienen la calidad de trabajadores particulares sometidos a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994.

Considera que la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP es una empresa de servicios públicos mixta, y le es aplicable la regla del artículo 41 de la Ley 142 de 1994 y en consecuencia todos sus servidores, incluyendo los directivos son clasificados como trabajadores particulares con vínculos laborales sometidos a las reglas del Código Sustantivo del Trabajo. Afirma que en la sentencia C-037 de 2003 de la Corte Constitucional, se señala que cuando un particular preste un servicio público, solo es disciplinable cuando *“ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado y éstas sean asignadas explícitamente por el legislador”*.

Sostiene que de acuerdo con la jurisprudencia los particulares que prestan servicios públicos no son disciplinables, salvo que en la prestación del servicio público ejerzan funciones públicas; por tanto, las actuaciones de los servidores de EEB no son expresión del ejercicio de función pública y sus actos no están sometidos a control disciplinario.

Concluye que la Personería carece de competencia para adelantar la investigación disciplinaria, con fundamento en el concepto de 5 de agosto de 1999 proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, que trata sobre el régimen de transformación, las normas aplicables en materia laboral, disciplinaria y del derecho de petición que rigen a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

3. Procuraduría General de la Nación (Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá)

Señala que no puede confundirse las nociones de contrato de trabajo con la calidad de particular, pues los trabajadores oficiales suscriben contrato de trabajo y tienen la calidad de servidores públicos. Sostiene que de acuerdo con la Sentencia C-338 de 2011, quienes prestan servicios en una sociedad de economía mixta hacen parte de la administración pública descentralizada y tienen la calidad de servidores públicos. Concluye que al tratarse de servidores públicos no *“cabe la aplicación de la regla de competencia exclusiva frente a los particulares del artículo 75 del C.U.D.”*; por tanto, al no tratarse de particulares no opera la competencia de la Procuraduría sino de la Personería Distrital. (fl.159 a161).

IV. Consideraciones

1. Competencia

El artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, relaciona, entre las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la siguiente:

“... 10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.”

Así mismo, dentro del procedimiento general administrativo, el inciso primero del artículo 39 del código en cita también estatuye:

“Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional... En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales... conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.”

Como se evidencia del análisis de los antecedentes expuestos, el conflicto de competencias se ha planteado entre dos autoridades, una del orden nacional, la Procuraduría General de la Nación y otra del orden distrital, la Personería Distrital de Bogotá.

En este aspecto es oportuno recordar que si bien las personerías municipales y distritales cumplen funciones de Ministerio Público y se encuentran bajo la dirección del Procurador General de la Nación (artículos 118 y 275 C.P y 169 de la Ley 136 de 1994), no pertenecen orgánicamente a la Procuraduría General de la Nación (artículo 2º Decreto 262 de 2000). Su regulación, presupuesto y vinculación especial con los municipios y distritos se encuentra regulada de manera general en la Ley 136 de 1994 (artículos 168 y s.s.) y, en lo que respecta a Bogotá, en el Decreto 1421 de 1993. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que los personeros no son funcionarios nacionales sino del orden local:

“El personero municipal, aun cuando puede considerarse como agente del Ministerio Público, en el sentido de que actúa o funge como tal al desarrollar funciones que pertenecen a la órbita de dicha institución, no es en sentido estricto y en los términos de los artículos 277 y 280 de la Constitución delegado inmediato, como lo son los procuradores delegados, ni agente permanente del Procurador General de la Nación ante las autoridades jurisdiccionales, no pertenece ni orgánica

*ni jerárquicamente a la estructura de la Procuraduría General de la Nación ni a la planta de personal de la misma; es un funcionario del orden municipal (...)*²⁹

De otra parte, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un punto particular y concreto, consistente en determinar cuál es la autoridad competente para iniciar un proceso disciplinario contra un empleado vinculado a una empresa de servicios públicos mixta, en este caso la Empresa de Energía de Bogotá. Se concluye, por tanto, que la Sala es competente para dirimir el presente conflicto.

2. Problema jurídico

Como ha quedado señalado, el problema jurídico que plantea el presente conflicto consiste en determinar cuál es la autoridad competente para investigar una posible falta disciplinaria contra un empleado vinculado a la Empresa de Energía de Bogotá –EEB-ESP. El conflicto se presenta porque según la Procuraduría General de la Nación los empleados vinculados a las empresas de economía mixta tienen la calidad de trabajadores oficiales y, como tal, de servidores públicos sujetos a la potestad disciplinaria del Estado; así, dada su condición de servidores públicos territoriales, la competencia disciplinaria para investigarlos sería de la Personería Distrital de Bogotá.

Por el contrario, la Personería Distrital de Bogotá considera que los empleados de las empresas de economía mixta son particulares y, en consecuencia, no son sujetos de la potestad disciplinaria del Estado, salvo que excepcionalmente cumplan funciones públicas; sin embargo, en este evento -de que cumplieran funciones públicas-, la autoridad competente para investigarlos disciplinariamente sería exclusivamente la Procuraduría General de la Nación de acuerdo con el artículo 75 de la Ley 734 de 2002.

Para resolver este conflicto, la Sala revisará entonces: (i) reparto general de competencias entre la Procuraduría General de la Nación y las Personerías, en particular la competencia exclusiva de la Procuraduría General de la Nación para investigar a particulares que cumplan funciones públicas; y (ii) la naturaleza jurídica de la Empresa de Energía de Bogotá y el régimen aplicable a sus empleados. Con base en lo anterior se resolverá el presente conflicto de competencias.

3. Reparto general de competencias entre la Procuraduría General de la Nación y las personerías

3.1 Reparto general

Como se mencionó anteriormente, de conformidad con la Constitución Política³⁰ y la ley³¹ las personerías municipales y distritales ejercen funciones de Ministerio

29 Sentencia C-223 de 1995, reiterada entre otras en Sentencia T-932 de 2012.

30 ARTICULO 118. *El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.*

31 Artículo 69 de la Ley 136 de 1994: *"Corresponde al personero municipal o distrital en cumplimiento de sus funciones de Ministerio Público la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta de quienes desempeñan funciones públicas."*

Público. En particular, sus competencias disciplinarias están reguladas de la siguiente manera en el artículo 178 de la Ley 136 de 1994 así:

“Artículo 178. Funciones. El Personero ejercerá en el municipio, bajo la dirección suprema del Procurador General de la Nación, las funciones del Ministerio Público, además de las que determine la Constitución, la Ley, los Acuerdos y las siguientes:

4. Ejercer vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas municipales; ejercer preferentemente la función disciplinaria respecto de los servidores públicos municipales; adelantar las investigaciones correspondientes acogiéndose a los procedimientos establecidos para tal fin por la Procuraduría General de la Nación, bajo la supervigilancia de los procuradores provinciales a los cuales deberán informar de las Investigaciones.

Las apelaciones contra las decisiones del personero en ejercicio de la función disciplinaria, serán competencia de los procuradores departamentales.

Parágrafo 3o. Así mismo, para los efectos del numeral 4o. del presente artículo, el poder disciplinario del personero no se ejercerá respecto del alcalde, los concejales y el contralor municipal. Tal competencia corresponde a la Procuraduría General de la Nación que discrecionalmente la puede delegar en los personeros.”

Como se observa, la competencia disciplinaria de las personerías está circunscrita a la conducta de *los servidores públicos municipales*, salvo el caso de los alcaldes, concejales y contralor municipal, la cual corresponde directamente al Procurador General de la Nación.

Esta regla de competencia se repite para el caso de Bogotá en el Decreto 1421 de 1993, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo.- 100. Veedor ciudadano. Son atribuciones del personero como veedor ciudadano:

8ª Vigilar la conducta oficial de los ediles, empleados y trabajadores del Distrito, verificar que desempeñen cumplidamente sus deberes, adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones que fueren del caso todo de conformidad con las disposiciones vigentes.”

Ahora bien, cabe señalar que esta asignación general de competencias a las personerías municipales y distritales para investigar disciplinariamente a los servidores públicos territoriales, debe interpretarse en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 734 de 2002 que disponen lo siguiente:

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.

En esa medida, como ha señalado esta Sala en anteriores oportunidades³², la competencia inicial para conocer las faltas disciplinarias de los servidores públicos corresponde a las oficinas de control disciplinario interno de las entidades para las cuales laboran, sin perjuicio de que la Procuraduría General de la Nación (en todo el territorio) o las personerías (en el nivel local) ejerzan su poder preferente y asuman el conocimiento de las respectivas investigaciones:

“Artículo 3°. 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 (...)

Las personerías municipales y distritales tendrán frente a la administración poder disciplinario preferente.”

De este modo, las personerías ejercen un poder disciplinario preferente sobre los servidores públicos *municipales o distritales* (según el caso), lo que les permite desplazar la competencia inicial que corresponde a cada entidad.

3.2 La sujeción de los particulares al estatuto disciplinario (casos excepcionales en que opera): competencia exclusiva de la Procuraduría General de la Nación para su investigación

Establecida la competencia de las personerías sobre los servidores públicos territoriales, la Sala pasa a revisar ahora en qué casos los particulares están sujetos al poder disciplinario estatal y cuál sería la autoridad competente para adelantar las respectivas investigaciones de ser aquello procedente.

En primer lugar es necesario tener en cuenta lo que establece el artículo 25 de la Ley 734 de 2002 que señala:

³² Ver por ejemplo providencia del 5 de mayo de 2015, expediente 11001-03-06-000-2015-00012-00, conflicto de competencias administrativas entre la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN y la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC.

“Artículo 25. Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código (...).”

Por su parte, el artículo 53 de la misma Ley 734 de 2002 (al que remite la norma en cita), que fue modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, establece lo siguiente sobre los casos en que los particulares son objeto del poder disciplinario del Estado:

“Artículo 53. Sujetos disciplinables. El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.” (Se resalta)

Como se observa, el primer inciso de este artículo identifica los tres eventos en que los particulares son disciplinables por el Estado: (i) cuando cumplen labores de interventoría o supervisión de contratos estatales; (ii) en los casos en que ejercen funciones públicas de manera transitoria o permanente (el inciso segundo se encarga definir este supuesto); y (iii) cuando administran recursos públicos (lo cual se desarrolla en el inciso tercero).

De este modo, como ya había señalado la Sala en una oportunidad anterior³³, mientras que en el caso de los servidores públicos la regla general es la aplicabilidad

³³ Providencia del 6 de agosto de 2014, expediente 2014-00117.

del estatuto disciplinario, frente a los particulares tal sujeción es excepcional y exige la presencia de alguno de los supuestos previstos en la ley para su activación.

Cabe destacar además para el caso *sub examine* lo dispuesto en el inciso 4º de la disposición en cita, en el cual se reitera que los particulares que prestan servicios públicos no son por regla general disciplinables salvo que “*en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas*”.

Ahora bien, en cuanto a la competencia para el ejercicio del poder disciplinario sobre los particulares, el artículo 75 de la misma Ley 734 de 2003 señala en lo pertinente lo siguiente:

“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.”

Se observa entonces que la ley reservó de manera exclusiva a la Procuraduría General de la Nación la competencia para disciplinar a los particulares en los casos en que la ley ha previsto dicha posibilidad.

Cabe resaltar también que esta competencia privativa de la Procuraduría General de la Nación comprende necesariamente:

la determinación de si el particular de que se trate es o no disciplinable por encontrarse en algunas de las hipótesis establecidas en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 anteriormente citado; y

cuando sea del caso (si se trata de un particular que cumple funciones administrativas) adelantar la respectiva investigación y, si es pertinente, imponer las sanciones disciplinarias a que hubiere lugar.

Visto este reparto general de competencias entre las personerías y la Procuraduría General de la Nación, pasa a revisarse si en el caso de los empleados de la EEB. S.A. E.S.P, nos encontramos frente a servidores públicos territoriales disciplinables por las primeras o frente a trabajadores particulares que solo podría investigar la segunda.

4. Naturaleza jurídica de la Empresa de Energía de Bogotá.

Según los documentos allegados, la Empresa de Energía de Bogotá EEB. S.A. - ESP³⁴, es una empresa de servicios públicos, constituida como sociedad anónima

³⁴ Certificado de cámara de Comercio y Escritura Pública 3.940 del 7 de diciembre de 2011 (fls. 107 a 124)

por acciones, conforme a las disposiciones de la Ley 142 de 1994. Según sus estatutos, es una sociedad con autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal y ejerce sus actividades dentro del ámbito del derecho privado como empresario mercantil de carácter sui generis, dada su función de prestación de servicios públicos domiciliarios.

Adicionalmente se allega certificado de composición accionaria (fl.125), según el cual la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP es una sociedad constituida con aportes estatales y capital privado, de carácter u orden distrital, en la cual los entes del Estado poseen más del cincuenta y uno por ciento (51%) de su capital social.

Ahora bien, la Ley 142 de 1994, *“por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”*, clasifica las empresas de servicios públicos así:

“14.5. Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”.

Se observa entonces que la EEB. S.A. - ESP es una empresa de servicios públicos mixta, de donde resulta aplicable el artículo 41 de la citada ley, en lo relacionado con el régimen laboral de sus trabajadores:

“Artículo 41. Aplicación del Código Sustantivo del Trabajo. Las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta Ley. Las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esta Ley se acojan a lo establecido en el parágrafo del artículo 17o., se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968”.

Precisamente, con base en lo anterior, esta Sala ya se había pronunciado sobre la naturaleza jurídica del régimen laboral de la EEB. S.A. - ESP y la no aplicación a sus trabajadores del estatuto disciplinario de los servidores públicos:

“Los destinatarios principales del régimen disciplinario son los servidores públicos; sin embargo la Constitución Política prevé diversas formas de vinculación de los particulares en la gestión de los asuntos públicos y en particular en materia

de servicios públicos; por ello no pierden la condición de particulares y tampoco significa que el cumplimiento de tales funciones o la prestación de servicios públicos genere el efecto de despojar al Estado de los necesarios controles sobre su prestación y del ejercicio de las responsabilidades que le son propias (...)

Como consecuencia de la normatividad jurídica vigente y de la decisión de la Corte sobre la disposición especial que regula las relaciones laborales en las empresas de servicios públicos, puede concluirse la existencia de tres regímenes, a saber:

5.1. El aplicable a las personas que presten sus servicios laborales a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, o sea, en las que exista participación de capital privado y estatal. Tienen el carácter de trabajadores particulares y están sometidas al Código Sustantivo del Trabajo.

*Esta es la situación de los trabajadores de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP y de las empresas CODENSA S.A ESP y EMGESA S.A. ESP, porque son empresas de servicios públicos mixtas; en consecuencia sus gerentes son particulares. (...)*³⁵. (Negrilla original)

Lo anterior queda ratificado con la Sentencia C-037 de 2003, en la cual se revisó la constitucionalidad de una expresión del anterior artículo 53 de la Ley 734 de 2002 que sujetaba a todos los prestadores de servicios públicos al estatuto disciplinario, la cual fue declarada exequible pero de manera condicionada, “*en el sentido de que el particular que preste el servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y éstas sean asignadas explícitamente por el legislador*”. Al respecto la referida sentencia indicó:

“De la evolución jurisprudencial que se ha destacado, se desprende entonces que el criterio esencial para determinar si un particular puede ser sujeto o no del control disciplinario, lo constituye el hecho de que este cumpla o no funciones públicas. A ello cabría agregar que una lectura sistemática de la Constitución (arts. 118, 123, 124, 256-3 y 277-5 y 6) lleva precisamente a la conclusión de que el control disciplinario fue reservado por el Constituyente para quienes cumplen de manera permanente o transitoria funciones públicas (...). Es decir que el ámbito del control disciplinario establecido por la Constitución se encuentra claramente delimitado por el ejercicio de funciones públicas sean ellas ejercidas por servidores públicos (arts. 123-1y2, 124 C.P.) o excepcionalmente por particulares (art. 123-3, 116-3, 210-2, 267-2).”

De esta manera, establecido que el poder disciplinario está reservado para quienes cumplan funciones públicas de manera permanente o transitoria, la misma Corte Constitucional aclaró que el servicio público se manifiesta en el ofrecimiento

³⁵ Concepto 1192 de 1999. Ver también Concepto 898 de 1996: “1.4. Régimen disciplinario de los particulares que laboran en las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas y privadas. En relación con las conductas que aparecen regladas y sancionadas en el Código Disciplinario, los particulares vinculados laboralmente a las empresas de servicios públicos domiciliarios no pueden ser investigados y menos sancionados. Es necesario que exista una ley que expresamente establezca un régimen que consagre las faltas que pueden imputarse a las personas en dicha situación, estatuya las reglas procesales aplicables y las pertinentes sanciones.”

de prestaciones y servicios a la sociedad, pero no comporta *per se* el cumplimiento de una función pública:

“Las anteriores referencias permiten señalar que no resulta entonces asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público. El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado (...)

En el caso de un particular que presta un servicio público la Corte ha precisado que éste se encuentra sometido al régimen especial fijado por el legislador para la prestación del servicio público de que se trate, así como al control y vigilancia del Estado. Ello no implica, sin embargo, que ese particular por el simple hecho de la prestación del servicio público se encuentre sometido al régimen disciplinario (...)

El particular que presta dicho servicio si bien se encuentra sometido a la regulación y control del Estado para asegurar el cumplimiento de los fines que en este campo ha señalado el Constituyente (arts. 67 a 71 C.P.), no cumple una función pública objeto de control disciplinario.”³⁶

Lo anterior explica entonces el condicionamiento fijado en la sentencia analizada y que hoy se encuentra en el artículo 53 de la Ley 734 de 2003 (después de la reforma introducida por la Ley 1474 de 2011), en cuanto a que, tal como ya se indicó, los particulares que prestan servicios públicos solo son objeto de la potestad disciplinaria del Estado *cuando desempeñen funciones públicas*.

5. El caso analizado

Como se ha indicado (i) los servidores de las empresas de servicios públicos mixtas son trabajadores particulares que se rigen por el derecho privado; (ii) la Ley 734 de 2003 solo se aplica a los particulares en los casos en que cumplan labores de interventoría o supervisión de contratos estatales, ejerzan funciones públicas de manera transitoria o permanente o administren recursos públicos (artículo 54 de la Ley 534 de 2002); (iii) la competencia para disciplinar a los particulares que se encuentren en alguno de los anteriores supuestos es exclusiva de la Procuraduría General de la Nación.

Por tanto, en el caso analizado, en que se discute la competencia para determinar la posible responsabilidad disciplinaria de los trabajadores de la EEB S.A.-E.S.P, la competencia corresponde exclusivamente a la Procuraduría General de la Nación (artículo 75 de la 734 de 2002), en la medida en que, como se analizó, la EEB S.A - E.S.P es una empresa de servicios públicos mixta cuyos servidores se rigen por el derecho privado.

36 Sentencia C-037 de 2003.

Como quedó dicho (infra 3.2) esta competencia privativa de la Procuraduría General de la Nación en casos como el analizado comprende:

determinar si el particular es o no disciplinable por encontrarse en algunas de las hipótesis establecidas en el artículo 53 de la Ley 734 de 2011; y si es del caso,

adelantar la correspondiente investigación e imponer las sanciones disciplinarias a que hubiere lugar.

Debe aclararse que sobre ninguno de estos dos aspectos puede pronunciarse la Sala, pues su función en materia de definición de conflictos de competencias administrativas se limita a determinar la autoridad competente para resolver una determinada actuación sin que le sea posible hacer un pronunciamiento de fondo sobre el asunto debatido. Por tanto, así como no le corresponde a la Sala señalar si se debe absolver al investigado o imponer una u otra sanción, tampoco podría analizar en casos como el debatido si el asunto es o no investigable disciplinariamente por existir o no un particular en ejercicio de funciones administrativas. Una y otra determinación son propias del ámbito de competencias que el artículo 75 de la Ley 734 de 2002 le asigna a la Procuraduría General de la Nación, según ya se explicó.

Ahora bien, frente al argumento de la Procuraduría en cuanto a que en la Sentencia C-338 de 2011 la Corte Constitucional habría establecido que los trabajadores de las sociedades de economía mixta son *servidores públicos* y que esa condición los hace *sujetos pasivos de la potestad disciplinaria del Estado*, la Sala observa que, efectivamente, ese era el argumento de la demanda para pedir la inexecutable parcial del anterior artículo 53 de la Ley 734 de 2002, que en uno de sus párrafos excluía del régimen disciplinario a “las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado”:

“Fundándose en que las personas naturales que prestan sus servicios en las sociedades de economía mixta son servidores públicos, la demandante estima que se les debe aplicar el régimen disciplinario previsto en la Ley 734 de 2002 y que, por consiguiente, es inconstitucional la exclusión de “las empresas de economía mixta que se rijan por el derecho privado” del conjunto de sujetos disciplinables contemplado en el artículo 53 de la ley citada, por contrariar el artículo 123 que les otorga la categoría de servidores públicos y el artículo 13 superior, en la medida en que sin justificación atendible les otorga un trato diferenciado a quienes laboran en las sociedades de economía mixta.

En contra de la posición esgrimida en la demanda se suele invocar la vinculación de los trabajadores a las sociedades de economía mixta mediante un régimen de derecho privado, pero la actora insiste en la condición de servidores públicos y en su fundamento constitucional y el señor Procurador General de la Nación avala en parte su criterio, por considerar que “la aplicación del derecho disciplinario surge a partir del ejercicio de la función y no del vínculo”, de manera que el servidor público, en cuanto titular genérico de funciones públicas, queda sometido al régimen disciplinario, mientras que la responsabilidad del particular que no es servidor

público “se funda en un factor objetivo y material”, cual es “el ejercicio de la función pública que le ha sido confiada, pues este ejercicio afecta el interés público y, en esa medida, supera el ámbito del derecho privado”³⁷.

No obstante, la fórmula planteada por el demandante y que ahora propone también la Procuraduría General de la Nación (sociedad de economía mixta= servidor público= aplicación del estatuto disciplinario), no es aceptada por la Corte Constitucional al considerar que si bien las sociedades de economía mixta forman parte del sector descentralizado por servicios y en ese sentido, desde un punto de vista general, sus trabajadores pueden ser considerados “servidores públicos”, tal circunstancia no determina necesariamente que el legislador deba someter a dichos servidores a la potestad disciplinaria del Estado; aclara la Corte que el legislador está habilitado, por la naturaleza de las actividades que desarrollan las sociedades de economía mixta, para sujetarlas al derecho privado y establecer que este sea también el régimen de sus trabajadores, inclusive en cuanto a la no aplicación del estatuto disciplinario:

Fluye de lo hasta aquí considerado que al establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas por servicios y al definir lo concerniente a la responsabilidad de sus trabajadores, el legislador puede tener en cuenta las características propias de cada tipo de entidad y las diferencias existentes entre ellas y que, por lo mismo, la pretensión de la actora en el sentido de que se aplique el régimen disciplinario a todos los servidores públicos, incluidos los que laboran en las sociedades de economía mixta, resulta excesiva, pues desconoce los caracteres propios de cada entidad, la potestad de configuración del legislador para definir el correspondiente régimen jurídico y, por consiguiente, lo relativo a la responsabilidad y también desconoce que, conforme se ha explicado, el concepto de servidor público es genérico y comprende varias especies, entre las cuales se encuentra el trabajador de las sociedades de economía mixta, vinculado a ellas mediante un régimen de derecho privado.

Entonces, no resulta acertada la correspondencia mecánica que la demanda establece entre la categoría de servidor público y la automática aplicación del régimen disciplinario contemplado en la Ley 734 de 2002, pues la asignación del régimen por el cual ha de regularse y hacerse efectiva la responsabilidad no es una consecuencia inexorable de la calidad de servidor público, sino que obedece a las singularidades de las diversas clases de entidades descentralizadas por servicios y a la evaluación que de esas especificidades haga el legislador, siempre de conformidad con la Carta que, como se [ha] visto, le autoriza para establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas.” (Se resalta)³⁸

37 Sentencia C-338 de 2011.

38 Sentencia C-338 de 2011: Así, concluye la sentencia: “Analizadas las características de las sociedades de economía mixta, la Corte encuentra que la exclusión de aquellas que se rijan por el régimen privado del conjunto de sujetos disciplinables definido en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 no resulta contraria al artículo 123 de la Constitución, pues es acorde con el régimen jurídico que según el artículo 210 superior le corresponde establecer al legislador y, en materia de responsabilidad, con la facultad legislativa expresamente prevista en el artículo 124 de la Carta Fundamental.”

Se observa entonces que la sentencia citada por la Procuraduría lejos de apoyar su argumento lo debilita, pues deja clara la facultad del legislador para sujetar al derecho privado a los trabajadores de las empresas con capital mixto y para excluirlos del campo de aplicación del estatuto disciplinario de los servidores públicos, salvo, claro está, cuando cumplan funciones administrativas. En cualquier caso, la asimilación que hace la Procuraduría entre sociedades de economía mixta y empresas de servicios públicos mixtas tampoco es posible, pues como lo señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-736 de 2007, el legislador puede establecer diferentes regímenes y formas organizacionales para las entidades del Estado, tal como lo hizo en la Ley 142 de 1994 al fijar las particularidades que gobiernan a las empresas de servicios públicos con participación estatal:

“5.2.1 Según se dijo ad supra, esta Corporación definió que el elemento determinante del concepto de sociedad de economía mixta es la participación económica tanto del Estado como de los particulares, en cualquier proporción, en la conformación del capital de una sociedad. En este sentido, como se recordó anteriormente, la Corte ha afirmado que “esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares”. Y en el mismo orden de ideas, en la misma providencia en cita agregó que “lo que le da esa categoría de “mixta” (a la sociedad) es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares”.

5.2.2 No obstante, después de haber estudiado los conceptos de sociedad de economía mixta y de empresa de servicios públicos, la Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente en el artículo 365 de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurren en cualquier proporción el capital público y el privado, sean “sociedades de economía mixta”. A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad.

Ahora bien, dentro de esa categoría especial diseñada por el legislador y llamada “empresa de servicios públicos”, resulta obvio que la ley puede establecer diferencias de regulación que atiendan a distintos factores o criterios de distinción, uno de los cuales puede ser el porcentaje de la participación accionaria pública presente en las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones. Estas diferencias de régimen están constitucionalmente justificadas, en cuanto hacen posibles las condiciones jurídicas que favorecen la asociación de los particulares con el Estado a fin a lograr la adecuada prestación de los servicios públicos”.

Por todo lo anterior, el asunto será remitido a la Procuraduría General de la Nación -Procuraduría Segunda Distrital- para lo de su competencia, teniendo en cuenta, como se dijo, que el artículo 75 de la Ley 734 de 2002 le asigna la competencia exclusiva

para determinar la eventual responsabilidad disciplinaria de los particulares en el caso de que llegaran a ejercer función administrativa.

6. Definición de competencia y términos legales

El procedimiento especialmente regulado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, para que la Sala de Consulta y Servicio Civil decida los conflictos de competencias que pudieren ocurrir entre autoridades administrativas, obedece a la necesidad de definir en toda actuación administrativa la cuestión preliminar de la competencia. Puesto que la Constitución prohíbe a las autoridades actuar sin competencia, so pena de incurrir en responsabilidad por extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6o.), y el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 prevé que la expedición de actos administrativos sin competencia dará lugar a su nulidad, mientras no se determine cuál es la autoridad obligada a conocer y resolver, no corren los términos previstos en las leyes para que decidan los correspondientes asuntos administrativos.

Debido a estas razones, de orden constitucional y legal, los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones tampoco corren hasta tanto la Sala de Consulta y Servicio Civil dirime la cuestión de la competencia. De ahí que, conforme al artículo 39 del CPACA, mientras se resuelve el conflicto, los términos para resolver los derechos de petición a que se refiere el artículo 14 se suspenderán.³⁹ En el mismo sentido el artículo 33 del CCA, vigente en la actualidad, relativo al funcionario incompetente dispone que “el funcionario a quien se hizo la petición deberá enviar el escrito, dentro del mismo término (10 días), al competente, y los términos establecidos para decidir se ampliarán en (10 días).”

También es el motivo por el cual, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que “[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”. Con fundamento en las consideraciones precedentes, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos que se hallaren suspendidos se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que la presente decisión sea comunicada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

³⁹ La remisión al artículo 14 del CPACA ha de entenderse que se refiere a los artículos 6º, 22 y 25 del Decreto Ley 01 de 1984, anterior Código Contencioso Administrativo - CCA. En aplicación del concepto No. 2243 emitido por la Sala el 28 de enero de 2015 que dispuso “De esta manera, la Sala concluye que, a partir del 1º de enero de 2015, revivieron los capítulos II, III, IV, V, VI y las normas pertinentes del capítulo VIII del CCA, denominados “Del derecho de petición en interés general”, “Del derecho de petición en interés particular”, “Del derecho de petición de informaciones”, “Del derecho de formulación de consultas”, “De las actuaciones administrativas iniciadas en cumplimiento de un deber legal” y “Normas comunes a los capítulos anteriores”, respectivamente, interpretados conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre tales materias.”

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar a la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá- competente para determinar si se dan los presupuestos establecidos en el artículo 53 de la Ley 732 de 2002 para iniciar y adelantar hasta su finalización la investigación disciplinaria originada en la Visita Fiscal adelantada por la Contraloría Distrital de Bogotá a la Empresa de Energía de Bogotá EEB. S.A. – ESP, para los años 2012 y 2013.

SEGUNDO: Enviar la actuación a la Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá para lo de su competencia.

TERCERO: Comunicar la presente decisión a la Empresa de Energía de Bogotá S.A. EEB ESP, a la Procuraduría General de la Nación, a la Personería de Bogotá, a la Contraloría General de la República, a la Contraloría Distrital de Bogotá, a la Procuraduría Segunda Distrital, a la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa y al doctor Henry Navarro.

CUARTO: Los términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que se comunique la presente decisión.

La anterior decisión se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Comuníquese y cúmplase

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Álvaro Namén Vargas, Presidente de la Sala. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

6. Instituto Colombiano Agropecuario - ICA y la Corporación Autónoma Regional del Tolima – CORTOLIMA.

Radicado 2015-00026

Fecha: 18/06/2015

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas (E)*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el artículo 112, numeral 10, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011, procede a resolver la solicitud presentada por la Corporación Autónoma Regional del Tolima – CORTOLIMA – para dirimir el presunto conflicto negativo de competencias administrativas de la referencia.

I. Antecedentes

De acuerdo con la información contenida en los documentos que obran en el expediente, los hechos más relevantes de este asunto se pueden resumir así:

1. El día 3 de febrero de 2014, el señor José Joaquín Caicedo Vega presentó una solicitud ante la Gerencia Seccional Tolima del Instituto Colombiano Agropecuario – ICA (en adelante ICA) para registrar como cultivo forestal con fines comerciales y/o sistema agroforestal, tres (3) hectáreas de su predio La Esperanza, localizado en la vereda El Ruby del municipio de Ibagué – Tolima.

2. Por medio del oficio N° 40142100388 del 9 de julio de 2014, el Gerente Seccional (E) del ICA remitió al Director General de la Corporación Autónoma Regional del Tolima – CORTOLIMA – la solicitud elevada por el señor Caicedo Vega para ser decidida de fondo. Asimismo le informó que ese Instituto no es competente para resolver esa petición por los hallazgos encontrados en la visita técnica efectuada al predio La Esperanza, en donde se *“evidenció que los árboles existentes son remanentes de bosques naturales que han sido limpiados para establecer el cultivo agrícola o de pastos, la ausencia en la técnica, tales como la distancia de siembra establecida o de intervención humana, su estado y distribución evidencian que no fueron plantados.”*

3. CORTOLIMA, mediante oficio No.13706 del 23 de julio de 2014 respondió al ICA que la ley asigna a las corporaciones autónomas regionales la función de registrar las plantaciones protectoras, no las plantaciones agroforestales con fines comerciales objeto de la solicitud del señor Caicedo Vega.

4. El 3 de septiembre de 2014, el Gerente Seccional (E) del ICA envió la comunicación No. 40142100443 al Subdirector de Calidad Ambiental de CORTOLIMA, en la cual le solicita revisar la competencia de esa corporación frente a la función del registro de las plantaciones protectoras y protectoras – productoras, así como de las restricciones ambientales para las áreas de protección de márgenes hídricas.

5. El 6 de febrero de 2015, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado recibió la comunicación No. 876 del 21 de enero de 2015, por medio de la cual el Jefe de la Oficina Jurídica de CORTOLIMA solicita se dirima el presunto conflicto negativo de competencias administrativas.

II. Actuación procesal

1. En cumplimiento de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 39 del CPACA se fijó edicto en la Secretaría de la Sala durante cinco (5) días hábiles.

2. Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado por el inciso tercero de la misma norma.

3. El 16 de febrero de 2015, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Gerencia General del Instituto Colombiano Agropecuario – ICA confirió poder especial al doctor Carlos Aníbal Vides Reales para representar a esa entidad en el presente asunto.

4. En uso de las facultades conferidas, el doctor Carlos Aníbal Vides Reales presentó alegatos el 19 de febrero de 2015.

III. Argumentos de las partes

Corporación Autónoma Regional del Tolima - CORTOLIMA

La Corporación Autónoma Regional del Tolima – CORTOLIMA – no presentó alegatos.

Instituto Colombiano Agropecuario - ICA

Esta entidad, por su parte, manifiesta que conforme a lo señalado en el artículo 4° del Decreto 1498 de 2008, los registros de cultivos forestales y de sistemas agroforestales no pueden establecerse en lugares en donde se constate la existencia de bosques naturales, áreas forestales protectoras, áreas de manejo especial o cualquier otra categoría de manejo, conservación o protección. Asegura que funcionarios del Instituto visitaron el predio del señor Caicedo Vega y evidenciaron que en las hectáreas descritas en la solicitud, se hallaron remanentes de bosques naturales y, por tanto, no es procedente acceder al registro solicitado.

En consecuencia, el ICA considera que para la protección de las especies que habitan en la zona y la conservación de los árboles remanentes de bosques naturales, la competencia del registro debe asumirla CORTOLIMA, ya que el parágrafo 4° del artículo 3° del Decreto 1498 de 2008 le asigna a esa entidad el registro de las plantaciones forestales protectoras y protectoras – productoras, que eventualmente sí podrían establecerse en ese predio, en lugar de un cultivo forestal con fines comerciales, previo estudio de la solicitud por parte de CORTOLIMA.

IV. Consideraciones

1. Competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil

El artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, asigna a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, entre otras, la siguiente función:

“... 10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.”

Asimismo, dentro del procedimiento general administrativo, el inciso primero del artículo 39 del código en cita estatuye:

“Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional... En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales... conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.”

Teniendo en cuenta lo anterior, ha de concluirse que la Sala es competente para conocer de la presente actuación por tratarse de un conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre dos autoridades públicas del orden nacional: la Corporación Autónoma Regional del Tolima – CORTOLIMA y el Instituto Colombiano Agropecuario –ICA, un establecimiento público del orden nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, perteneciente al Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología⁴⁰.

Problema jurídico

En el presente conflicto de competencias administrativas, corresponde a la Sala definir cuál es la autoridad competente para conocer de la solicitud hecha por el señor José Joaquín Caicedo Vega para registrar como cultivo forestal con fines comerciales y/o sistema agroforestal determinada área de su predio denominado La Esperanza, ubicado en el municipio de Ibagué (Tolima).

⁴⁰ Ver el Decreto 4765 de 2008. “Por el cual se modifica la estructura del Instituto Colombiano Agropecuario, ICA y se dictan otras disposiciones.” modificado en varias ocasiones.

Definiciones y conceptos

Para un mejor entendimiento de esta decisión, la Sala considera necesario precisar algunas definiciones y conceptos que se relacionan con el reparto de competencias de registro de cultivos forestales con fines comerciales y/o sistemas agroforestales y plantaciones forestales:

El artículo 202 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente⁴¹ define las **áreas forestales** como “*los suelos forestales por su naturaleza y [de] los bosques que contienen*”. El mismo artículo menciona que dichas áreas “*podrán ser productoras, protectoras y protectoras - productoras*.” Los artículos 203 a 205 del citado código definen cada una de estas áreas forestales así:

“Artículo 203.- Es área forestal productora la zona que debe ser conservada permanentemente con bosques naturales o artificiales para obtener productos forestales para comercialización o consumo.

El área es de producción directa cuando la obtención de productos implique la desaparición temporal del bosque y su posterior recuperación.

Es área de producción indirecta aquella en que se obtiene frutos o productos secundarios, sin implicar la desaparición del bosque.

Artículo 204.- Se entiende por área forestal protectora la zona que debe ser conservada permanentemente con bosques naturales o artificiales, para proteger estos mismos recursos u otros naturales renovables. En el área forestal protectora debe prevalecer el efecto protector y solo se permitirá la obtención de frutos secundarios del bosque.

Artículo 205.- Se entiende por área forestal protectora-productora la zona que debe ser conservada permanentemente con bosques naturales o artificiales para proteger los recursos naturales renovables y que además, puede ser objeto de actividades de producción sujeta necesariamente al mantenimiento del efecto protector.” (Resalta la Sala).

El artículo 211 *ibidem* definió el **aprovechamiento forestal** como “*la extracción de productos de un bosque*.” Asimismo, el artículo 212 estableció que los aprovechamientos forestales “*pueden ser persistentes, únicos o domésticos*”, cuyas definiciones están contempladas en los artículos 213, 214 y 215, respectivamente:

“Artículo 213.- Son aprovechamientos forestales persistentes los que se efectúan con la obligación de conservar el rendimiento normal del bosque con técnicas silvícolas que permitan la renovación del recurso.

⁴¹ Decreto 2811 de 1974.

Artículo 214.- Son aprovechamientos forestales únicos los que técnicamente se realicen en bosques localizados en suelos que deban ser destinados a usos diferentes del forestal. (...)

Artículo 215.- Son aprovechamientos forestales domésticos, los que se efectúan exclusivamente para satisfacer necesidades vitales de uso doméstico.(...)" (Resalta la Sala).

El artículo 225 del mismo estatuto introduce el concepto de **plantación**, cuando define las empresas forestales como las “*que realizan actividades de plantación, aprovechamiento, transformación o comercialización de bosques o productos primarios forestales.*” Finalmente, el artículo 230 define el concepto de plantación forestal, establece su clasificación y determina los diferentes aprovechamientos forestales que pueden efectuarse en cada caso, así:

“Artículo 230. Se denomina plantación forestal el bosque originado por la reforestación y puede ser:

Plantación forestal industrial, la establecida en área forestal productora con el exclusivo propósito de destinarla a la producción directa o indirecta;

***Plantación forestal protectora-productora**, la que se establece en área forestal protectora en que el aprovechamiento directo o indirecto de la plantación está condicionado al mantenimiento de su efecto de protección del recurso;*

***Plantación forestal protectora**, la que se siembra exclusivamente para proteger o recuperar algún recurso natural renovable y de la cual se pueda tener aprovechamiento indirecto.” (Resalta la Sala).*

Más adelante, el artículo 2.3.3.2 del Decreto 1071 de 2015⁴² contiene las siguientes definiciones de cultivo forestal con fines comerciales y de sistema agroforestal:

“Artículo 2.3.3.2 Definiciones. Para efectos del presente título, se establecen las siguientes definiciones:

Cultivo forestal con fines comerciales. Es el cultivo de especímenes arbóreos de cualquier tamaño originado con la intervención directa del hombre con fines comerciales y que está en condiciones de producir madera y subproductos. Se asimilan a cultivos forestales con fines comerciales, las plantaciones forestales productoras de carácter industrial o comercial a que se refiere el Decreto 1791 de 1996, tal como fue compilado por el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

⁴² Decreto 1071 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural.”

Sistema agroforestal. Se entiende por sistema agroforestal, la combinación de cultivos forestales con fines comerciales con cultivos agrícolas o actividades pecuarias.” (...) (Resalta la Sala)

Hechas las anteriores precisiones conceptuales, la Sala procederá al estudio del reparto de competencias entre el ICA y las corporaciones autónomas regionales.

Reparto de competencias entre el ICA y las corporaciones autónomas regionales

El Decreto 1791 de 1996⁴³ estableció que el registro de todas las plantaciones forestales, incluidas aquellas asociadas a cultivos agrícolas, debía realizarse ante las corporaciones autónomas regionales.

“Artículo 70. A partir de la vigencia del presente Decreto, toda plantación forestal, cerca viva, barreras rompevientos, de sombríos o plantación asociada a cultivos agrícolas, deberán registrarse ante la Corporación en cuya jurisdicción se encuentre, para lo cual el interesado deberá presentar por escrito a la Corporación, por lo menos, los siguientes documentos e información:

a) Nombre del propietario. Si se trata de persona jurídica debe acreditar su existencia y representación legal.

b) Ubicación del predio, indicando la jurisdicción departamental, municipal y veredal, donde está situado.

c) Área o kilómetros de cerca viva y nombre de las especies plantadas.

d) Año de establecimiento.

El registro se realizará mediante providencia, previa visita y concepto técnico.”

Conforme a lo reglamentado por el Decreto 1791 de 1996, las corporaciones autónomas regionales estaban facultadas para registrar las plantaciones forestales localizadas en el área de su jurisdicción, previa visita y concepto técnico. Sin embargo, el Decreto 1498 de 2008⁴⁴, modificó parcialmente las anteriores competencias de la siguiente manera:

“Artículo 3°. Registro de cultivos forestales o sistemas agroforestales con fines comerciales. Todo sistema agroforestal o cultivo forestal con fines comerciales será registrado ante el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural o ante la entidad que este delegue. (...)

Parágrafo 4°. El registro de las plantaciones forestales protectoras y protectoras-productoras, se continuará efectuando por las Corporaciones Autónomas

⁴³ Decreto 1791 de 1996. “Por medio del cual se establece el régimen de aprovechamiento forestal.”

⁴⁴ Decreto 1498 de 2008. “Por el cual se reglamenta el parágrafo 3° del artículo 5° de la Ley 99 de 1993 y el artículo 2° de la Ley 139 de 1994.”

Regionales, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1791 de 1996 o la norma que lo modifique o sustituya. Cuando una plantación forestal protectora-productora se establezca en el marco del Certificado de Incentivo forestal creado por la Ley 139 de 1994, se registrará ante el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural o la entidad que este delegue.” (Resalta la Sala).

El Decreto 1071 de 2005, ratificó las reglas de competencia para el registro de las plantaciones forestales, que hasta antes del Decreto 1498 de 2008 estaban a cargo de las corporaciones autónomas regionales, y determinó el procedimiento para resolver dichas solicitudes:

“Artículo 2.3.3.3. Registro de cultivos forestales o sistemas agroforestales con fines comerciales. Todo sistema agroforestal o cultivo forestal con fines comerciales será registrado ante el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural o ante la entidad que este delegue. (...)

Parágrafo 3. El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural expedirá un acto administrativo señalando el procedimiento y los requisitos para efectuar el registro de que trata el presente artículo.

Parágrafo 4. El registro de las plantaciones forestales protectoras y protectoras productoras, se continuará efectuando por las Corporaciones Autónomas Regionales, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1791 de 1996, tal como fue compilado por el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Ambiente y Desarrollo Sostenible o por la norma que lo modifique o sustituya.” (...) (Resalta la Sala)

Artículo 2.3.3.4. Criterios para efectuar registro. Para efectuar el registro de los sistemas agroforestales o cultivos forestales con fines comerciales, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural o la entidad que este delegue, atenderá los siguientes criterios:

1. Que se trate de plantaciones forestales productoras de carácter industrial o comercial o de sistemas agroforestales comerciales, establecidos y registradas como tales con anterioridad a la publicación del presente título;

2. Que se establezcan dentro de planes nacionales y regionales que contemplen el desarrollo y fomento de plantaciones forestales de carácter productor y núcleos forestales, previamente definidos por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Adicionalmente, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural registrará las plantaciones establecidas en el marco del Certificado de Incentivo Forestal de que trata la Ley 139 de 1994.

Sin perjuicio de lo anterior, no podrán establecerse cultivos forestales o sistemas agroforestales con fines comerciales en bosques naturales, áreas forestales protectoras, áreas de manejo especial o cualquier otra categoría de manejo,

conservación o protección que excluya dicha actividad, así como ecosistemas estratégicos, tales como páramos, manglares, humedales y coberturas vegetales naturales secas. (Resalta la Sala)

Bajo la normatividad expuesta, se concluye que actualmente la competencia para efectuar el registro de un cultivo forestal con fines comerciales, de una plantación forestal productora o de un sistema agroforestal corresponde al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural o a la autoridad en quien este delegue, que actualmente es el ICA, mientras que la competencia para registrar las plantaciones forestales protectoras y las plantaciones protectoras - productoras es de las corporaciones autónomas regionales.

Delegación. Características constitucionales y legales

La delegación es un mecanismo jurídico que permite a las autoridades públicas diseñar las estrategias que consideren convenientes para el cumplimiento de sus funciones en el marco de los principios de la función administrativa y la realización de los fines esenciales del Estado. El objeto de la delegación se concreta en la facultad otorgada al delegante para transferir a otra autoridad administrativa el ejercicio de las funciones que la ley le asigna. En consecuencia, ninguna autoridad podrá delegar funciones que no le hayan sido atribuidas por la Constitución o la ley.

En el artículo 9 de la Ley 489 de 1998⁴⁵, las autoridades administrativas encuentran mediante el acto de delegación, la facultad de transferir el ejercicio de algunas de sus funciones a otras autoridades o a sus propios colaboradores, de acuerdo con los principios, las finalidades y los cometidos consagrados en la Constitución Política de 1991.

El acto de delegación debe ajustarse a los requisitos de las actuaciones administrativas expedidas por el delegante y a los requisitos específicos que señala el artículo 10 de la precitada ley:

El acto de delegación siempre será escrito.

Determinación de la autoridad delegataria.

Identificación de las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren.

Así las cosas, la delegación se concreta en un acto formal mediante el cual se manifiesta la voluntad del delegante, el objeto de la delegación, el delegatario y las condiciones de tiempo, modo y lugar para el ejercicio de la delegación. Al respecto, la Corte Constitucional indicó que *“la posibilidad de transferir su competencia – no la titularidad de la función - en algún campo, se perfecciona con la manifestación*

45 “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.”

positiva del funcionario delegante de su intención de hacerlo, a través de un acto administrativo motivado, en el que determina si su voluntad de delegar la competencia es limitada o ilimitada en el tiempo o general o específica.”⁴⁶

No todas las funciones de las autoridades administrativas son susceptibles de delegación. El artículo 11 de la Ley 489 de 1998 es claro en prohibir la delegación cuando se trate de:

“1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.

2. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.

3. Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.”

En virtud de la delegación, el delegante podrá decidir discrecionalmente si delega o no sus funciones. Si las delega, el delegante podrá establecer los parámetros y condicionamientos bajo los cuales el delegatario ejercerá la función o atribución delegada. Bajo ese entendido, el delegante ya no podrá tomar decisiones en materias cuyo ejercicio es objeto de la delegación, a menos que previamente ponga fin a la delegación y reasuma la competencia.⁴⁷

Las decisiones que tome la autoridad en calidad de delegatario, tendrán la misma fuerza que tendrían si las hubiese tomado el delegante. De acuerdo con el artículo 211 de la Constitución Política, el delegante siempre podrá reformar o revocar los actos o resoluciones expedidas por el delegatario y reasumir la responsabilidad consiguiente.

La delegación del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en el Instituto Colombiano Agropecuario – ICA para el ejercicio de la función de registro

El artículo 3° del Decreto 1498 de 2008 estableció el registro de todos los cultivos forestales con fines comerciales y los sistemas agroforestales ante el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural o ante la entidad que este delegue. El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, como titular de la función de registro de los cultivos forestales con fines comerciales y sistemas agroforestales, expidió la Resolución N° 159 del 14 de mayo de 2008,⁴⁸ en la cual delegó en el Instituto Colombiano Agropecuario – ICA el ejercicio de esta función, así:

“Que mediante Decreto 1498 del 7 de mayo de 2008 se reglamentó el parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 99 de 1993 y el artículo 2 de la Ley 139 de 1994.

46 Corte Constitucional. Sentencia T-936 del 30 de agosto de 2001, Exp.T-447673. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

47 Ibidem.

48 Resolución N° 159 del 14 de mayo de 2008, “por la cual se efectúa una delegación”.

Que el mencionado Decreto asignó al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado, las funciones relacionadas con el registro de cultivos forestales o sistemas agroforestales con fines comerciales (...)

Que con fundamento en los principios constitucionales, en particular los atinentes a la economía y eficiencia de la función administrativa y considerando que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural no cuenta con la logística necesaria para realizar directamente las funciones mencionadas, es viable, prudente y necesario delegar dicha función en una entidad del sector, que cuente con la infraestructura requerida.

Que el artículo 9º de la Ley 489 de 1998 autoriza a los Ministro (sic) a transferir el ejercicio de funciones que les han sido otorgadas en virtud de la ley, a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Que el Instituto Colombiano Agropecuario “ICA”, es un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, creado por los Decretos 1562 de 1962 y 3116 de 1963, reestructurado por los Decretos 501 de 1989, 2326 de 1989, 2464 de 1990, 2141 de 1992, 2645 de 1993, 1840 de 1994 y 1454 de 2001, le corresponde como autoridad sanitaria, ejercer las acciones tendientes a preservar la armonía, protección y preservación de los recursos naturales, vegetales y forestales de importancia económica para el país, y cuenta con seccionales a nivel, nacional, lo cual le permite el cumplimiento de las funciones delegadas.

PRIMERO: Delegar en el Instituto Colombiano Agropecuario “ICA” establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente adscrito al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, las funciones conferidas a través del Decreto 1498 de 2008, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución, excepto las relacionadas con el establecimiento de un mecanismo de los productos provenientes de los sistemas agroforestales o cultivos forestales con fines comerciales.”

Posteriormente el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural expidió la Resolución N° 182 del 5 de junio de 2008⁴⁹, mediante la cual reiteró la delegación en el ICA del registro de los cultivos forestales con fines comerciales y sistemas agroforestales, y además fijó el procedimiento para efectuarlo:

“(…) El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural es la entidad competente para formular la política de cultivos forestales con fines comerciales de especies introducidas o autóctonas, con base en la política nacional ambiental y de recursos naturales renovables formulada por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

49 Resolución número 182 de 2008, “por medio de la cual se fija el procedimiento y los requisitos para el registro de los sistemas agroforestales o cultivos forestales con fines comerciales, y se adopta el formato para la movilización”.

Que corresponde al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural señalar el procedimiento y los requisitos para el registro de los cultivos forestales o sistemas agroforestales con fines comerciales de conformidad con la señalada en el párrafo 3° del artículo tercero del Decreto 1498 de 2008. (...)

Que compete al Instituto Colombiano Agropecuario –ICA- efectuar el registro de los cultivos forestales o sistemas agroforestales con fines comerciales conforme la delegación establecida mediante la Resolución No. 159 del 14 de mayo de 2008 y el convenio No. 111 de 2008.

Que en virtud de lo anterior, RESUELVE

Artículo 1°- Toda persona natural o jurídica que se dedique a cultivos forestales o sistemas agroforestales con fines comerciales debe registrarse ante el ICA para lo cual debe presentar la solicitud ante la oficina seccional del ICA o quien haga sus veces, en la cual se encuentre el cultivo forestal o sistema agroforestal acompañada de la siguiente información:

Nombre y apellidos del titular del cultivo forestal o sistema agroforestal o representante legal, cédula de ciudadanía o NIT y teléfono.

Certificado de Existencia y representación legal para las personas jurídicas, cuya fecha de expedición no sea superior a treinta días.

Acreditación de la propiedad o tenencia del predio mediante el certificado de libertad y propiedad del inmueble cuya fecha de expedición no sea superior a sesenta días (60) calendario y/o contrato que acredita la tenencia del predio (arrendamiento, comodato, usufructo, etc.)

Identificación del predio en el cual se ubica el área del cultivo forestal o sistema agroforestal.

Área y especies sembradas de sistemas agroforestales o cultivos forestales con fines comerciales definido mediante plano o croquis.

Año de establecimiento del sistema agroforestal o cultivo forestal con fines comerciales.

Objetivo de la plantación.

Copia del recibo de consignación de derechos de visita y registro de sistema agroforestal o cultivo forestal con fines comerciales.

Certificado establecido por la CAR de la jurisdicción del predio en el cual conste que no tiene ninguna restricción ambiental.

Parágrafo: Los sistemas agroforestales entendidos como arreglo entre árboles plantados con la intervención directa del hombre con cultivos agrícolas o pastos.

Artículo 2º- Verificada la información EL ICA o a quién este asigne, efectuará una visita al cultivo dentro de los 60 días siguientes al recibo de la solicitud. (...)

Artículo 3º- Una vez se cumpla con los requisitos establecidos en la presente Resolución, el ICA expedirá el correspondiente registro, mediante Acto Administrativo motivado emitido por el respectivo Coordinador Seccional del ICA, o quien haga sus veces, dentro de la jurisdicción de su competencia, teniendo en cuenta los criterios señalados en el artículo 4º- del Decreto 1498 de 2008. (...) (Resalta la Sala)

De las resoluciones citadas se infiere que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural delegó en el ICA la función de registro de los cultivos forestales con fines comerciales y de los sistemas agroforestales, y adicionalmente, estableció el procedimiento administrativo que ese Instituto debe adelantar para dar trámite a las solicitudes que las personas naturales y jurídicas presenten para el efecto.

Finalmente, es importante anotar que dentro de las consideraciones bajo las cuales se expide el Decreto 1071 de 2015, por el cual se compilan las normas que dieron lugar a la expedición de las resoluciones antes señaladas, se precisa:

“Que en virtud de sus características propias, el contenido material de este decreto guarda correspondencia con el de los decretos compilados; en consecuencia, no puede predicarse el decaimiento de las resoluciones, las circulares y demás actos administrativos expedidos por distintas autoridades administrativas con fundamento en las facultades derivadas de los decretos compilados.”

Así las cosas, no puede predicarse el decaimiento de las resoluciones expedidas por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural por las cuales se delega en el ICA la función de registro de los cultivos agroforestales con fines comerciales y/o sistemas agroforestales con base en las facultades que se derivan del Decreto 1071 de 2015.

El caso concreto

La Sala advierte que su función en este caso se limita a determinar la autoridad competente para resolver de fondo la solicitud del señor Caicedo Vega, por lo cual no hará consideración alguna sobre los aprovechamientos económicos que se puedan realizar o no en el predio del peticionario. En el caso concreto, el señor José Joaquín Caicedo Vega solicitó al Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, registrar como cultivo forestal con fines comerciales y/o sistema agroforestal tres (3) hectáreas de su predio La Esperanza, localizado en la vereda El Ruby del municipio de Ibagué – Tolima.

Como se ha explicado en esta decisión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del Decreto 1498, las Resoluciones 159 y 182 de 2008 y el artículo 2.3.3.3 del Decreto 1071 de 2015, los cultivos con fines comerciales (o plantaciones forestales productoras) y los sistemas agroforestales deben ser registrados ante el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural o la autoridad en la que este delegue. El Ministerio, como titular de la función, delegó su ejercicio en el Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, por tener esa entidad la infraestructura técnica y administrativa y la planta de personal calificada para adelantar los trámites del registro. Por lo tanto, bajo el examen de la normatividad expuesta, se concluye que la autoridad competente para resolver la solicitud de registro de cultivo forestal con fines comerciales y/o sistema agroforestal presentada por el señor José Joaquín Caicedo Vega es el ICA, a través de la Gerencia Seccional del Tolima. En efecto, la función de registro de los cultivos forestales con fines comerciales, de los sistemas agroforestales y de las plantaciones forestales productoras corresponde al Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, por delegación del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, mientras que el registro de plantaciones forestales protectoras y plantaciones protectoras – productoras, compete a las corporaciones autónomas regionales.

La solicitud de registro que presentó el interesado se refiere a un *cultivo forestal con fines comerciales y/o sistema agroforestal*⁵⁰, petición que debe resolver de fondo el ICA y no CORTOLIMA, con independencia de que en ese predio se configure o no el tipo de aprovechamiento económico solicitado.

El ICA expone la posibilidad de que en el predio del solicitante no sea procedente una explotación comercial. El hecho de que el ICA no haya encontrado evidencias de la existencia de un cultivo forestal con fines comerciales o de un sistema agroforestal, de acuerdo con las definiciones contenidas en las normas citadas, podría ser un argumento para negar de fondo el registro solicitado, pero no significa que el ICA carezca de competencia para responder la solicitud presentada por el señor Caicedo Vega, o que la competencia le corresponda a la Corporación Autónoma Regional del Tolima –CORTOLIMA, porque eventualmente el área sobre la cual recae la petición pudiera calificarse como una plantación forestal protectora o protectora – productora. Para esto se requeriría que así lo hubiera solicitado el peticionario.

En virtud del artículo 42 del CPACA, la decisión administrativa deberá “*resolver todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas*”, sin que sea viable para la autoridad competente cambiar unilateralmente el sentido o los fines buscados por el solicitante con la petición.

Por lo tanto, con una decisión definitiva y motivada del ICA como autoridad competente, el interesado podrá determinar si insiste en su petición inicial, por medio

⁵⁰ Ver solicitud visible a folio 3, diligenciada en el formato provisto por el ICA para esos efectos. La Sala advierte que dicho documento no permite determinar claramente si lo solicitado por el señor Caicedo Vega es el registro de un cultivo forestal con fines comerciales o de un sistema agroforestal, o de los tipos de aprovechamiento, pues en la solicitud presentada se mencionan simultáneamente ambos usos. Sin embargo, esto no altera lo señalado en esta decisión sobre la competencia del ICA, pues las dos clases de registro le corresponden a dicha entidad.

de los recursos administrativos y judiciales que le otorga la ley, o si opta por intentar otro tipo de registro (como plantación forestal protectora o protectora- productora) ante la corporación autónoma de su jurisdicción. Se trata de una decisión propia del solicitante que el ICA no puede cambiar ni reemplazar con su propio criterio. En conclusión, corresponde al ICA conocer de la solicitud de registro del señor José Joaquín Caicedo Vega y así se dispondrá en la parte resolutive de esta decisión.

8. Definición de competencia y términos legales

Cabe precisar finalmente que el procedimiento especialmente regulado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, para que la Sala de Consulta y Servicio Civil decida los conflictos de competencias que pudieren ocurrir entre autoridades administrativas, obedece a la necesidad de definir en toda actuación administrativa la cuestión preliminar de la competencia. Puesto que la Constitución prohíbe a las autoridades actuar sin competencia, so pena de incurrir en responsabilidad por extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6), y el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 prevé que la expedición de actos administrativos sin competencia dará lugar a su nulidad, mientras no se determine cuál es la autoridad obligada a conocer y resolver, no corren los términos previstos en las leyes para que decidan los correspondientes asuntos administrativos.

Debido a estas razones de orden constitucional y legal, mientras la Sala de Consulta y Servicio Civil dirime la cuestión de la competencia no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones. De ahí que, conforme al artículo 39, *“mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”*⁵¹. El artículo 33, vigente en la actualidad, del anterior Código Contencioso Administrativo (CCA), relativo al funcionario sin competencia, dispone que *“el funcionario a quien se hizo la petición deberá enviar el escrito, dentro del mismo término (10 días), al competente, y los términos establecidos para decidir se ampliarán en diez (10) días”*. Por esta misma razón, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que *“[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”*.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que la presente decisión sea comunicada.

51 [1] La remisión al artículo 14 del CPACA ha de entenderse que se refiere a los artículos 6º, 22 y 25 del Decreto Ley 01 de 1984, anterior Código Contencioso Administrativo – CCA. En aplicación del concepto No. 2243 emitido por la Sala el 28 de enero de 2015 que dispuso: “De esta manera, la Sala concluye que, a partir del 1º de enero de 2015, revivieron los capítulos II, III, IV, V, VI y las normas pertinentes del capítulo VIII del CCA, denominados “Del derecho de petición en interés general”, “Del derecho de petición en interés particular”, “Del derecho de petición de informaciones”, “Del derecho de formulación de consultas”, “De las actuaciones administrativas iniciadas en cumplimiento de un deber legal” y “Normas comunes a los capítulos anteriores”, respectivamente, interpretados conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre tales materias.”

En mérito de lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar competente al Instituto Colombiano Agropecuario – ICA para resolver la solicitud de registro de cultivo forestal con fines comerciales presentada por el señor José Joaquín Caicedo Vega.

SEGUNDO: Devolver el expediente al Instituto Colombiano Agropecuario – ICA para que continúe la actuación administrativa de manera inmediata.

TERCERO: Comunicar esta decisión al Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, a la Corporación Autónoma Regional del Tolima – CORTOLIMA y al señor José Joaquín Caicedo Vega.

CUARTO: Reconocer personería para actuar en este asunto al doctor Carlos Aníbal Vides Reales como apoderado del Instituto Colombiano Agropecuario – ICA en los términos del poder y los documentos anexos que se hallan en el expediente.

QUINTO: Los términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que se comunique la presente decisión.

La anterior decisión se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Comuníquese y cúmplase

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Álvaro Namén Vargas, Presidente de la Sala. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

7. Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

Radicado 2015-00037A

Fecha: 15/07/2015

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

El señor Jorge Eliecer Bettin Añez por intermedio de apoderado propuso a la Sala de Consulta y Servicio Civil un conflicto negativo de competencias administrativas entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP – y la Administradora Colombia de Pensiones – COLPENSIONES-, con el objeto de que se determinara la entidad competente para el reconocimiento y pago de su pensión de vejez.

En decisión de fecha 2 de junio de 2015 dentro del expediente de la referencia la Sala decidió declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación del señor Jorge Eliecer Bettin Añez. El día 25 de junio de 2015 la Secretaría de esta Sala recibe escrito dirigido por el señor Jorge Eliecer Bettin Añez en el que manifiesta lo siguiente:

(...) fui a Colpensiones a entregar una petición donde le resumía lo definido en el Auto del 12 de junio de 2015, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, dentro del proceso 11001030600020150003700, Magistrado Ponente William Zambrano Cetina, en el cual declara competente a Colpensiones para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento de mi pensión de jubilación, los funcionarios Colpensiones Sincelejo, no me recibieron mi solicitud y argumentaron que era un concepto que no era obligatorio cumplir esta decisión, es decir, que Colpensiones sin decidir de fondo como lo señala el Auto mencionado tengo que demandarlo porque no está obligado a cumplir lo decidido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, por lo anterior solicito muy respetuosamente. Mi pregunta es la siguiente: Esta decisión no es obligatoria, por tanto Colpensiones no está obligado a cumplirla? (...)

Frente a la referida respuesta de COLPENSIONES al peticionario, es necesario recordar que la Ley 1437 de 2011 le atribuye a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado la función de resolver con carácter vinculante, definitivo y obligatorio, los conflictos de competencia suscitados entre autoridades nacionales, autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos.

Sobre el carácter vinculante de las decisiones proferidas por la Sala en estos casos, esta Corporación ya se había pronunciado en el expediente 11001-03-06-000-2008-00064-00⁵², cuyas conclusiones ahora se reiteran:

52 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conflicto de competencias suscitado entre INCODER y la UNAT, M.P. Gustavo Aponte Santos.

“...es claro que cuando el legislador atribuyó esta competencia no la enmarcó dentro de la función consultiva, puesto que dicha función tiene su regulación propia tanto en la Constitución como en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, y se ejerce de manera exclusiva y excluyente para responder las consultas que realice el Gobierno Nacional; es decir, el Presidente de la República, los Ministros y los Jefes de Departamentos Administrativos. Esta función es diametralmente distinta a la de solucionar conflictos sobre competencias administrativas, procedimiento que puede ser iniciado por cualquier entidad administrativa y aún por particulares”.

Por tanto, a diferencia de lo que sucede en el caso de la función consultiva -que se concreta en conceptos no vinculantes-, lo decidido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al resolver los conflictos de competencias administrativas debe ser observado y cumplido por las entidades involucradas, so pena de incurrir sus servidores en responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento de sus deberes, como se establece en los artículos 24 y 35 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con los artículos 14 y 31 de la Ley 1437 de 2011. Además, en casos como el analizado, los retrasos injustificados en el reconocimiento de las obligaciones pensionales, que a la postre se conviertan en mayores valores a pagar, pueden generar detrimento patrimonial y responsabilidad fiscal.

En consecuencia, es a todas luces reprochable la respuesta dada por los funcionarios de Colpensiones de Sincelejo al señor Jorge Eliecer Bettin Añez, pues se desconoce lo decidido por la Sala y se viola el derecho de esa persona a obtener una respuesta oportuna y de fondo a sus peticiones, situación que se agrava cuando, como en el presente caso, lo que está en juego es la protección de los derechos fundamentales del ciudadano a una vejez digna.

Además advierte la Sala que cuando se resuelve sobre la competencia de una entidad para tramitar una determinada actuación, surge en su cabeza el deber oficioso de pronunciarse de fondo (resolver la actuación) sin que se requiera una nueva solicitud o derecho de petición del interesado. En consecuencia es aún más grave la actuación de COLPENSIONES si luego de que se le asigna la competencia por esta Sala, está exigiendo a los interesados la presentación de nuevas peticiones, o de demandas no exigibles a la luz de la normatividad vigente.

En consideración a lo anterior, la Sala ordenará oficiar al Director de COLPENSIONES con el fin de recordar a esa entidad el deber de dar cumplimiento a lo decidido por la Sala en el expediente de la referencia y se remitirá copia a la Oficina de Control Disciplinario Interno de la misma institución para que se investigue la posible responsabilidad disciplinaria de los servidores que se han negado a tramitar la solicitud pensional del señor Jorge Eliecer Bettin Añez.

DISPONE:

PRIMERO: Por la Secretaría de la Sala líbrense los siguientes oficios, anexando copia del presente auto:

Al Presidente de Colpensiones y a Colpensiones Sincelejo a fin de que se dé cumplimiento de la decisión proferida en la Sala de fecha 2 de junio de 2015 dentro del expediente 1100103060002015000037 en donde se dispuso:

“PRIMERO: Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación del señor Jorge Eliecer Bettin Añez. (...)”

Al señor Jorge Eliecer Bettin Añez a fin de que conozca de la presente decisión y pueda hacerla valer ante los funcionarios de COLPENSIONES.

SEGUNDO: Oficiése a la Oficina de Control Disciplinario Interno de COLPENSIONES para que se investigue la posible responsabilidad disciplinaria de los funcionarios que se han negado a tramitar la solicitud pensional del señor Jorge Eliecer Bettin Añez.

La anterior decisión se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Comuníquese y cúmplase

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Álvaro Namén Vargas, Presidente de la Sala. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

8. Comisaría de Familia de Leticia, Amazonas y la Defensoría de Familia del I.C.B.F. Centro Zonal Leticia, Regional Amazonas.**Radicado 2015-00140**

Fecha: 22/10/2015

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el artículo 112 numeral 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011, resuelve el conflicto negativo de competencias de la referencia, suscitado entre la Comisaría de Familia de Leticia - Amazonas y la Defensoría de Familia del I.C.B.F. Centro Zonal Leticia Regional Amazonas en relación con el proceso de restablecimiento de los derechos de la niña L.L.T.M.

ANTECEDENTES

El 27 de junio de 2015, la Policía de Infancia y Adolescencia, informó haber recibido un requerimiento de un hecho de violencia frente a una menor, y que al llegar al lugar de los hechos, en entrevista con el padre de la niña L.L.T.M. este les informa que la misma había sido presuntamente víctima de abuso sexual por parte del señor Julio Moreno, quien es el propietario de la balsa donde residen la menor, su padre y el presunto agresor.

Mediante informe EPICRISIS No. 49843 realizado en el Hospital San Rafael de Leticia el 27 de junio de 2015, se determinó que *“... luego de un largo tiempo se logra realizar la valoración y comunicación con lenguaje de tono de voz bajo, logra expresar sus sentimientos de manera coherente según observación directa y entrevista semiestructurada se encontró que la menor posiblemente ha sido víctima de abuso sexual en varias ocasiones por el padrastro de su progenitor el señor julio a quien XXX llama abuelo, refirió haber sido tocada en glúteos y senos, haber frotado su pene y los dedos en la parte externa de la vagina, negó penetración. La paciente mostró desagrado por las situaciones vivenciadas a lo largo de su niñez ya que sus padres se separaron...”*.

La Comisaría de Familia de Leticia ordenó la apertura del proceso de restablecimiento de derechos y solicitó decretar como medidas provisionales de restablecimientos de derechos las siguientes:

Ubicación inmediata en un hogar de paso, radicando la custodia y cuidado personal y provisional de la niña.

Imponer amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico al padre de la menor.

Adicional a lo anterior, resolvió remitir a la Coordinadora de la Defensoría de Familia del I.C.B.F. Centro Zonal Amazonas para que continúen con el mencionado proceso de restablecimiento de derechos de la niña, por considerar que en el presente asunto no se evidenció un delito de violencia intrafamiliar por cuanto el presunto agresor no forma parte del núcleo familiar de la víctima (Folio 22).

La Defensoría de Familia del I.C.B.F. Centro Zonal Amazonas decidió no avocar conocimiento del proceso de restablecimiento de derechos en la niña L.L.T.M por falta de competencia, aduciendo que *“los hechos vividos por la niña XXX son constitutivos de violencia intrafamiliar de tipo sexual, hechos realizados por el señor Julio moreno a quien la niña reconoce como el abuelo, con quien vive en una misma unidad residencial con su progenitor desde hace 5 años, donde no paga arriendo y quien por ser el dueño de la balsa tiene una posición dominante frente al padre de la niña XXX y la menor XXX”*.

Aunado a lo anterior, modificó la medida provisional en el sentido de ubicar inmediatamente a la menor en medio familiar en la *“Modalidad Hogar Sustituto”* ya que la misma fue adoptada el 27 de junio de 2015, y la normatividad establece que la ubicación en hogar de paso no puede exceder los 8 días, y que por factores de riesgo presentes en el lugar de vivienda de la niña no es posible reubicarla allí.

Por último propuso conflicto de competencias ante esta Sala por la actuación del Comisario de Familia de Leticia, el cual remitió el conflicto al considerar que no existía violencia intrafamiliar, dado que el presunto agresor no forma parte del núcleo familiar.

II. Actuación procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, se fijó edicto en la Secretaría de esta Corporación por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto. Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado por el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011.

Consta también que se informó sobre el presente conflicto a la Defensoría de Familia del I.C.B.F. Centro Zonal Leticia Regional Amazonas, a la Comisaría de Familia de Leticia y al señor Francisco Torres Sánchez. Según informe secretarial dentro del término legal se allegó escrito suscrito por el doctor Jerónimo Rincón Rodríguez en su calidad de Comisario de Familia de Leticia en cinco folios. Dentro de la actuación, la Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal de Leticia no presentó alegatos, sin embargo, en el escrito mediante el cual planteó el conflicto de competencias expuso sus argumentos.

III. Argumentos de las partes

Las razones aducidas por las dos autoridades administrativas para negar su competencia están expuestas en los documentos que obran en el expediente, a los cuales se remite ahora la Sala.

Argumentos de la Defensoría de Familia del I.C.B.F. Centro Zonal de Leticia

Sostuvo la defensoría de Familia de Leticia que dentro de los hechos dados a conocer por la Policía de infancia y Adolescencia en el auto de apertura dentro del proceso de restablecimiento de derechos y las valoraciones realizadas por el equipo interdisciplinario de la Comisaría de Familia de Leticia se concluyó que:

La niña L.L.T.M. tiene vulnerados sus derechos a la integridad personal y violencia sexual.

De acuerdo a los hechos narrados por la niña, su agresor es el señor Julio Moreno, dueño de la balsa donde reside la niña junto con su progenitor.

La niña en la atención realizada por el Hospital San Rafael de Leticia y posteriormente al psicólogo adscrito a la defensoría de familia reconoce al señor Julio Moreno como su abuelo y parte de la unidad doméstica.

El dictamen pericial atendido por la trabajadora social adscrita a la comisaría de familia se conoce que el señor Julio Moreno y la menor L.L.T.M. viven en un mismo techo, con otras 6 personas más.

Por lo anterior, concluyó que los hechos vividos por la niña L.L.T.M. son constitutivos de violencia intrafamiliar de tipo sexual, hechos realizados por el señor Julio Moreno a quien la niña reconoce como el abuelo, con quien vive en una misma unidad residencial con su progenitor desde hace 5 años, donde no paga arriendo y quien por ser el dueño de la balsa tiene una posición dominante frente al padre de la niña y esta.

Argumentos de la Comisaría de Familia de Leticia

La Comisaría de Familia de Leticia, por intermedio de su comisaria, asegura que el señor Francisco Torres quien es el padre de la niña da a entender que entre el agresor y él no existe ningún vínculo familiar, que viven en la misma balsa pero en una habitación aparte y que no comparte relación ninguna con ellos.

Menciona que el señor Francisco Torres Sánchez, padre de la menor, tuvo un vínculo afectivo con el presunto agresor, el cual se rompió hace más de 25 años; fue hijastro del señor Julio Moreno, pero que al fallecer su madre ese vínculo se rompió, dado que el padre de la menor no es hijo del supuesto agresor, por lo cual concluye el comisario que no puede haber violencia intrafamiliar. Arguye que

existe una relación laboral entre el presunto agresor y el padre de la menor, lo cual denota confianza, pero que dicha confianza no puede ser confundida como un vínculo afectivo entre el presunto victimario y el padre de la menor, pues, insiste, dicho vínculo familiar terminó cuando la madre del señor Torres falleció. Por lo tanto, en criterio del comisario, la conducta del presunto agresor solo puede ser definida como una acción penal que requiere un reproche por la situación del sujeto pasivo, situación esta que dejaría sin competencia a la Comisaría de Familia de Leticia.

Argumenta que se equivoca la Defensoría de Familia I.C.B.F. Regional Amazonas, cuando manifiesta que la niña reconoce al presunto abusador como su abuelo, que vive en una misma unidad residencial y que ostenta una posición dominante. Manifiesta la Comisaría que en la declaración rendida por el padre de la menor se puede evidenciar que cuando esta se refiere al presunto agresor como “viejito” lo hace porque se trata de una persona de avanzada edad.

La Comisaria de Familia expone que el hecho de que vivan en la misma balsa, no hace que esta se convierta en una misma unidad residencial, toda vez que comparten habitaciones como lo haría cualquier inquilino, pero sin perder su independencia. Así puntualiza que darle la connotación de unidad residencial a este tipo de viviendas, por las condiciones en las que vive la gente en aquel departamento del territorio nacional, haría que todas las disputas que se presenten tengan como resultado actos de violencia intrafamiliar. Para terminar manifiesta que, al pertenecer esa comisaria a un municipio de sexta categoría, no cuenta con los recursos ni la infraestructura necesarios para llevar a cabo los fines encomendados por el Estado.

IV. Consideraciones

Competencia

Bien puede ocurrir que dos o más autoridades se consideren competentes para conocer de un asunto de naturaleza administrativa o que, por el contrario, juzguen ser incompetentes para tal efecto. Con el objetivo de resolver conflictos de esta índole, el ordenamiento jurídico colombiano estableció un procedimiento específico, el cual se encuentra señalado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA:

“Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional o al Tribunal Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.”

En tal sentido, señala el artículo 112 de ese mismo cuerpo normativo que una de las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, es la siguiente:

“...10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.”

Teniendo en cuenta lo anterior, ha de concluirse que la Sala es competente para conocer de la presente actuación por tratarse de un conflicto de competencias suscitado entre una autoridad pública del orden territorial: la Comisaría de Familia de Leticia - Amazonas, y una del orden nacional: el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de una dependencia suya, la Defensoría de Familia del I.C.B.F. Centro Zonal Leticia Regional Amazonas.

Problema jurídico

El problema jurídico de esta actuación consiste en determinar cuál es la autoridad competente para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la niña L.L.T.M., esto es, si es la Comisaría de Familia de Leticia, o si es la Defensoría de Familia del I.C.B.F. Centro Zonal Leticia Regional Amazonas. Advierte la Sala que el análisis que le corresponde se realizará únicamente desde la perspectiva de la asignación de la competencia a uno u otro funcionario, para lo cual partirá de los hechos expuestos por las entidades involucradas.

Dado que nos encontramos ante un conflicto de competencias negativo suscitado entre una comisaría de familia y una defensoría de familia en relación con un proceso de restablecimiento de derechos de un niño, para resolverlo se analizará:

(i) El rol del Estado en materia de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; (ii) el proceso administrativo de restablecimiento de derechos; (iii) la distribución de competencias entre las diversas entidades estatales encargadas de restablecer y de prevenir la vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes; (iv) si los actos realizados por personas que viven bajo un mismo techo constituyen violencia intrafamiliar así no se trate de familiares, y (v) finalmente, se analizarán los hechos del caso concreto para así determinar la entidad competente para continuar con el proceso de restablecimiento de derechos de la menor L.L.T.M.

El rol del Estado en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño⁵³, como normativa supranacional, regula e impone a los Estados Partes la adopción de las medidas

53 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989 y aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 12 de 1991.

necesarias para proteger al niño de todo tipo de perjuicio o maltrato. En efecto, indica la Convención en su artículo 19-1 lo siguiente:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”. (Subrayado fuera del texto)

Por su parte la Constitución Política de 1991 dispone:

“Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. (Negritas fuera del texto)”.

De acuerdo con el sistema de valores recogido en la Carta Política de 1991, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, se le reconoce prevalencia y mayor jerarquía a los derechos fundamentales de los niños (artículo 44, primer inciso) y se le impone a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de protección y asistencia de los mismos (artículo 44, segundo inciso).

Tales disposiciones constitucionales han sido desarrolladas por diversas leyes entre las cuales se destacan la Ley 294 de 1996, *“por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”* y la Ley 1098 de 2006, *“por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”*.

El proceso administrativo de restablecimiento de derechos

Como se mencionó en el acápite anterior, en la Constitución Política de Colombia, en los tratados internacionales y en la ley se encuentra una variedad de normas tendientes a brindar protección a los niños y adolescentes, en las cuales se establece que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos para garantizar su desarrollo o integración a la sociedad.

El proceso administrativo de restablecimiento de derechos constituye un instrumento fundamental para la operatividad del Código de la Infancia y la Adolescencia y las disposiciones constitucionales y legales sobre protección de menores e incapaces. Este proceso, incluye las acciones, competencias y procedimientos necesarios para que las autoridades administrativas facultadas por la ley, restablezcan a los niños, las niñas, los adolescentes y a los incapaces el ejercicio pleno y efectivo de los derechos que les han sido vulnerados.

Sobre el tema, el artículo 50 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que: “[s]e entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados”. Igualmente, en su artículo 51 se dispone que: “[e]l restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes es responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas, quienes tienen la obligación de informar o conducir ante la Policía, las Defensorías de Familia, Las Comisarías de Familia o en su defecto, los Inspectores de Policía o las Personerías Municipales o Distritales a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad. Cuando esto ocurra la autoridad competente deberá asegurarse de que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice su vinculación a los servicios sociales”.

En conclusión, se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes, el conjunto de actuaciones administrativas que la autoridad competente desarrolla para la restauración de su dignidad e integridad como sujetos de derechos, con la finalidad de garantizar el disfrute efectivo de los derechos que les han sido vulnerados, dentro del contexto de la protección integral y los principios de prevalencia, interés superior, perspectiva de género, exigibilidad de derechos, enfoque diferencial y corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado⁵⁴.

Régimen jurídico aplicable. Reglas para la distribución de competencias entre la Defensoría de Familia y la Comisaría de Familia

Con el propósito de que el Estado pueda efectivamente cumplir su deber en materia de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de salvaguardia de la familia se crearon diversas entidades y se organizó el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, reglamentado por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 936 de 2013. De acuerdo con lo establecido en el artículo 2º de dicho decreto: “El Sistema Nacional de Bienestar Familiar es el conjunto de agentes, instancias de coordinación y articulación y de relaciones existentes entre estos para dar cumplimiento a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes y el fortalecimiento familiar en los ámbitos nacional, departamental, distrital, municipal”.

54 Documento ICBF No. LM11.PN13 del 7 de mayo de 2007.

Dicho Sistema Nacional de Bienestar Familiar está integrado por diversas entidades pertenecientes tanto al nivel nacional como al nivel territorial. Así a nivel nacional tenemos el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar mediante sus defensorías, mientras que a nivel territorial encontramos las comisarías de familia.

Dado que el presente conflicto de competencias involucra a estas dos entidades, conviene revisar con mayor profundidad la normatividad referida a las mismas. En relación con las defensorías de familia, señala el artículo 79 del Código de la Infancia y la Adolescencia, lo siguiente:

“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.

Las Defensorías de Familia contarán con equipos técnicos interdisciplinarios integrados, por lo menos, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista.

Los conceptos emitidos por cualquiera de los integrantes del equipo técnico tendrán el carácter de dictamen pericial”. (Negrillas fuera de texto)

En relación con las comisarías de familia señala el artículo 83 de esa misma ley:

“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. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como entidad coordinadora del Sistema Nacional de Bienestar Familiar será el encargado de dictar la línea técnica a las Comisarías de Familia en todo el país.” (Subrayas fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, el legislador distribuyó las competencias entre las defensorías y las comisarías de familia. Al respecto los artículos 82 y 86 del Código de la Infancia y la Adolescencia determinaron y delimitaron las funciones correspondientes a los defensores de familia y a los comisarios de familia de la siguiente manera:

“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.

3. Emitir los conceptos ordenados por la ley, en las actuaciones judiciales o administrativas.

4. Ejercer las funciones de policía señaladas en este Código.

5. Dictar las medidas de restablecimiento de los derechos para los niños y las niñas menores de catorce (14) años que cometan delitos.

6. Asumir la asistencia y protección del adolescente responsable de haber infringido la ley penal ante el juez penal para adolescentes. (...)

“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.

2. Atender y orientar a los niños, las niñas y los adolescentes y demás miembros del grupo familiar en el ejercicio y restablecimiento de sus derechos.

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” (Subrayas fuera de texto)

Como bien puede observarse, en materia de protección y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes existe una cierta convergencia de competencias entre los defensores de familia y los comisarios de familia. Precisamente por dicha razón el artículo 7° del Decreto 4840 de 2007 “por el cual se reglamentan los artículos 52, 77, 79, 82, 83, 84, 86, 87, 96, 98, 99, 100, 105, 111 y 205 de la Ley 1098 de 2006”, estableció algunos criterios de diferenciación entre las competencias de las defensorías de familia y las comisarías de familia para efectos de la protección y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así:

“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. Para ello aplicará las medidas de protección contenidas en la Ley 575 del 2000 que modificó la Ley 294 de 1996, las medidas de restablecimiento de derechos consagradas en la Ley 1098 de 2006 y, como consecuencia de ellas, promoverá las conciliaciones a que haya lugar en relación con la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas.

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.

Parágrafo 1°. Para efectos de la aplicación de la Ley 1098 de 2006, se entenderá por violencia intrafamiliar cualquiera de los eventos de violencia, maltrato o agresión contemplados en el artículo 1° de la Ley 575 de 200055. En este sentido, se considerará integrada la familia según los términos previstos en el artículo 2° de la Ley 294 de 1996 (...). (Subrayado y cita fuera del texto)

Con base en las normas transcritas se puede concluir que la diferencia que existe entre la competencia del defensor de familia y la del comisario de familia radica en que, si bien ambos se encargan de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, los comisarios de familia de manera prevalente se encargan de los casos en los cuales se presenten situaciones de maltrato infantil, amenaza o vulneración de derechos en un contexto de violencia intrafamiliar.

Así las cosas las nociones de familia y violencia intrafamiliar resultan cruciales para determinar la competencia de los defensores de familia y de los comisarios de familia en su función de garantizar, proteger, restablecer y reparar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Sobre los conceptos de familia, violencia intrafamiliar y maltrato infantil

55 "Toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico o síquico, 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 éste al Juez Civil Municipal o promiscuo municipal, una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que ésta se realice cuando fuere inminente. Cuando en el domicilio de la persona agredida hubiere más de un despacho judicial competente para conocer de esta acción, la petición se someterá en forma inmediata a reparto."

El artículo 2° de la Ley 294 de 1996, “[p]or la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”, regula el concepto de familia, en los siguientes términos:

“Artículo 2o. La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Para los efectos de la presente Ley, integran la familia:

a) Los cónyuges o compañeros permanentes;

b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;

c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos;

d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.” (Se resalta).

Por su parte, el artículo 4⁵⁶ de la Ley 294 de 2006, consagra las conductas constitutivas de violencia intrafamiliar, entre las que se incluyen aquellas que comportan daño, amenaza o agravio a la integridad física o sexual de los miembros de la familia:

“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. (...)”

Frente a tal definición, de entrada conviene precisar que el concepto de violencia intrafamiliar de ninguna manera se limita a la agresión como expresión de la violencia física. La Sala ya ha indicado que los golpes y las agresiones físicas no son la única forma de violencia intrafamiliar⁵⁷. En efecto, el ordenamiento jurídico colombiano reconoce en la negligencia u omisión un ejemplo de maltrato infantil, maltrato que a su vez puede ser considerado como una forma de violencia intrafamiliar.

La Corte Constitucional en Sentencia C-674 de 2005 estableció con respecto a la violencia intrafamiliar que:

“[L]a violencia intrafamiliar comprende todo tipo de violencia y en particular las modalidades de violencia física, psicológica y sexual, que están presentes en distintos ordenamientos internacionales, aunque, dentro de la diversidad de aproximaciones

⁵⁶ Modificado por el Artículo 16 de la ley 1257 de 2008 y el artículo 1 de la ley 575 de 2000.

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Providencia de 30 de octubre de 2013. Exp. N° 11001-03-06-000-2013-00441-00. En similar sentido, puede verse también la providencia de 5 de junio de 2014, Exp. N° 11001-03-06-000-2014-00070-00.

que es posible encontrar sobre la materia también se han aislado otras modalidades de maltrato que podrían ser objeto de una aproximación específica, como el maltrato económico o el maltrato social.”.

Aunado a lo anterior, en la Sentencia C-059 de 2005, se mencionan como conductas constitutivas de violencia intrafamiliar:

“[P]or violencia intrafamiliar puede entenderse todo daño o maltrato físico, psíquico o sexual, trato cruel, intimidatorio o degradante, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión, producida entre miembros de una familia, llámese cónyuge o compañero permanente, padre o madre, aunque no convivan bajo el mismo techo, ascendientes o descendientes de éstos incluyendo hijos adoptivos, y en general todas las personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.” (Negrillas fuera de texto).

De otra parte, en Sentencia C-029 de 2009, la Corte Constitucional señaló en relación con la violencia intrafamiliar y las personas que la perpetran que:

“El legislador, dentro de su libertad de configuración, ha decidido estructurar un tipo penal orientado a sancionar, cuando ocurren en el ámbito familiar, conductas de violencia física o psicológica que no tienen la entidad necesaria como para integrarse en los tipos que, de manera general, protegen bienes como la vida, la integridad personal, la libertad, la integridad y la formación sexuales, o la autonomía personal, y de acuerdo con su tenor literal, las medidas previstas en las normas acusadas se desenvuelven en el ámbito de la protección integral a la familia, por cuanto lo que se pretende prevenir, es la violencia que de manera especial puede producirse entre quienes, de manera permanente, comparten el lugar de residencia o entre quienes, de manera quizá paradójica, se encuentran más expuestos a manifestaciones de violencia en razón de la relación de confianza que mantienen con otra persona, relación que, tratándose de parejas, surge del hecho de compartir un proyecto de vida en común (...).

No obstante que, de acuerdo con su tenor literal, las medidas previstas en las normas acusadas se desenvuelven en el ámbito de la protección integral a la familia, observa la Corte que el fenómeno objeto de regulación se inscribe en un contexto más amplio, en la medida en la que, en algunas de sus manifestaciones, se construye alrededor de conceptos como “domicilio” o “residencia”, o en función de las personas que “... de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica”. De este modo, lo que se pretende prevenir, es la violencia que de manera especial puede producirse entre quienes, de manera permanente, comparten el lugar de residencia o entre quienes, de manera quizá paradójica, se encuentran más expuestos a manifestaciones de violencia en razón de la relación de confianza que mantienen con otra persona, relación que, tratándose de parejas, surge del hecho de compartir un proyecto de vida en común.” (negrillas fuera de texto)

En la Sentencia C-368 de 2014 destacó que:

“Se trata entonces de un tipo penal con sujeto activo y pasivo calificado (...) miembros de un mismo núcleo familiar o (...) puede ser realizado también por la persona encargada del cuidado de la víctima en su domicilio o residencia. Al efecto, cabe precisar que de acuerdo con la descripción típica la pertenencia al mismo núcleo familiar o encargado del cuidado en el ámbito doméstico no restringe la adecuación típica a que el evento de violencia suceda en el lugar donde reside la víctima, o señalado como habitación familiar, sino que constituye el elemento calificador del sujeto activo, no descriptivo o normativo de la conducta punible. Además, el delito de violencia intrafamiliar se configura cuando se realiza el verbo maltratar (el que maltrate física o psicológicamente). De otra parte, para la adecuación típica del delito de violencia intrafamiliar, como lo enseña la teoría del delito, es necesaria la existencia de antijuridicidad material en la conducta. Señala el artículo 11 de la Ley 599 de 2000...”. (Negrillas fuera de texto)

En consecuencia, los artículos 2 y 4 de la Ley 294 de 1996, modificada por la Ley 1257 de 2008, identifican los eventos de violencia intrafamiliar y quienes integran la familia para efectos de su aplicación.

Finalmente, es pertinente anotar que, en el caso de los niños, niñas y adolescentes, el artículo 4 de Ley 294 de 2006 debe ser interpretado y aplicado en concordancia con el artículo 18 del Código de la Infancia y la Adolescencia, de conformidad con el cual *“se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona.”* (Negrillas fuera de texto).

Caso concreto

En el presente asunto la Comisaría de Familia estimó que no tenía competencia porque la agresión sexual de que habría sido víctima la niña L.L.T.M no es un hecho de violencia intrafamiliar por no existir parentesco entre el presunto agresor y la agredida, quienes simplemente por las condiciones económicas y sociales de la familia de la menor deben vivir en la misma balsa destinada para vivienda, pero no son familia ni conviven como una unidad doméstica familiar.

Por el contrario, para la Defensora de Familia la competencia es del comisario, porque los hechos son constitutivos de violencia intrafamiliar de tipo sexual, debido a que fueron cometidos por el señor Julio Moreno al cual la niña reconoce como el abuelo y con quien vive en una misma unidad residencial con su progenitor desde hace 5 años, donde no pagan arriendo, y que, por ser el dueño de la balsa, tiene una posición dominante frente al padre de la menor.

A juicio de la Sala la entidad competente para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la niña L.L.T.M es la Defensoría

de Familia del I.C.B.F. Centro Zonal Leticia Regional Amazonas, por las siguientes consideraciones:

Como se explicó, para que se tipifique el maltrato infantil como violencia intrafamiliar (criterio determinante de la competencia de las comisarías de familia), este debe ser perpetrado entre miembros de una familia, llámese cónyuge o compañero permanente, convivan o no bajo el mismo techo, padre o madre, ascendientes o descendientes de estos incluyendo hijos adoptivos, y en general todas las personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.

Sin embargo, el caso aquí descrito no puede equipararse con situaciones de violencia intrafamiliar, puesto que el señor Francisco Torres Sánchez, padre la niña, en entrevista personal ante el Comisario de Familia manifestó categóricamente que el presunto agresor Julio Moreno, fue su padrastro hasta cuando su madre murió hace 25 años, y si bien es el dueño de la balsa donde reside con sus dos hijos hace más de cinco años por problemas económicos, vive en el lugar en una de las piezas pero no comparte ninguna relación con ellos, pues tiene su propia vida independiente.⁵⁸

Este hecho se puede corroborar en el informe de la visita psicosocial para la verificación de las condiciones de vivienda e identificación de los factores de riesgos, en el que se indica, entre otros aspectos, que: (i) en la balsa conviven 8 personas -dentro de estas la menor presuntamente agredida y el agresor- en varias habitaciones, las cuales no tienen puertas que brinden seguridad o privacidad; (ii) no existe relación de parentesco del señor Julio Moreno, dueño de la balsa, con los miembros de la familia Torres Sánchez, y (iii) en ausencia del padre de la menor, Francisco Torres, quien la cuida es la señora Gladys Cerra, esposa de su hermano Victorino Torres. Además, se consigna en el informe, que durante la diligencia el señor Julio Moreno afirmó que: *“no tiene obligación de atender a los hermanos Torres y demás familiares en el domicilio, manifiesta que les hace un favor. Pero les cobra por la permanencia en la balsa.”*

Como se deduce de las anteriores diligencias, no obran pruebas que permitan concluir que entre el señor Julio Moreno y la familia Torres Sánchez exista algún parentesco o que de manera permanente se hallare este integrado a la unidad doméstica de esa familia.

Sobre este último aspecto, podría sostenerse que dentro del concepto de “unidad doméstica” previsto en el literal d. del artículo 2 de la Ley 294 de 1996, a saber *“Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.”*, sería posible incluir al señor Julio Moreno porque reside en el mismo lugar y, con base en ello, concluir que hace parte de la unidad doméstica de la familia Torres Sánchez, situación que contrasta a todas luces con sus propias afirmaciones mediante las que se desvincula de esa familia, cosa que no se ha probado dentro de la actuación en parte porque no obra prueba de que entre él y

58 Cfr. Auto de apertura de proceso administrativo de restablecimiento de derechos por actos sexuales con menor de 14 años, expedido el 27 de julio de 2015, fs. 20-21.

la menor se presenten lasos de responsabilidad, afecto o confianza propias de las familias y existentes en razón de la coexistencia y de la voluntad de conformar una familia.

Cabe advertir que, a pesar de que la citada ley no definió puntualmente lo que debe entenderse por unidad doméstica ni detalló sus integrantes, de su texto puede inferirse que para que ella se configure respecto de una persona frente a otra, resulta más relevante que el vivir bajo el mismo techo o que la relación de parentesco (pues bien podrían hacer parte de ella abuelos, padres, cónyuges o compañeros permanentes, hermanos, hijos, cuñados, tíos, primos, sobrinos, etc.), los lazos de afecto y responsabilidad conjunta; frente a lo anterior, la Sala precisó:

“Está demostrado en el expediente que el presunto abuso sexual del que fue víctima la adolescente Y.A.C. fue perpetrado por una persona que habitaba en la misma casa, pero en calidad de arrendatario o inquilino, sin tener nexos alguno de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil (por adopción) con cualquiera de los miembros que integran la familia de Y.A.C., y, contrario a lo afirmado sin sustento alguno por la Defensoría de Familia del ICBF, sin estar integrado de manera permanente a la unidad doméstica o familiar de la citada adolescente, como lo establece el artículo 2º de la Ley 294 de 1996.

Para evitar cualquier duda o confusión que pueda presentarse al respecto, la Sala considera importante aclarar que cuando la norma citada utiliza la expresión “unidad doméstica” no se refiere propiamente a la residencia, vivienda o lugar de habitación de la familia, sino a la familia misma, es decir, al grupo de personas unidas por lazos de parentesco, por matrimonio o por la decisión libre y responsable de conformarla, tal como lo disponen el artículo 42 de la Constitución Política y el artículo 2º de la Ley 294 de 1996.”⁵⁹

En consecuencia, la sola convivencia de manera permanente bajo el mismo techo, no basta para que se entienda que una persona está integrada a la unidad doméstica familiar, pues es un concepto que no puede ser considerado solamente por el aspecto material, es decir, reducido al simple hecho de compartir una persona el mismo lugar de residencia o habitación con los miembros de una familia. Este entendimiento de unidad doméstica daría lugar a concepciones y soluciones equivocadas en su aplicación en el contexto de la violencia intrafamiliar, por cuanto existen situaciones en las cuales las personas, sin ser familia, conviven en el mismo sitio, como ocurre usualmente, por ejemplo, entre los arrendatarios o inquilinos con el propietario o arrendador de una vivienda, pero sin ánimo de pertenecer y permanecer en ese grupo y sin compartir obligaciones y responsabilidades dirigidas a propiciar solidariamente el bienestar en diversos ámbitos (materiales o espirituales) de sus miembros.

Además, si todo tipo de conflicto o desavenencia entre personas que compartan lugar de vivienda pudiera interpretarse como “situación de violencia intrafamiliar”,

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión del 29 de noviembre de 2012 radicado N° 11001-0-03-06-000-2012-107-00

sobre la base de que solo ese hecho configura una unidad doméstica, por esa vía terminaría vaciándose la competencia de los defensores de familia para adelantar el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos de los niños, derechos que, con frecuencia resultan vulnerados o desatendidos por comportamientos de quienes comparten vivienda, pero que no siempre son atribuibles a violencia intrafamiliar en estricto sentido, porque no conforman una unidad doméstica con las víctimas.

Vale la pena anotar que, en ocasiones anteriores, la Sala ha manifestado que uno de los hechos indicativos de que la vulneración a los derechos fundamentales de los menores de edad se da en un contexto de violencia intrafamiliar, es cuando tal situación se presenta dentro de la vivienda o lugar de habitación de la familia, pero no debe entenderse que sea el único; dicha circunstancia constituye un elemento de juicio que, en conjunto con otros, permite inferir que los hechos han ocurrido en un contexto de violencia intrafamiliar. Es decir, de ninguna manera puede llegarse a dicha conclusión únicamente por el hecho de que la violación a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes ocurra dentro del sitio de habitación, pues resulta evidente que los actos de violencia intrafamiliar pueden ser cometidos por fuera de los límites de la vivienda, y también que todos, algunos o alguno de los miembros de una familia pueden ser maltratados, violentados o amenazados por personas ajenas a la familia, dentro de los muros de su propia casa.

En el caso concreto no se evidencia que existan en la actualidad vínculos familiares entre el presunto agresor, Julio Moreno, la niña L.L.T.M, o su padre, Francisco Torres Sánchez, o que estos conformen un núcleo familiar o unidad doméstica. Se pudo establecer en las diligencias adelantadas por la Comisaría de Familia que los presuntos actos de violencia sexual contra la menor habrían sido presuntamente cometidos por parte de un adulto, Julio Moreno, que habita en la misma balsa, pero no es tangible que ese abuso o maltrato denunciado se haya presentado en un contexto de violencia intrafamiliar, por cuanto, como ya se mencionó, quien lo realiza no tiene lazos familiares con la niña ni hace parte integrante en forma permanente de su unidad familiar.

Por lo tanto, en este asunto debe respetarse la competencia general que en esta materia ha otorgado la ley a los defensores de familia, para adoptar las medidas de protección, restablecimiento y reparación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que hayan sido víctimas de violencia (incluyendo violencia sexual), abuso, maltrato, abandono, negligencia y cualquier otra forma de vulneración o amenaza a sus derechos, razón por la cual la Sala declarará competente a la Defensoría de Familia del I.C.B.F. Centro Zonal Leticia Regional Amazonas, para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la niña L.L.T.M.

8. Definición de competencia y términos legales

El procedimiento especialmente regulado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, para que la Sala de Consulta y Servicio Civil decida los conflictos de competencias

que pudieren ocurrir entre autoridades administrativas, obedece a la necesidad de definir en toda actuación administrativa la cuestión preliminar de la competencia. Puesto que la Constitución prohíbe a las autoridades actuar sin competencia, so pena de incurrir en responsabilidad por extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6º), y el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 prevé que la expedición de actos administrativos sin competencia dará lugar a su nulidad, mientras no se determine cuál es la autoridad obligada a conocer y resolver, no corren los términos previstos en las leyes para que decidan los correspondientes asuntos administrativos.

Debido a estas razones de orden constitucional y legal, mientras la Sala de Consulta y Servicio Civil dirime la cuestión de la competencia no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones. De ahí que, conforme al artículo 39, *“mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”*⁶⁰. El artículo 21 de la Ley 1755 de 2015, relativo al funcionario sin competencia, dispone que *“[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remitido al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente.”* Por esta misma razón, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que *“[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”*.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que la presente decisión sea comunicada.

Por lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

60 La Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituyó el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 por el siguiente texto: *“Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: //1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes. // 2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.// Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto”*.

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que la Defensoría de Familia del I.C.B.F. Centro Zonal Leticia Regional Amazonas es la autoridad competente para el conocimiento del proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la menor L.L.T.M.

SEGUNDO: Remitir el expediente de la referencia a la Defensoría de Familia del I.C.B.F. Centro Zonal Leticia Regional Amazonas para lo de su competencia.

TERCERO: Comunicar la presente decisión, con copia de la misma, a la Comisaría de Familia de Leticia, a la Defensoría de Familia del I.C.B.F. Centro Zonal Leticia Regional Amazonas y al señor Francisco Torres Sánchez padre de la menor.

CUARTO: Los términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de la presente decisión.

La anterior decisión se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Comuníquese y cúmplase

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Álvaro Namén Vargas, Presidente de la Sala. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

9. Comisaría Primera de Familia de Envigado y la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Noroccidental de la Regional Antioquia en Medellín.

Radicado 2015-00105

Fecha: 22/10/2015

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el 112 numeral 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, procede a resolver el conflicto negativo de competencias de la referencia, propuesto por la Comisaría Primera de Familia del municipio de Envigado (Antioquia) frente a la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF) Centro Zonal Noroccidental de la Regional Antioquia, en Medellín para determinar cuál es la autoridad competente para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los menores de edad a los que hace referencia la solicitud con que se inició el presente trámite.

I. Antecedentes

De acuerdo a los documentos allegados al expediente el asunto tiene los siguientes antecedentes:

1. El 16 de marzo de 2015 la directora de la Fundación Hogar “Niños, niñas y adolescentes de la Divina Misericordia” puso en conocimiento de la Comisaría de Familia de Envigado (reparto) la situación de los hermanos A.S.H.J. y J.E.H.J.⁶¹, de 6 y 7 años respectivamente, presuntamente víctimas de abuso sexual por parte de un miembro de su familia.

2. En la denuncia la Fundación Hogar “Niños, niñas y adolescentes de la Divina Misericordia” informó a la Comisaría Primera de Familia de Envigado que la supuesta situación de abuso sexual se detectó por el área de psicología de la fundación, luego de que el comportamiento de los niños en la institución mostró cambios bruscos en el rendimiento escolar, dificultades con las figuras de autoridad, conocimientos sexuales impropios para su edad y evidencias sexuales en dibujos, entre otros. Igualmente se le indicó a la comisaría que los niños A.S.H.J y J.E.H.J. convivían con su madre V.J.A., un bebé de dos años y un tío de los niños, de 18 años de edad, hermano de la mamá; y que también frecuentemente recibían la visita de un adolescente que vive cerca a ellos.

3. Mediante auto de 16 de marzo de 2015 la Comisaría Primera de Familia de Envigado abrió la investigación y dispuso como medida provisional de urgencia la

⁶¹ Como medida de protección de la intimidad de los menores de edad, se omitirá en esta decisión y en toda futura publicación de la misma su nombre y el de sus familiares.

ubicación de los niños en el hogar de su abuela paterna en la ciudad de Medellín. En la misma decisión remitió el expediente al ICBF Centro Zonal Integral Noroccidental de Medellín que atiende a los habitantes del sector de Robledo, lugar donde está ubicada la residencia de la abuela de los niños.

4. El 25 de marzo de 2015 la Directora de la Fundación Hogar “Niños, Niñas y Adolescentes de la Divina Misericordia” presentó al Comisario Primero de Familia de Envigado un informe descriptivo del proceso clínico que realizó la psicóloga de la Corporación Universitaria Lasallista, según el cual, la niña A.S.H.J. manifestó que un tío, hermano de su mamá, quien en ocasiones está al cuidado de ella y de su hermano, les pide realizar contactos de tipo sexual con la amenaza de golpearlos si no lo hacen.

5. El 20 de mayo de 2015 la Defensoría de Familia del Centro Zonal Integral Noroccidental devolvió el proceso administrativo de restablecimiento de los niños A.S.H.J. y J.E.H.J. a la Comisaría Primera de Familia de Envigado debido a que el presunto abuso sexual denunciado fue cometido por un miembro de la familia de los niños, lo que a su juicio constituye un factor de violencia intrafamiliar de competencia de dicha comisaría. Asimismo propuso conflicto negativo de competencias en caso de que la Comisaría de Familia se declarara nuevamente incompetente.

6. El 27 de mayo de 2015 la Comisaría Primera de Familia de Envigado envió el asunto a esta Sala para resolver a quien le compete continuar con el procedimiento de restablecimiento de derechos de los niños A.S.H.J. y J.E.H.J.

II. Actuación procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, por el término de cinco (5) días se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto.

Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite que ordena el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011. Consta también que se informó sobre el presente conflicto a la Defensoría de Familia del I.C.B.F. Centro Zonal Noroccidental Regional Antioquia, a la Comisaría Primera de Familia de Envigado y a la abuela paterna de los niños A.S.H.J. y J.E.H.J. Según el Informe Secretarial, dentro del término de fijación del edicto ninguna de las partes o terceros interesados allegaron alegatos o consideraciones.

III. Argumentos de las partes

A. Comisaría Primera de Familia de Envigado

La comisaría solicitó que se declare competente a la Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal Noroccidental, pues de acuerdo con el informe psicológico que recibió consideró que se estableció sumariamente la posible inobservancia,

vulneración o amenaza de algunos de los derechos de los niños, que en caso de ignorarse configuraría una vía de hecho por contrariar disposiciones constitucionales según las cuales en los casos relacionados con menores de edad el testimonio de la víctima puede bastar como prueba.

Adujo que la permanencia de los niños en la Fundación Hogar “Niños, niñas y adolescentes de la Divina Misericordia” fue incidental ya que obedeció a necesidades socio – económicas, y que el cambio de domicilio de los niños como consecuencia de la medida provisional de urgencia asumida, hizo que la competencia para continuar con el asunto fuera de la Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal Noroccidental que atiende a los habitantes del sector donde actualmente viven los niños con su abuela paterna.

B. Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal Noroccidental

La Defensoría de Familia declaró que carece de competencia para continuar con el presente asunto porque el presunto abuso sexual denunciado fue cometido por un miembro de la familia de los niños A.S.H.J. y J.C.H.J. y por tanto se enmarca en el contexto de violencia intrafamiliar de competencia de las Comisarías de Familia de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia, la Ley 1142 de 2007, la Ley 294 de 1996 y el Decreto 4840 de 2007.

IV. Consideraciones

Competencia de la sala

El artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, asignó entre otras, a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la siguiente función:

“Artículo 112. (...) 10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.”

Asimismo, dentro del procedimiento general administrativo, el artículo 39 del código en cita también estatuye:

“Artículo 39. Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional o al Tribunal Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales,

o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

De igual manera se procederá cuando dos autoridades administrativas se consideren competentes para conocer y definir un asunto determinado”.

De acuerdo con las normas anteriores, la Sala de Consulta y Servicio Civil es competente para resolver el presente conflicto de competencias administrativas por cuanto una de las autoridades intervinientes es nacional, a saber, la Defensoría de Familia Regional Antioquia Centro Zonal Noroccidental como dependencia que es del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar–ICBF⁶² - y la otra es una autoridad del orden territorial, la Comisaría Primera de Familia de Envigado⁶³.

De otra parte, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un asunto particular y concreto, que consiste en determinar cuál es la autoridad competente para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los niños A.S.H.J. y J.E.H.J. Se concluye por tanto, que la Sala es competente para dirimir el conflicto.

Problema jurídico

El problema jurídico consiste en determinar cuál es la autoridad que debe continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de los derechos de los niños A.S.H.J. y J.E.H.J.

Análisis del conflicto planteado

Para resolver el problema jurídico planteado la Sala deberá precisar si las circunstancias en las que se produjo la vulneración de los derechos de los menores de edad se originaron en un contexto de violencia intrafamiliar, y si dicho criterio prima en la definición del asunto. O, por el contrario, si para la protección real y efectiva de los derechos de los niños, consecuencia del cambio de su residencia como efecto de una medida administrativa de urgencia, resulta ser un factor determinante de competencia administrativa en este caso.

Al efecto, la Sala estima pertinente *i)* analizar la distribución de competencias entre las defensorías y comisarías de familia como entidades encargadas de restablecer y prevenir la vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes, *ii)* determinar si en el presente asunto prima el criterio de competencia en relación con los asuntos que involucran el fenómeno de la violencia intrafamiliar, o si para la protección efectiva de los derechos de los niños, se debe optar por el factor territorial que contempla el Código de la Infancia y la Adolescencia en concordancia con el principio de interés superior del niño y *iii)* conforme a las conclusiones sobre las

62 Ley 1098 de 2006. “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”. D. O. No. 46.446 (Nov. 8/06). “Art. 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”. / .../.

63 *Ibidem.* (...) “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...”.

reglas de competencia y a los principios generales establecidos en el mencionado código resolver el caso concreto.

Distribución de competencias entre Defensorías y Comisarías de Familia. La violencia intrafamiliar como criterio diferenciador de competencia entre Comisarías y Defensorías en un mismo municipio

Es importante resaltar que el sistema de competencias establecido por la Ley 1098 de 1996, distribuido en distintas autoridades, unas de manera principal y otras de manera subsidiaria o sustituta, busca otorgar efectividad y celeridad a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Esta finalidad concuerda con el principio de corresponsabilidad que trae el artículo 10 del Código de la Infancia y la Adolescencia⁶⁴, según el cual hay una concurrencia de actores (familia, sociedad, sectores e instituciones del Estado) y acciones con el fin de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de este grupo de población que goza de protección especial, razón por la cual las autoridades involucradas en este sistema, ante cada asunto del que tengan conocimiento, tienen un llamado legal y constitucional a realizarlas sin excusar los precisos términos de las normas que las confieren.

Las disposiciones constitucionales establecen para el Estado y la sociedad el deber de garantizar la protección integral de la familia como núcleo fundamental de la sociedad⁶⁵, así como la protección prevalente de los derechos de niños, niñas y adolescentes⁶⁶. Para el efecto, la Ley 1098 de 2006 concibió como un procedimiento de naturaleza administrativa⁶⁷, las medidas de restablecimiento de los derechos que tienen por finalidad proteger a los niños, niñas o adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad, y con el fin de garantizar el acceso a los mecanismos de defensa y restablecimiento de sus derechos radicó el conocimiento de dichas medidas en diferentes autoridades, llamadas todas a cumplir en este ámbito los cometidos de la ley.

En relación con los defensores y comisarios de familia la Ley 1098 de 2006 fijó en cabeza de estos la titularidad para ejercer el restablecimiento de los derechos

64 Ley 1098 de 1996 "Artículo 10. Corresponsabilidad. Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección. // La corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado. // No obstante lo anterior, instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán invocar el principio de corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes."

65 "Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. // El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. (...)"

66 "Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. // La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. // Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás."

67 "Capítulo II/ Medidas de restablecimiento de los derechos. /Artículo 50. Restablecimiento de los derechos. Se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados."

reconocidos en tratados internacionales, en la Constitución Política y en ese código⁶⁸. El artículo 82 *eisudem* asignó a los Defensores de Familia una responsabilidad genérica de prevención, protección, garantía y restablecimiento de los derechos en los siguientes términos:

“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”. (...)

A esta regla de competencia general se superpone una regla especial, según la cual, cuando la amenaza o vulneración de los derechos se susciten en un contexto de violencia intrafamiliar, las competencias de prevención, protección, garantía y restablecimiento, que en principio serían de los defensores de familia, se convierten en responsabilidad exclusiva y excluyente de los comisarios de familia. En tal sentido dispone el artículo 83 de la norma en cita:

“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.” (...) (Resalta la Sala).

Este criterio de competencia se reitera en el artículo 86 de la Ley 1098 de 2006 así:

“Artículo 86. Funciones del Comisario de Familia. Corresponde al Comisario de Familia:

Garantizar, proteger, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar. (...) (Resalta la Sala).

Como se aprecia, la competencia del Comisario de Familia se centra en la protección y restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes afectados por el fenómeno social de la violencia intrafamiliar. Por su

⁶⁸ Cfr. Artículo 96 de la Ley 1098 de 1996.

parte, el artículo 4 de la misma ley, modificado por las Leyes 575 de 2000⁶⁹ (artículo 1) y 1257 de 2008⁷⁰ (artículo 16), delimita el contexto de violencia intrafamiliar así:

“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. (...)” (Resalta la Sala).

Adicionalmente, el artículo 7° del Decreto 4840 del 17 de diciembre de 2007⁷¹, *“Por el cual se reglamentan los artículos 52, 77, 79, 82, 83, 84, 86, 87, 96, 98, 99, 100, 105, 111 y 205 de la Ley 1098 de 2006”*, ratificó el criterio diferenciador de las competencias de las Defensorías y las Comisarías de Familia. Dice así su parte pertinente:

“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. Para ello aplicará las medidas de protección contenidas en la Ley 575 del 2000 que modificó la Ley 294 de 1996, las medidas de restablecimiento de derechos consagradas en la Ley 1098 de 2006 y, como consecuencia de ellas, promoverá las conciliaciones a que haya lugar en relación con la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas.

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

69 “Por medio de la cual se reforma parcialmente la Ley 294 de 1996”.

70 “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”.

71 Compilado en el Decreto 1069 de 2015. “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”. Sección 2 Funcionamiento y competencias de Defensorías Familia y de las Comisarías de Familia. Artículo 2.2.4.9.2.1. Competencias del Defensor de Familia y del Comisario Familia (...)

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.

Parágrafo 1º. Para efectos de la aplicación de la Ley 1098 de 2006, se entenderá por violencia intrafamiliar cualquiera de los eventos de violencia, maltrato o agresión contemplados en el artículo 1º de la Ley 575 de 2000. En este sentido, se considerará integrada la familia según los términos previstos en el artículo 2º de la Ley 294 de 1996 (...). (Resalta la Sala)

Como se desprende de la normatividad en cita, si bien las Defensorías y Comisarías de Familia tienen simultáneamente la función de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes; **siempre que la comisaría y defensoría estén ubicadas en el mismo municipio**, los comisarios de familia, de manera prevalente se encargarán de los casos en los cuales se presenten situaciones de maltrato infantil, amenaza o vulneración de derechos en un contexto de violencia intrafamiliar⁷².

Autoridades en conflicto no pertenecen a un mismo municipio. El contexto de violencia intrafamiliar hecho superado con medida de urgencia. Modificación de competencia por un factor territorial

El presente asunto tiene que ver con el caso de dos niños que presuntamente fueron víctimas de abuso sexual por parte de un tío materno que vivía en el mismo lugar de habitación en el municipio de Envigado y que por tanto integraba de forma permanente la unidad doméstica, lo que sin lugar a dudas configuraba un contexto de violencia intrafamiliar.

Una vez conocidos estos hechos de violencia intrafamiliar por parte de la Comisaría Primera de Familia de Envigado (Antioquia), esa entidad atendió la solicitud y tomó como medida provisional de urgencia la ubicación de los niños en la residencia de la abuela paterna en la ciudad de Medellín. La Sala observa que con la actuación de la Comisaría, la presunta vulneración o riesgo de los derechos de los niños en relación con su integridad sexual en un contexto de violencia intrafamiliar, se superó, y por tanto, desapareció el supuesto de hecho que servía como factor determinante de su competencia⁷³.

Adicionalmente, observa la Sala que la actuación de la Comisaría de Familia trajo otro efecto práctico, pues al dejar el cuidado personal de los niños en manos de un familiar que reside en otro municipio, obviamente se modificó el lugar de residencia de los menores de edad. Es decir, en este caso la violencia intrafamiliar como criterio diferenciador de competencia no hubiera podido cobrar validez,

⁷² Al respecto se pueden revisar los conflictos de competencias radicados números: 2013-0160, 2013-0367, 2013-0382, 2013-0386, 2013-0395, 2013-0403, 2014-0043, 2014-0070, 2014-0171, 2014-0261, 2014-0282, 2015-0004, 2015-0005, 2015-0007, 2015-0019.

⁷³ Con fundamento en lo dispuesto por los artículos 83 y 86 del Código de la Infancia y la Adolescencia y el artículo 7º del Decreto 4840 de 2007, la situación de violencia intrafamiliar implica la competencia a los Comisarios de Familia, función que exceptúa a la genérica de los defensores de familia, y prevalece sobre esta.

pues es necesario que comisaría y defensoría en conflicto, concurren en un mismo municipio, circunstancia que en este evento no se verifica pues las autoridades en conflicto son la Comisaría de Familia del municipio de Envigado, y la Defensoría de Familia del Centro Zonal Noroccidental de la ciudad de Medellín.

Con esto no pretende la Sala demostrar que exista una carencia actual de objeto en este asunto, pues aun cuando con la medida de la comisaría se sustrajo a los niños del hogar donde al parecer se suscitó la supuesta agresión sexual que quebrantó sus derechos, esto no resuelve de forma completa la situación de vulnerabilidad⁷⁴ en la que se encuentran, ya que, a juicio de la Sala, persisten otros escenarios de riesgo para los derechos de los hermanos que surgen con ocasión del traslado de su residencia, pues este hecho podría impactar negativamente otros de sus derechos fundamentales tales como el derecho a la alimentación, al acceso a los sistemas de educación y de salud, entre otros, asuntos sobre los cuales necesariamente la autoridad competente deberá tomar las medidas de restablecimiento de derechos del caso.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en virtud de la medida de urgencia adoptada por la Comisaría de Familia del municipio de Envigado, la residencia actual de los hermanos A.S.H.J. y J.E.H.J. es el hogar de la abuela paterna en Medellín, es razonable que en este caso deba acudirse al factor territorial como criterio determinante de competencia.

El artículo 97 de la Ley 1098 de 2006 definió la “*competencia territorial*”, y señaló expresamente que “[s]erá competente la autoridad del lugar donde se encuentre el niño, la niña o el adolescente; (...)”. Esta disposición responde a la finalidad y al objeto del Código de la Infancia y la Adolescencia, como quiera que el menor de edad es el titular de los derechos que se garantizan con las normas procesales y sustantivas establecidas en el mismo Código. Ha señalado la Sala en anteriores oportunidades que el factor territorial es la regla general de competencia que vincula a la autoridad con el menor de edad, al señalar con claridad que dicha competencia deriva del “*lugar donde se encuentre*.”⁷⁵

En ese sentido, el hecho de que los procedimientos de restablecimiento de derechos se adelanten por los funcionarios del *lugar de residencia o domicilio* de los niños tiene relación directa con los principios de inmediatez, economía y eficacia que orientan los procedimientos administrativos en general, los cuales cobran especial relevancia cuando se trata de la protección efectiva y oportuna de personas que, como los niños, niñas y adolescentes, son objeto de protección constitucional reforzada.

74 El inciso segundo del artículo 18 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, define la vulnerabilidad en cuestión bajo el concepto de maltrato infantil, así: “*Para los efectos de este Código, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona*”. Asimismo, el numeral primero del artículo 20 del Código en cita, consagra: “*Artículo 20. Derechos de protección. Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra: 1. El abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención (...)*”.

75 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conflictos de Competencias Administrativas Radicados: 2012-0068, 2013-0442, 2014-0128, 2014-0171, 2014-0176.

Solo de esta manera el restablecimiento de derechos podrá cumplir su finalidad en los términos en que lo exige el parágrafo 1° del artículo 53 de la Ley 1098 de 2006 cuando señala que “[*]la autoridad competente deberá asegurar que en todas las medidas provisionales o definitivas de restablecimiento de derechos que se decreten, se garantice el acompañamiento a la familia del niño, niña o adolescente que lo requiera.*” Así las cosas, en el caso *sub examine* la competencia la tiene la Defensoría de Familia que atiende a los habitantes del sector donde habitan actualmente los niños, que de acuerdo a lo contenido en el expediente es la Defensoría de Familia del Centro Zonal Noroccidental.

Cumplimiento del principio de interés superior de los derechos de los niños, de protección integral, y colaboración armónica

En este punto la Sala resalta además que, dentro de los principios básicos que orientan la Doctrina de la Protección Integral a los niños, niñas y adolescentes, consolidada a partir de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño de 1989⁷⁶, en relación a las medidas concernientes a los niños que deban tomar las autoridades administrativas, señaló la Convención que una consideración primordial a la que **“se atenderá será el interés superior del niño.”**⁷⁷

En ese mismo sentido, el artículo 44 de la Constitución Política relacionó algunos de los derechos fundamentales de los que son titulares los niños y estableció que sus derechos prevalecen sobre los de los demás. Es decir, conforme a la Convención Internacional sobre Derechos del Niño y a la Constitución Política de Colombia, los niños no sólo son sujetos de derechos, sino que sus derechos e intereses prevalecen en nuestro ordenamiento jurídico.

Con la expedición del Código de Infancia y Adolescencia el Estado colombiano armonizó su legislación a los postulados internacionales en la materia y sobre el principio de interés superior de los niños, el artículo 8° del Código señaló que **“se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”**.

Ahora bien en atención al principio de supremacía del interés superior de los niños la Corte Constitucional desarrolló unos criterios generales para orientar a los operadores jurídicos en sus decisiones en cada caso concreto. De acuerdo con la

76 *“Aunque es la Convención Internacional sobre Derechos del Niño la que consolida la doctrina integral de protección de la niñez, incluyendo como principio orientador el interés superior de las y los niños, el primer instrumento internacional que hizo referencia a ese postulado fue la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño. Después fue reproducido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25. 2), la Declaración de los Derechos del Niño (Principio 2°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 23 y 24) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 19)”*. Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-044 de 31 de enero de 2014.

77 Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Artículo 3. *“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”* “2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. // “3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada” (Resalta la Sala).

jurisprudencia de la Corte, para establecer cómo se satisface el interés superior se deben hacer consideraciones de tipo fáctico, referidas a las circunstancias específicas del caso en su totalidad; y jurídicas: referidas a los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños, de forma que *“las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores de edad implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés”*⁷⁸.

En conclusión, a juicio de la Sala siempre que una autoridad administrativa deba resolver un caso concreto en el que se estén involucrados los derechos de un menor de edad, o incluso cuando pretendan reparar en su competencia para resolverlo, tienen que apelar al principio de primacía del interés superior de los niños, contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución Política y el Código de Infancia y Adolescencia. Cuando no sea claro cómo se satisface dicho interés, se deben hacer las consideraciones fácticas y jurídicas necesarias, que lleven a la autoridad administrativa a adoptar una decisión razonada, argumentada y seria en el asunto cuya finalidad primordial siempre sea proteger los intereses de los menores de edad.

Estima la Sala que, sin perjuicio de las razones expuestas, en atención al interés superior de los niños y al principio de coordinación entre todas las entidades y organismos del Estado, la Defensoría de Familia, una vez agotados los medios a su disposición para restablecer los derechos de los niños, puede y debe 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 los servicios que coordinan los CAIVAS, en consideración a su alto grado de especialidad en la atención a las víctimas de abuso sexual.

Por otra parte, el artículo 96 del código, en concordancia con el artículo 11 del Decreto 4840 de 2007⁷⁹, establece que el seguimiento de las medidas de protección o de restablecimiento adoptadas por los defensores y comisarios de familia está a cargo del respectivo coordinador del centro zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

En virtud de lo expuesto, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través del Coordinador del Centro Zonal Noroccidental de la Regional Antioquia, debe efectuar el seguimiento de dichas medidas y brindar su colaboración y apoyo a la Defensoría de Familia de dicho centro para que lleve a buen término el restablecimiento de los derechos vulnerados de los niños A.S.H.J. y J.E.H.J. Todo esto en cumplimiento de los mencionados principios, del deber de coordinación a que están sujetas las

78 Corte Constitucional. Sentencia T-580A de 2011.

79 Compilado en el Decreto 1069 de 2015. *“Por medio del cual se expide el Decreto Único reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”*. Artículo 2.2.4.9.2.5. Seguimiento de las medidas de protección o de restablecimiento.

autoridades administrativas para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, de acuerdo con el artículo 209 de la Constitución, y dentro del marco de articulación y coordinación del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, reorganizado mediante el Decreto 936 del 9 de mayo de 2013.

Términos legales

Cabe precisar finalmente que el procedimiento especialmente regulado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, para que la Sala de Consulta y Servicio Civil decida los conflictos de competencias que pudieren ocurrir entre autoridades administrativas, obedece a la necesidad de definir en toda actuación administrativa la cuestión preliminar de la competencia. Puesto que la Constitución prohíbe a las autoridades actuar sin competencia, so pena de incurrir en responsabilidad por extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6º), y el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 prevé que la expedición de actos administrativos sin competencia dará lugar a su nulidad, mientras no se determine cuál es la autoridad obligada a conocer y resolver, no corren los términos previstos en las leyes para que decidan los correspondientes asuntos administrativos.

Debido a estas razones de orden constitucional y legal, mientras la Sala de Consulta y Servicio Civil dirime la cuestión de la competencia no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones. De ahí que, conforme al artículo 39, *“mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”*⁸⁰. El artículo 21 de la Ley 1755 de 2015, relativo al funcionario sin competencia, dispone que *“[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remisorio al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente.”* Por esta misma razón, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que *“[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”*.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o

80 La Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituyó el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 por el siguiente texto: “Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: //1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes. // 2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.// Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto”.

empezarán a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de la presente decisión.

Por lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar competente a la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Noroccidental de la Regional Antioquia para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los niños A.S.H.J y J.E.H.J.

SEGUNDO: Remitir el expediente de la referencia a la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Noroccidental de la Regional Antioquia para que continúe la actuación administrativa de manera inmediata.

TERCERO: Corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del respectivo Coordinador del Centro Zonal Regional Antioquia, hacer el seguimiento de las medidas de protección o de restablecimiento que adopte la Defensoría de Familia de Medellín a la cual se adscribe la competencia mediante la presente decisión.

CUARTO: Comunicar la presente decisión a la Comisaría Primera de Familia de Envigado y a la abuela paterna de los niños A.S.H.J. y J.E.H.J.

QUINTO: Los términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que se comunique la presente decisión.

La anterior decisión se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Comuníquese y cúmplase

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Álvaro Namén Vargas, Presidente de la Sala. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

10. Defensoría de Familia- I.C.B.F. Centro Zonal Ciudad Bolívar, Regional Bogotá y la Comisaría Diecinueve de Familia de Ciudad Bolívar II de Bogotá.**Radicado 2015-00080**

Fecha: 22/10/2015

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas (E)*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el artículo 112 numeral 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011, resuelve el conflicto negativo de competencias de la referencia, suscitado entre la Defensoría de Familia- I.C.B.F. Centro Zonal Ciudad Bolívar, Regional Bogotá y la Comisaría Diecinueve de Familia de Ciudad Bolívar II de Bogotá, con el fin de determinar el competente para conocer *“el caso del adolescente D.A.T.S., presunto agresor, toda vez que el caso del menor B.C.C.A., presunta víctima, fue asignado a otra Defensoría de Familia.”*

I. Antecedentes

El 14 de marzo de 2015, la señora Luz Marina Arciniegas Sandoval, formuló denuncia ante la Fiscalía General de la Nación en contra del adolescente D.A.T.S., quien en la sede del Colegio Confederación Brisas del Diamante I.E.D., el día 13 de marzo de 2015, agredió y amenazó a su hijo B.C.C.A. y a otro menor que lo acompañaba.

El 9 de abril de 2015, la *“Dirección Seccional de Fiscalías Bogotá D.C., Unidad de Fiscalías Delegada ante los Jueces Penales para Adolescentes, Fiscalía 194”*, en adelante Fiscalía 194, resolvió remitir las diligencias a la Comisaría de Familia Ciudad Bolívar II - Meissen, con el fin de que asumiera su conocimiento y aplicara las sanciones correctivas a que hubiera lugar, previstas en el Código de Infancia y Adolescencia. Lo anterior, dado que a su juicio, la denuncia instaurada no es constitutiva del delito de *“AMENAZAS”* descrito y sancionado en el artículo 347 del C. P., por cuanto el tipo penal está dirigido a *“el que por cualquier medio apto para difundir el pensamiento atemorice o amenace a una persona, familia, comunidad o institución, con el propósito de causar alarma, zozobra, o terror en la población o en un sector de ella...”*, y no a una conducta de orden personal que no afecta el bien jurídico tutelado de la seguridad pública.

Asimismo, la Fiscalía solicitó al Comandante de la Estación de Policía de Ciudad Bolívar, que se realizaran las actividades pertinentes para proveer de protección policiva y evitar afectaciones futuras en la vida e integridad del menor B.C.C.A. y su familia y pidió que se le informara a la Comisaría a la cual remitió las diligencias, sobre las actuaciones policivas desplegadas por el Despacho.

El 13 de abril de 2015, el Comisario Diecinueve de Familia de Ciudad Bolívar II, señaló que los hechos denunciados por la señora Luz Marina Arciniegas Sandoval

corresponden a “matoneo infantil” o “acoso” y por lo tanto, se debe seguir la ruta señalada en la Ley 1620 de 2013, para cuyo conocimiento primero interviene el establecimiento educativo, que de no poder llegar a un acuerdo conciliatorio, debe remitir el caso a *“la autoridad competente así: al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, a la Comisaría de Familia, la Personería Municipal o Distrital o a la Policía de Infancia y Adolescencia.”*

De esta manera, resolvió remitir las actuaciones al ICBF - Regional Bogotá - Centro Zonal Ciudad Bolívar y advirtió que en caso de que el ICBF no se considere competente para asumir el asunto, se provoque como consecuencia de ello colisión de competencias negativas ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

El 23 de abril de 2015, la Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal Ciudad Bolívar, solicitó al Colegio Confederación Brisas del Diamante un informe prioritario y detallado sobre el caso suscitado el día 13 de marzo de 2015 dentro del plantel educativo, entre los adolescentes D.A.T.S y B.C.C.A., en cuanto a la mitigación de la violencia escolar, según lo señala Ley 1620 de 15 de marzo de 2013 y su Decreto reglamentario No. 1965 de 11 de septiembre de 2013, adjuntando acta de la intervención respectiva.

Así mismo, solicitó relacionar el tipo de conflicto que se suscitó, los correctivos adoptados, la reparación de los daños causados, y el restablecimiento de los derechos de los menores involucrados, dado que ya transcurrió *“más de un mes de sucedidos los hechos y no se ha recibido en este centro zonal solicitud de ese plantel educativo en aras de restablecerles los derechos a alguno de los adolescentes implicados...”*

Mediante escrito radicado ante la Sala de Consulta y Servicio Civil el día el día 28 de abril de 2015, la Defensoría de Familia - ICBF - Centro Zonal Ciudad Bolívar, solicitó que se resuelva la colisión de competencias negativas suscitada entre el Comisario Diecinueve de Familia Ciudad Bolívar II (E) con relación al caso del adolescente D.A.T.S., presunto agresor, toda vez que el caso de B.C.C.A., presunta víctima, fue asignado a otra Defensoría de Familia.

Señaló igualmente que: *i)* la Fiscalía remitió a la Comisaría de Familia la denuncia penal interpuesta indicando que se debía dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 190 de la Ley 1098 de 2006, puesto que la situación reportada se enmarcó dentro de las infracciones de policía, atendiendo a que las agresiones contra la presunta víctima fueron consideradas como amenazas. *ii)* La Comisaría de Familia que asumió la titularidad del caso no realizó ningún tipo de acción distinta a remitir estas diligencias al ICBF - Centro Zonal Ciudad Bolívar, a pesar de aclarar en su acto administrativo que la situación era violencia escolar obviando lo indicado por la Fiscalía. *iii)* Considera que los hechos se enmarcan dentro de lo señalado en el artículo 190 de la Ley 1098 de 2006, y que es el plantel educativo el primer llamado a actuar dentro del caso en cuestión, independientemente del trámite que se debe

adelantar por la Comisaría de Familia en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 1620 de 2013.

II. Actuación procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, por el término de cinco (5) días se fijó edicto en la Secretaría de esta Corporación, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto. Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado por el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011.

III. Argumentos de las partes

Dentro de la oportunidad correspondiente intervinieron la Defensoría de Familia, ICBF Centro Zonal Ciudad Bolívar; la Fiscalía General de la Nación, Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes, Fiscalía 194 delegada ante los Jueces del Circuito, y el Colegio Confederación Brisas del Diamante I.E.D., quienes manifestaron lo siguiente:

1. Defensoría de Familia - ICBF - Centro Zonal Ciudad Bolívar

Menciona que el competente en el presente caso es la Comisaría de Familia de Ciudad Bolívar - Meissen, ya que: i) como autoridad administrativa con funciones judiciales le corresponde a las Comisarías de Familia recibir y tramitar las solicitudes de protección que formulen los ciudadanos por hechos de “*violencia intrafamiliar*”; ii) como autoridad administrativa de orden policivo ejercen la vigilancia, protección, promoción, control y sanción en relación con las normas protectoras de la familia, la niñez, la mujer, la juventud y la tercera edad, de conformidad con el numeral 9º del artículo 86, en concordancia con los arts. 106 y 190 de la Ley 1098 de 2006 y los artículos 320 al 325 del Decreto 2737 de 1989, y iii) como autoridad administrativa de restablecimiento de derechos le corresponde procurar el restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución y en el Código de Infancia y Adolescencia, así como en los Lineamientos Técnicos de las Comisarías de Familia, en particular el numeral 1.3.2., según el cual, deben ejercer la vigilancia, protección, promoción, control y sanción en relación con las normas protectoras de la familia, la niñez, la juventud y la tercera edad, de conformidad con la Ley 1098 de 2006. Agrega en consonancia con lo anterior que:

“(...) Se refuerza esta oposición con lo dispuesto en su proveído por la Fiscalía 194 delegada ante los jueces del circuito unidad de responsabilidad penal para adolescentes Dra. GLORIA NANCY ZAMBRANO RAMON quien remite el caso a la COMISARÍA DE FAMILIA DE CIUDAD BOLIVAR MEISSEN toda vez que la situación planteada en la denuncia no cumple con el requisito subjetivo de tipo penal consistente en AMENAZAS dado a que lo que se presentó fue un conflicto que se confina a la esfera personal y que no trasciende el elemento subjetivo que exige el precepto legal – propósito de causar alarma, zozobra o

terror en la población, de tal forma que se ponga en peligro el bien jurídico de la seguridad pública-. Por lo anterior se considera que los hechos constituyen el caso típico de ultrajes, posición que no arbitraria o sin fundamento, sino que responde a un razonamiento que respeta la legalidad procesal y los principios generales del proceso penal (racionalidad de la investigación, economía procesal, competencia, etc.) siendo en consecuencia el caso de competencia del COMISARIO DE FAMILIA el entrar a conocer el tenor de lo dispuesto en el Art. 190 de la Ley 1098 de 2006” (folio 24).

Deduca la Defensoría de Familia que si el caso no fue puesto en conocimiento por parte de la entidad educativa al ICBF, es porque se pudo manejar al interior del plantel educativo atendiendo a lo dispuesto en la Ley 1620 de 2013, en donde se ilustra el procedimiento a agotarse previamente por el plantel, antes de poner el caso en conocimiento de otra entidad. Así, al observar el Comisario de Familia esta omisión debió requerir a la institución educativa para presentar el informe correspondiente, ya que fue el primer conocedor del asunto y a quien le asiste el deber de aplicar la sanción policiva correspondiente.

Finalmente, informa que la entidad educativa a la cual se le solicitó la remisión de un informe detallado sobre la situación con los dos adolescentes implicados, no ha respondido a la fecha y que dicho informe es de vital importancia para saber, entre otros aspectos, si se dio debida aplicación al trámite ante el plantel educativo y la forma en la que se calificó la conducta, de lo cual depende si se necesitaba o no de medida de restablecimiento de derechos, según lo establece el Decreto No. 1965 de 11 de septiembre de 2013 *“por medio del cual se reglamenta la Ley 1620 de 2013, que crea el sistema nacional de convivencia escolar y formación para el ejercicio de derechos humanos, la educación para la sexualidad y la prevención y mitigación de la violencia escolar”*.

2. Colegio Confederación Brisas del Diamante - I.E.D.

El rector del colegio en el que estudian los menores implicados en los hechos, señaló que el día 13 de marzo de 2015, los estudiantes llegaron a un acuerdo personal de superación del problema, donde se citó a los padres de familia. Manifiesta que esto se puede observar en los manuscritos donde los menores se comprometen a no agredirse mutuamente, en las copias de las actuaciones adelantadas por los docentes responsables y en la copia del observador de los estudiantes, entre otros documentos que anexó al expediente.

Afirma el señor rector, que no remitió el asunto al ICBF por cuanto el caso fue manejado por el Comité de Convivencia, el cual una vez verificó los hechos, pudo precisar que corresponden a una situación tipo I, conforme lo establece el artículo 40 del Decreto 1965 de septiembre de 2013, por lo cual se le dio el trámite estipulado en el artículo 42 de la misma norma, es decir, que no se requería de remisión a otra entidad.

3. Fiscalía General de la Nación, Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes - Fiscalía 194 - Delegada ante Jueces del Circuito

Considera que de acuerdo al artículo 190 de la Ley de Infancia y Adolescencia, el proceso debe conocerlo el Comisario de Familia. Señala que no se evidenció por parte de esa Delegada fiscal, que el caso expuesto fuera un caso de Bullying o acoso escolar, como lo encuentra el correspondiente Comisario Diecinueve de Familia de Ciudad Bolívar, sino una amenaza directa por parte del indiciado a la víctima, *“ lo que implica la intervención inmediata tanto de la víctima como del indiciado, precisamente para corregir este tipo de comportamientos entre los adolescentes, procurando un fin pedagógico tal como lo establece la Ley de Infancia y Adolescencia”*. Por lo anterior, solicita que se resuelva sobre la colisión de competencias *“NEGATIVA ENTRE LA COMISARÍA DE FAMILIA DIECINUEVE DE MEISSEN Y DEFENSORÍA DE FAMILIA ICBF CENTRO ZONAL CIUDAD BOLIVAR, de manera negativa para la DEFENSORÍA DE FAMILIA ICBF CENTRO ZONAL CIUDAD BOLIVAR, entendiéndose que debe conocer el asunto el COMISARIO DE FAMILIA”*.

IV. Consideraciones

A. Competencia

El artículo 112 de la Ley 1437 de 2011 por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, asigna a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, entre otras, la siguiente atribución:

“... 10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.”

Asimismo, dentro del procedimiento general administrativo el inciso primero del artículo 39 del código en cita también estatuye:

“Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional... En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales... conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.”

De acuerdo con las normas anteriores, la Sala de Consulta y Servicio Civil es competente para resolver el presente conflicto negativo de competencias por cuanto una de las autoridades públicas intervinientes es nacional, a saber, la Defensoría de Familia como dependencia que es del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar⁸¹; y

81 Ley 1098 de 2006 (noviembre 8), por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. D. O. No. 46.446 (Nov. 8/06). “Art. 79. DEFENSORÍAS DE FAMILIA. Son dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de naturaleza multidisciplinaria, encargadas

la otra, la Comisaría de Familia es una autoridad del nivel distrital⁸², en este caso del distrito de Bogotá D.C. Además, el procedimiento es de naturaleza administrativa porque así lo definen el artículo 99 y normas concordantes del Código de la Infancia y la Adolescencia.⁸³

B. Sistema Nacional de Convivencia Escolar

La Ley 1620 de 2013 creó el “*Sistema Nacional de Convivencia Escolar y formación para los derechos humanos, la educación para la sexualidad y la prevención y mitigación de la violencia escolar*”, cuyos objetivos son fomentar, fortalecer y articular acciones de diferentes instancias del Estado para la convivencia escolar; garantizar la protección integral de los niños, niñas y adolescentes en los espacios educativos; fomentar y fortalecer la educación para la paz, las competencias ciudadanas; fomentar mecanismos de prevención, protección, detección temprana y denuncia de todas aquellas conductas que atenten contra la convivencia escolar; identificar y fomentar mecanismos y estrategias de mitigación de todas aquellas situaciones y conductas generadoras de situaciones de violencia escolar, entre otros⁸⁴.

En la referida ley se señala la conformación y funciones del Comité Escolar de Convivencia, creado para identificar, documentar, analizar y resolver los conflictos que puedan presentarse dentro de la institución educativa. Así mismo, una de las funciones específicas⁸⁵ de dicho comité es convocar a un espacio de conciliación para la resolución de situaciones conflictivas que afecten la convivencia escolar y

de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes. / (...)”.

82 L.1098/06, “Art. 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. / El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como entidad coordinadora del Sistema Nacional de Bienestar Familiar será el encargado de dictar la línea técnica a las Comisarías de Familia en todo el país”.

83 L.1098/06, TÍTULO II. GARANTÍA DE DERECHOS Y PREVENCIÓN. CAPÍTULO IV. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y REGLAS ESPECIALES.

84 Artículos 3 y 4 de la Ley 1620 de 2013.

85 Ley 1620 de 2013: Artículo 8º. Funciones del Comité Nacional de Convivencia Escolar.

1. Definir la operación del Sistema en cada uno de sus niveles e instancias.
 2. Coordinar la gestión del Sistema Nacional en los niveles nacional, territorial y escolar, para el cumplimiento de su objeto.
 3. Armonizar y articular las acciones del Sistema Nacional con las políticas nacionales, sectoriales, estrategias y programas relacionados con la construcción de ciudadanía, la convivencia escolar y los derechos humanos, sexuales y reproductivos y la prevención y mitigación de la violencia escolar.
 4. Formular recomendaciones para garantizar el adecuado desarrollo, complementación y mejoramiento de la ruta de atención integral en los establecimientos educativos en el marco del Sistema Nacional.
 5. Definir, vigilar, evaluar y realizar seguimiento a las acciones del Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar, a partir de los reportes del Sistema de Información Unificado del que trata el artículo 28 de la presente ley.
 6. Garantizar que la Ruta de Atención Integral para la Convivencia Escolar sea adoptada por los niveles, las instancias y entidades que forman parte de la estructura del Sistema y que asuman la responsabilidad de su puesta en marcha en el marco de sus funciones misionales.
 7. Coordinar con la Comisión Nacional Intersectorial para la Promoción de los Derechos Humanos, Sexuales y Reproductivos las acciones que le son propias en el ámbito escolar, en particular aquellas que en el marco de las funciones de la Comisión estén orientadas al logro de los Objetivos del Desarrollo del Milenio, específicamente los referidos a incidir en la reducción del embarazo juvenil y de las enfermedades de transmisión sexual, como un indicador integral de desarrollo social.
 8. Promover y liderar estrategias y acciones de comunicación, que fomenten la reflexión sobre la convivencia escolar, la prevención, mitigación y atención del acoso escolar, la violencia escolar y la disminución del embarazo en la adolescencia, la divulgación de la presente ley y de la Ruta de Atención Integral para la Convivencia Escolar, vinculando a los medios de comunicación nacional, regional y comunitarios.
 9. Coordinar la creación de mecanismos de denuncia y seguimiento en internet, redes sociales y demás tecnologías de información a los casos de ciberbullying.
 10. Las demás que establezca su propio reglamento.
- Parágrafo. En cuanto a las políticas relacionadas con la promoción, ejercicio y garantía de los derechos sexuales y reproductivos, el Comité Nacional de Convivencia Escolar coordinará lo pertinente con la Comisión Nacional Intersectorial para la Promoción de los Derechos Sexuales y Reproductivos, creada mediante el Decreto 2968 de agosto de 2010, para efectos de la formulación de políticas e implementación de planes, programas y acciones en asuntos que les sean comunes.

activar la ruta de atención integral para la convivencia escolar, definida en la ley 1620 así:

“Artículo 29. Ruta de Atención Integral para la Convivencia Escolar. La Ruta de Atención Integral para la Convivencia Escolar define los procesos y los protocolos que deberán seguir las entidades e instituciones que conforman el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar, en todos los casos en que se vea afectada la convivencia escolar y los derechos humanos, sexuales y reproductivos de los estudiantes de las instituciones educativas, articulando una oferta de servicio ágil, integral y complementario.

En cumplimiento de las funciones señaladas en cada uno de los niveles, las instituciones y entidades que conforman el Sistema deben garantizar la atención inmediata y pertinente de los casos de violencia escolar, acoso o vulneración de derechos sexuales y reproductivos que se presenten en los establecimientos educativos o en sus alrededores y que involucren a niños, niñas y adolescentes de los niveles de educación preescolar, básica y media, así como de casos de embarazo en adolescentes.”

Es así como se presentan obligaciones recíprocas entre todos los actores del proceso educativo, garantizando de esta forma mediante la implementación de la Ley 1620 de 2013 a los estudiantes, educadores, directivos el respeto a la dignidad física y moral en el marco de la convivencia escolar, desarrollando para ello una ruta de atención integral, que tendrá como mínimo cuatro componentes: de promoción, de prevención, de atención y de seguimiento⁸⁶.

El componente de promoción determina la calidad del clima escolar y define los criterios de convivencia que deben seguir los miembros de la comunidad educativa, así como los mecanismos de participación de los actores de la institución y sus diferentes responsabilidades. El componente de prevención incide sobre las causas que puedan originar la problemática de la violencia escolar, sobre factores de violencia precipitantes en la familia y en los espacios sustitutos de la vida familiar. El componente de atención desarrolla estrategias que permiten asistir a los actores de la comunidad educativa de manera inmediata cuando se presente un caso de violencia o acoso escolar o de comportamiento agresivo que vulnere los derechos humanos, sexuales y reproductivos, este componente involucra a actores diferentes de la comunidad educativa. Finalmente, el componente de seguimiento se centra en el reporte oportuno de la información al Sistema de Información Unificado de Convivencia Escolar.

La puesta en marcha de la Ruta de Atención Integral para la Convivencia Escolar, involucra la identificación de la situación que afecta la convivencia por acoso o violencia escolar, y es el Comité de Convivencia Escolar, liderado por el rector del establecimiento educativo, quien inicia y sigue los protocolos de la ruta de atención

⁸⁶ Artículo 30 y 31 de la Ley 1620 de 2013.

integral, buscando con ello alternativas de solución frente a los hechos presentados, procurando encontrar espacios de conciliación, garantizando el debido proceso, la promoción de las relaciones participativas y el respeto de los derechos humanos⁸⁷.

Ahora bien, una vez calificada la situación por parte del Comité de Convivencia Escolar de acuerdo a las definiciones señaladas en el artículo 39 del Decreto 1965 de 2013⁸⁸ se procede de acuerdo a la ruta de atención. Para mayor ilustración se transcribe el artículo completo:

“Artículo 39. Definiciones. Para efectos del presente decreto se entiende por:

1. Conflictos. Son situaciones que se caracterizan porque hay una incompatibilidad real o percibida entre una o varias personas frente a sus intereses.

2. Conflictos manejados inadecuadamente. Son situaciones en las que los conflictos no son resueltos de manera constructiva y dan lugar a hechos que afectan la convivencia escolar, como altercados, enfrentamientos o riñas entre dos o más miembros de la comunidad educativa de los cuales por lo menos uno es estudiante y siempre y cuando no exista una afectación al cuerpo o a la salud de cualquiera de los involucrados.

3. Agresión escolar. Es toda acción realizada por uno o varios integrantes de la comunidad educativa que busca afectar negativamente a otros miembros de la comunidad educativa, de los cuales por lo menos uno es estudiante. La agresión escolar puede ser física, verbal, gestual, relacional y electrónica.

a) **Agresión física.** Es toda acción que tenga como finalidad causar daño al cuerpo o a la salud de otra persona. Incluye puñetazos, patadas, empujones, cachetadas, mordiscos, rasguños, pellizcos, jalón de pelo, entre otras;

b) **Agresión verbal.** Es toda acción que busque con las palabras degradar, humillar, atemorizar, descalificar a otros. Incluye insultos, apodosos ofensivos, burlas y amenazas;

c) **Agresión gestual.** Es toda acción que busque con los gestos degradar, humillar, atemorizar o descalificar a otros;

d) **Agresión relacional.** Es toda acción que busque afectar negativamente las relaciones que otros tienen. Incluye excluir de grupos, aislar deliberadamente y difundir rumores o secretos buscando afectar negativamente el estatus o imagen que tiene la persona frente a otros;

87 Artículo 31 de la Ley 1620 de 2013.

88 Decreto 1965 de 2013. “Por el cual se reglamenta la Ley 1620 de 2013, que crea el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar”.

e) **Agresión electrónica.** Es toda acción que busque afectar negativamente a otros a través de medios electrónicos. Incluye la divulgación de fotos o videos íntimos o humillantes en Internet, realizar comentarios insultantes u ofensivos sobre otros a través de redes sociales y enviar correos electrónicos o mensajes de texto insultantes u ofensivos, tanto de manera anónima como cuando se revela la identidad de quien los envía.

4. Acoso escolar (bullying). De acuerdo con el artículo 2° de la Ley 1620 de 2013, es toda conducta negativa, intencional metódica y sistemática de agresión, intimidación, humillación, ridiculización, difamación, coacción, aislamiento deliberado, amenaza o incitación a la violencia o cualquier forma de maltrato psicológico, verbal, físico o por medios electrónicos contra un niño, niña o adolescente, por parte de un estudiante o varios de sus pares con quienes mantiene una relación de poder asimétrica, que se presenta de forma reiterada o a lo largo de un tiempo determinado. También puede ocurrir por parte de docentes contra estudiantes, o por parte de estudiantes contra docentes, ante la indiferencia o complicidad de su entorno.

5. Ciberacoso escolar (ciberbullying). De acuerdo con el artículo 2° de la Ley 1620 de 2013, es toda forma de intimidación con uso deliberado de tecnologías de información (Internet, redes sociales virtuales, telefonía móvil y videojuegos online) para ejercer maltrato psicológico y continuado.

6. Violencia sexual. De acuerdo con lo establecido en el artículo 2° de la Ley 1146 de 2007, “se entiende por violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes todo acto o comportamiento de tipo sexual ejercido sobre un niño, niña o adolescente, utilizando la fuerza o cualquier forma de coerción física, psicológica o emocional, aprovechando las condiciones de indefensión, de desigualdad y las relaciones de poder existentes entre víctima y agresor”.

7. Vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Es toda situación de daño, lesión o perjuicio que impide el ejercicio pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

8. Restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Es el conjunto de actuaciones administrativas y de otra naturaleza, que se desarrollan para la restauración de su dignidad e integridad como sujetos de derechos, y de su capacidad para disfrutar efectivamente de los derechos que le han sido vulnerados.”

Como consecuencia de la calificación del Comité Escolar, cada una de las situaciones que afectan la convivencia escolar se enmarcan dentro del artículo 40 del Decreto 1965 de 2013 en tres tipos, a saber:

“Artículo 40. Clasificación de las situaciones. Las situaciones que afectan la convivencia escolar y el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos, se clasifican en tres tipos:

1. Situaciones Tipo I. *Corresponden a este tipo los conflictos manejados inadecuadamente y aquellas situaciones esporádicas que inciden negativamente en el clima escolar, y que en ningún caso generan daños al cuerpo o a la salud.*

2. Situaciones Tipo II. *Corresponden a este tipo las situaciones de agresión escolar, acoso escolar (bullying) y ciberacoso (Ciberbullying), que no revistan las características de la comisión de un delito y que cumplan con cualquiera de las siguientes características:*

- a) Que se presenten de manera repetida o sistemática;
- b) Que causen daños al cuerpo o a la salud sin generar incapacidad alguna para cualquiera de los involucrados.

3. Situaciones Tipo III. *Corresponden a este tipo las situaciones de agresión escolar que sean constitutivas de presuntos delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, referidos en el Título IV del Libro II de la Ley 599 de 2000, o cuando constituyen cualquier otro delito establecido en la ley penal colombiana vigente.*

Dependiendo de la clasificación que se le dé a la situación en concreto, se activan los protocolos correspondientes. En el caso de Situaciones Tipo I⁸⁹ se procede de la siguiente manera: i) se reúne a las partes involucradas en el conflicto, exponen sus puntos de vista y se busca la reparación de los daños causados, el restablecimiento de los derechos y la reconciliación; ii) se fija una solución imparcial, equitativa y justa, encaminada a buscar la reparación de los daños causados y la reconciliación dentro de un clima de relaciones constructivas; iii) se realizará seguimiento del caso y de los compromisos fijados con la finalidad de verificar si la solución fue efectiva o si se requiere acudir a los protocolos descritos en los artículos 43 y 44 del Decreto 1965 de 2013.

Frente a las Situaciones Tipo II⁹⁰ el procedimiento a seguir es el siguiente: i) en caso de daño al cuerpo o a la salud, se garantizará la atención inmediata y de ello se dejará constancia; ii) cuando se requieran medidas de restablecimiento de derechos, se remite la situación a las autoridades administrativas correspondientes, en el marco de la Ley 1098 de 2006; iii) adoptar las medidas para proteger a los involucrados en la situación de posibles acciones en su contra; iv) informar a los padres o acudientes de los estudiantes involucrados; v) generar espacios conciliatorios, preservando siempre el derecho a la intimidad, confidencialidad y demás derechos; vi) determinar las acciones restaurativas que busquen la reparación de los daños causados, el restablecimiento de los derechos y la reconciliación; vii) análisis y seguimiento por parte del Comité Escolar de Convivencia; viii) se dejará constancia mediante acta de las decisiones adoptadas, suscrita por todos los integrantes e intervinientes;

89 Artículo 42 del Decreto 1965 de 2013.

90 Artículo 43 del Decreto 1965 de 2013.

ix) se reportará la información del caso al aplicativo en el Sistema de Información Unificado de Convivencia Escolar.

Finalmente para la atención de Situaciones Tipo III⁹¹ se procederá de la siguiente forma: i) en caso de daño al cuerpo o a la salud, se garantizará la atención inmediata y de ello se dejará constancia; ii) informar de manera inmediata a los padres, madres o acudientes de todos los estudiantes involucrados; iii) el Presidente del Comité Escolar de Convivencia pondrá la situación en conocimiento de la Policía Nacional; iv) citación a los integrantes del Comité Escolar de Convivencia; v) se informará a los participantes en el comité de los hechos que dieron lugar a la convocatoria y del reporte a la autoridad competente; vi) pese a que una situación se haya puesto en conocimiento de las autoridades competentes, el comité adoptará las medidas propias del establecimiento educativo, tendientes a proteger dentro del ámbito de su competencia a las víctimas y quienes hagan parte de la situación presentada, y vii) reporte de información y seguimiento por parte del Comité Escolar de Convivencia.

Las autoridades que reciban por competencia las situaciones reportadas por los Comités Escolares de Convivencia deberán imponer de inmediato las medidas de verificación, prevención o de restablecimiento de derechos de las partes involucradas, así mismo, realizarán el reporte en el aplicativo que para el efecto se haya implementado en el Sistema de Información Unificado de Convivencia Escolar y finalmente, se realizará el seguimiento a la situación puesta en conocimiento hasta que se logre el restablecimiento de los derechos de los involucrados⁹².

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 31 de la Ley 1620 de 2013, cuando se agote la Ruta de Atención Integral, las situaciones de alto riesgo de violencia escolar o vulneración de derechos que no puedan ser resueltas por las vías que establece el Manual de Convivencia y requieran la intervención de otras entidades o instancias deben ser trasladadas por el rector de la institución, de conformidad con los lineamientos del Comité Escolar de Convivencia, al ICBF, la Comisaría de Familia, la Personería Municipal o Distrital o a la Policía de Infancia y Adolescencia, según corresponda. Señala la norma:

“Artículo 31. De los protocolos de la Ruta de Atención Integral para la Convivencia Escolar. La Ruta de Atención Integral inicia con la identificación de situaciones que afectan la convivencia por acoso o violencia escolar, las cuales tendrán que ser remitidos al Comité Escolar de Convivencia, para su documentación, análisis y atención a partir de la aplicación del manual de convivencia.

El componente de atención de la ruta será activado por el Comité de Convivencia Escolar por la puesta en conocimiento por parte de la víctima, estudiantes, docentes, directivos docentes, padres de familia o acudientes, de oficio por el Comité de Convivencia Escolar o por cualquier persona que conozca de situaciones que afecten la convivencia escolar.

91 Artículo 44 del Decreto 1965 de 2013.

92 Artículo 45 Decreto 1965 de 2013. *Activación de los protocolos de otras entidades.*

Los protocolos y procedimientos de la ruta de atención integral deberán considerar como mínimo los siguientes postulados:

1. La puesta en conocimiento de los hechos por parte de las directivas, docentes y estudiantes involucrados.

2. El conocimiento de los hechos a los padres de familia o acudientes de las víctimas y de los generadores de los hechos violentos.

3. Se buscarán las alternativas de solución frente a los hechos presentados procurando encontrar espacios de conciliación, cuando proceda, garantizando el debido proceso, la promoción de las relaciones participativas, incluyentes, solidarias, de la corresponsabilidad y el respeto de los derechos humanos.

4. Se garantice la atención integral y el seguimiento pertinente para cada caso.

Una vez agotada esta instancia, las situaciones de alto riesgo de violencia escolar o vulneración de derechos, sexuales y reproductivos de niños, niñas y adolescentes de los establecimientos educativos en los niveles de preescolar, básica y media que no puedan ser resueltas por las vías que establece el manual de convivencia y se requiera la intervención de otras entidades o instancias, serán trasladadas por el rector de la institución, de conformidad con las decisiones del Comité Escolar de Convivencia, al ICBF, la Comisaria de Familia, la Personería Municipal o Distrital o a la Policía de Infancia y Adolescencia, según corresponda. (...)"

En consecuencia, es el Comité de Convivencia Escolar el que define el tipo de situación, establece un protocolo a seguir orientado a fijar los procedimientos necesarios para asistir oportunamente a la comunidad educativa frente a las situaciones que afectan la convivencia escolar, el cual concluye generalmente con unos compromisos plasmados en un acta de conciliación. Solo en la medida en que las situaciones no puedan ser resueltas, son puestas en conocimiento de otras entidades, dependiendo del caso en particular.

C. Competencia para conocer de las contravenciones de policía cometidas por adolescentes.

El análisis de cualquier situación que afecte o incida en la vida de los niños, niñas y adolescentes, tiene como referente las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, de la Constitución Política de 1991 y de las diferentes leyes expedidas en pro de su protección integral.

En desarrollo de los preceptos constitucionales que ordenan al Estado y a la sociedad garantizar la protección integral de la familia como núcleo fundamental de la sociedad⁹³, y que consagran el carácter prevalente de los derechos de

93 Artículo 42 de la Constitución Política.

los niños, niñas y adolescentes⁹⁴, el Congreso de la República ha expedido numerosas disposiciones, entre las cuales se destacan el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), la Ley 294 de 1996⁹⁵ y la Ley 1146 de 2007⁹⁶. Estas leyes instituyeron autoridades especializadas para velar por la conservación de la familia y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, les asignaron competencias específicas y organizaron procedimientos administrativos y servicios sociales destinados a brindarles protección y restablecimiento de sus derechos.

Del mismo modo, definieron las autoridades competentes para conocer de las eventuales contravenciones cometidas por los adolescentes. En efecto, la Ley 1098 de 2006 en el libro II, título I señala que el sistema de responsabilidad penal para adolecentes es el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que intervienen en una investigación y su juzgamiento de delitos cometidos por personas entre 14 y 18 años. Las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, ya que el proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño.⁹⁷

En los procesos en que estén involucrados niños, niñas o adolescentes como autores o partícipes de un delito, o como víctimas del mismo, hará las veces de policía judicial la policía de infancia y adolescencia, o en su defecto los miembros de la policía judicial que son capacitados en derechos humanos y de infancia, de igual manera en todas las diligencias que se adelanten estará presente un Defensor de Familia, quien verificará la garantía de los derechos del adolescente.

De esta forma, con el fin de garantizar el acceso a los mecanismos de defensa y restablecimiento de los derechos a los niños, niñas y adolescentes, grupo catalogado por la Constitución como sujetos especiales de protección (artículo 45 de la C.P), el conocimiento de dichas medidas se radicó en diferentes autoridades, llamadas todas a cumplir en este ámbito los cometidos de la ley. En efecto, el artículo 190 de la Ley 1098 de 2006, fijó en cabeza de los Comisarios de Familia la competencia para conocer del proceso de contravención de policía cometida por adolescentes, así lo señala:

“Artículo 190. Sanción para contravenciones de policía cometidas por adolescentes. (Modificado por el art. 91 de la Ley 1453 de 2011.) Las contravenciones de policía cometidas por adolescentes serán sancionadas de la siguiente manera:

Será competente para conocer el proceso y sancionar el Comisario de Familia del lugar donde se cometió la contravención o en su defecto el Alcalde Municipal.

94 Artículo 44 de la Constitución Política.

95 “Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”.

96 “Por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente”.

97 Arts. 139 y 140 de la Ley 1098 de 2006.

Cuando la contravención dé lugar a sanciones pecuniarias, estas serán impuestas a quien tenga la patria potestad o la custodia y este será responsable de su pago, el cual podrá hacerse efectivo por jurisdicción coactiva.

Las contravenciones de tránsito cometidas por adolescentes entre los 15 y los 18 años serán sancionadas por los Comisarios de Familia o en su defecto por el Alcalde Municipal. Para la sanción de contravenciones cometidas por adolescentes se seguirán los mismos procedimientos establecidos para los mayores de edad, siempre que sean compatibles con los principios de este Código y especialmente con los contemplados en el presente título.”

D. Caso concreto.

Según lo informa el rector de la Institución Educativa Distrital Colegio Confederación Brisas del Diamante, en el asunto bajo estudio se presentó una agresión escolar enmarcada dentro de las situaciones del Tipo I, tal como lo define el artículo 39 del Decreto 1965 de 2013, frente a la cual el Comité de Convivencia Escolar consideró que no era necesario ponerla en conocimiento de otras entidades.

En efecto, de lo aportado al expediente se observa que dentro del proceso de la solución del conflicto entre los menores por agresión física y verbal, intervino la institución educativa “Colegio Brisas del diamante I.E.D.”, por intermedio de su Comité Escolar de Convivencia, con el fin de cumplir con los lineamientos señalados en la Ley 1620 de 2013 y el Decreto 1965 de 2013. Calificó la agresión escolar como situación tipo I y desarrolló el procedimiento descrito en el Decreto 1965, tal como se señala en el informe donde constan las actuaciones adelantadas por los docentes responsables, compromisos de los estudiantes y padres de familia (folios 27 a 54).

Se observa así que la institución educativa ante la agresión escolar (física y verbal) del menor D.A.T.S. frente al menor B.C.C.A. atendió el conflicto de acuerdo con el protocolo de la ruta de atención integral para la convivencia escolar establecido en el artículo 31 de la Ley 1620 de 2013, dado que una vez se tuvo conocimiento de los hechos las directivas llamaron a los estudiantes involucrados, y a los padres de familia de los menores, y buscaron la solución del conflicto mediante una conciliación entre los menores que generó compromisos de no volver a agredirse física ni verbalmente.

Por lo tanto la Sala encuentra que, en principio, la materia de la actuación administrativa cuya competencia se debatió en este conflicto se habría agotado por cuanto el plantel educativo llevó a cabo el tratamiento adecuado para remediar el caso de violencia escolar suscitado entre los menores en cuestión, de acuerdo a lo señalado por la Ley 1620 de 2013 y el Decreto 1965 de 2013. Cabe resaltar, que el Colegio Confederación Brisas del Diamante dentro de la ejecución del protocolo de atención de “Situaciones tipo I”, reunió a las partes involucradas en el conflicto, fijó una solución de manera imparcial, equitativa y justa (conciliación y compromiso

de los estudiantes), cumpliendo con ello con los dos primeros procedimientos señalados en el artículo 42 del Decreto 1965 de 2013.

No obstante lo anterior, se reitera que como el conflicto de competencias administrativas tuvo como origen una denuncia instaurada ante la Fiscalía por la madre del menor agredido, será competente para conocer el proceso y sancionar como corresponda el Comisario de Familia del lugar donde se cometió la contravención, en los términos del artículo 190 de la Ley 1098 de 2006.

Así las cosas, habida cuenta de que el objeto del conflicto de competencias administrativas es determinar la autoridad competente para conocer de la denuncia presentada por la señora Luz Marina Arciniegas Sandoval con fundamento en hechos presumiblemente definidos como de agresión escolar (física y verbal) entre los menores B.C.C.A. y D.A.T.S., los cuales a su vez pueden constituir o no una contravención, debe resolverse en el sentido de declarar competente a la Comisaría Diecinueve de Familia de Ciudad Bolívar II para que estudie el asunto y adelante la actuación a que haya lugar.

E. Definición de competencia y términos legales

Cabe precisar finalmente que el procedimiento especialmente regulado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, para que la Sala de Consulta y Servicio Civil decida los conflictos de competencias que pudieren ocurrir entre autoridades administrativas, obedece a la necesidad de definir en toda actuación administrativa la cuestión preliminar de la competencia. Puesto que la Constitución prohíbe a las autoridades actuar sin competencia, so pena de incurrir en responsabilidad por extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6°), y el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 prevé que la expedición de actos administrativos sin competencia dará lugar a su nulidad, mientras no se determine cuál es la autoridad obligada a conocer y resolver, no corren los términos previstos en las leyes para que decidan los correspondientes asuntos administrativos.

Debido a estas razones de orden constitucional y legal, mientras la Sala de Consulta y Servicio Civil dirime la cuestión de la competencia no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones. De ahí que, conforme al artículo 39, *“mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”*⁹⁸. El artículo 21 de la Ley 1755 de 2015, relativo al funcionario sin competencia, dispone que *“[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará*

98 La Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituyó el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 por el siguiente texto: *“Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: //1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes. // 2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.// Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto”*.

de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remisorio al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente.” Por esta misma razón, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que “[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que la presente decisión sea comunicada. Por lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar competente la Comisaría Diecinueve de Familia de Ciudad Bolívar II de Bogotá para conocer de la denuncia presentada por la señora Luz Marina Arciniegas Sandoval.

SEGUNDO: Comunicar el contenido de esta decisión a la Defensoría de Familia ICBF, Centro Zonal Ciudad Bolívar, regional Bogotá D.C.; a la Comisaría Diecinueve (19) de Familia de Ciudad Bolívar II de Bogotá D.C.; a la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes, Fiscalía 194 delegada ante los Jueces del Circuito y al Colegio Confederación Brisas del Diamante I.E.D.

TERCERO: Enviar el expediente a la Comisaría Diecinueve de Familia de Ciudad Bolívar II de Bogotá.

CUARTO: Los términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que se comunique la presente decisión.

La anterior decisión se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Comuníquese y cúmplase

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Álvaro Namén Vargas, Presidente de la Sala. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

11. Procuraduría General de la Nación, Consejo Superior de la Judicatura -Sala Disciplinaria- y Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa-.**Radicado 2015-00104**

Fecha: 22/10/2015

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Resuelve la Sala el conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de dicha Corporación y la Procuraduría General de la Nación, con el objeto de determinar cuál es la autoridad competente para adelantar la actuación administrativa disciplinaria a la que alude la solicitud con que se inició el presente trámite.

I. Antecedentes

Con base en la información relacionada por las entidades de la referencia, el presente conflicto se origina en los siguientes antecedentes:

1. El 14 de octubre de 2011 el Tribunal Administrativo de Bolívar condenó a la Nación – Rama Judicial a pagar la suma de 550.722.933 y 275.361.446 a favor de Gustavo Adolfo Lora Pedroza y Gustavo Adolfo Lora Villadiego, respectivamente, en el proceso de reparación directa No. 13001233100020090062500.

2. La magistrada ponente convocó en 5 oportunidades a las partes a audiencia para conciliar la condena impuesta, tal como lo ordena el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, pero todas resultaron fallidas porque el apoderado de la demandada no contaba con el concepto del Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la Rama Judicial para dicho asunto.

3. El 30 de octubre de 2012 el magistrado ponente compulsó copias de las piezas procesales del referido expediente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para que investigara a los miembros del Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la Rama Judicial por el presunto “incumplimiento del deber de conceptuar sobre la viabilidad de conciliar o no”.

4. Según consta en el acta de reparto de enero 24 de 2013, la actuación administrativa fue repartida al magistrado Henry Villarraga Oliveros, quien mediante auto de 12 de abril del mismo año negó la competencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para investigar las presuntas irregularidades en que incurrieron los miembros del Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la Rama Judicial y la remitió a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, al considerar que por ser el superior jerárquico de dicho comité, es el competente en materia disciplinaria.

5. El 4 de julio de 2013 la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura devolvió la actuación disciplinaria a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de dicha

Corporación, porque es a quien le compete adelantar las actuaciones disciplinarias sobre los magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura que integren el Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la Rama Judicial.

6. El 1° de octubre de 2014 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura señaló que según la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1719 de 2002 el Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la Rama Judicial es un organismo de naturaleza administrativa y, por lo tanto, es la Procuraduría General de la Nación quien ostenta la competencia disciplinaria.

7. El 2 de marzo de 2015 la Procuraduría General de la Nación devolvió la actuación disciplinaria a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura porque, a su juicio, es quien de manera privativa ostenta la competencia disciplinaria sobre el Magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura que presuntamente incumplió sus deberes como miembro del Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la Rama Judicial.

8. Finalmente, el 1° de junio del año en curso la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura propuso ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado conflicto de competencias de carácter negativo.

II. Actuación Procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, por el término de cinco (5) días se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto. Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado por el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011.

Consta también que se informó sobre el conflicto planteado a las Salas Jurisdiccional Disciplinaria y Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a la Procuraduría General de la Nación, al Tribunal Administrativo de Bolívar, al Comité de Defensa Judicial y Conciliación – Dirección Seccional de Administración Judicial Bolívar y a la Dirección Administrativa de Procesos y Secretaría Técnica del Comité de Defensa Judicial y Conciliación – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

III. Argumentos de las partes

La Procuraduría General de la Nación expuso lo siguiente:

1. Que la competencia disciplinaria sobre el Magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura que integra el Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la Rama Judicial recae en la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura por mandato del artículo 112 de la Ley 270 de 1996.

2. Que el competente para adelantar la actuación disciplinaria contra el Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que integra el Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la Rama Judicial es el Congreso de la República, de conformidad con los artículos 174 y 178 de la Constitución Política de 1991.

3. Que la competencia disciplinaria sobre los demás miembros de dicho comité, corresponde, según el artículo 115 de la Ley 270 de 1996, a los superiores jerárquicos.

4. Y por último, que el poder disciplinario de la Procuraduría General de la Nación es preferente, más no excluyente y que su ejercicio es facultativo.

Las demás entidades no alegaron.

IV. Consideraciones

1. Competencia

El artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, asigna a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, entre otras, la siguiente función:

“Artículo 112. (...) 10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.”

Asimismo, dentro del procedimiento general administrativo, el artículo 39 del código en cita también estatuye:

“Artículo 39. Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional o al Tribunal Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. De igual manera se procederá cuando dos autoridades administrativas se consideren competentes para conocer y definir un asunto determinado”.

De acuerdo con las anteriores normas, la Sala es competente para conocer de la presente actuación por tratarse de un conflicto de competencias referente al

ejercicio de funciones administrativas y suscitado entre tres autoridades del orden nacional: Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa-, Consejo Superior de la Judicatura –Sala Jurisdiccional Disciplinaria- y Procuraduría General de la Nación.

2. Problema jurídico

Conoce la Sala el conflicto negativo de competencia administrativa surgido entre el Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa-, el Consejo Superior de la Judicatura –Sala Jurisdiccional Disciplinaria- y la Procuraduría General de la Nación, a fin de determinar cuál de las tres autoridades es competente para investigar disciplinariamente a los miembros del Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la Rama Judicial.

Para resolver el conflicto, la Sala se referirá al vínculo legal de los servidores de la Rama Judicial con el Estado, a la competencia disciplinaria según las categorías de servidores definidas por el legislador, al fuero constitucional de altos de los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, a la conformación del Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la Rama Judicial y al poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación.

3. Servidores de la Rama Judicial –Categorías y diferencias-

De conformidad con la Ley 270 de 1996 “*Estatutaria de la Administración de Justicia*”, en la Rama Judicial del Poder Público existen dos categorías de “servidores” judiciales, cuya distinción obedece a la naturaleza de la función que desarrollan.

El artículo 125 define las dos categorías, al decir que “tienen la calidad de **funcionarios** los magistrados de las corporaciones judiciales, los jueces de la República y los fiscales; y que las demás personas que ocupen cargos en las corporaciones y despachos judiciales y en los órganos y entidades administrativas de la Rama Judicial son **empleados judiciales**”.

El artículo 111 de la Ley 270 de 1996 establece que “[m]ediante el ejercicio de la función jurisdiccional disciplinaria se resuelven los procesos que por infracción a sus regímenes disciplinarios, se adelanten contra los **funcionarios** de la Rama Judicial, salvo sobre aquellos que gocen de fuero especial según la Constitución Política y que dicha función la ejerce el Consejo Superior de la Judicatura a través de sus Salas Disciplinarias”.

Indica lo anterior, que en la Rama Judicial existen dos categorías de servidores judiciales: empleados y funcionarios, y que los segundos, a su vez, se dividen en dos: Los que gozan de fuero especial, a quienes tradicionalmente se les ha denominado como **aforados**, y los que no lo tienen, quienes no tienen una denominación específica. Los funcionarios judiciales con fuero, según el artículo 178-A⁹⁹ de la

⁹⁹ El artículo 178-A de la Constitución Política, fue introducido por la reforma constitucional que se adelantó mediante el Acto Legislativo 02 de 2015 “*Por medio del cual se adopta una Reforma de Equilibrio de Poderes y Reajuste Institucional y se dictan otras disposiciones*”. Con dicha reforma

Constitución Política, son los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y el Fiscal General de la Nación.

Sobre este punto, advierte la Sala, que el artículo 178-A de la Constitución Política no existía a la fecha de ocurrencia de los hechos que generaron la investigación disciplinaria que dio lugar al presente conflicto y que el 178¹⁰⁰ del texto constitucional vigente a 30 de junio de 2015 era el que determinaba los funcionarios aforados, dentro de los cuales estaban los miembros del Consejo Superior de la Judicatura¹⁰¹. En consecuencia, los funcionarios de la Rama Judicial sin fuero son todos aquellos jueces, fiscales y magistrados distintos de los que conforman las corporaciones judiciales establecidas en el artículo 178 y 178-A de la Constitución Política.

La segunda categoría de servidores de la Rama Judicial, esto es la de empedados, está conformada, según el artículo 125¹⁰² de la Ley 270 de 1996, por las demás “personas que ocupen cargos en las corporaciones y despachos judiciales y en los órganos y entidades administrativas de la Rama Judicial”

La diferencia entre unos y otros no fue precisada por el legislador estatutario, sin embargo, al analizar la naturaleza de las funciones de unos y otros, la Corte Constitucional, en sentencia C-713 de 2008¹⁰³, señaló que la diferencia entre funcionario y empleado judicial radica en que los primeros son aquellos servidores que directamente tienen a su cargo la labor de administrar justicia, en tanto que los segundos son los que se encargan de apoyar al desarrollo de dicha labor.

4. Competencia disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial

a) Competencia disciplinaria sobre los funcionarios judiciales

El artículo 111 de la Ley 270 de 1996 establece que “[m]ediante el ejercicio de la función jurisdiccional disciplinaria se resuelven los procesos que por infracción a sus regímenes disciplinarios, se adelanten contra los **funcionarios de la Rama**

se suprimió el Consejo Superior de la Judicatura y las funciones atribuidas a este, fueron asignadas a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, al Consejo de Gobierno Judicial y a la Gerencia de la Rama Judicial. No obstante, aunque dicha reforma se encuentre actualmente vigente, los órganos y corporaciones instituidas, como lo son la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, el Consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama Judicial, aun no han sido creadas, toda vez que quedaron supeditadas a una ley estatutaria de administración de justicia cuya expedición, aunque se ordenó, no ha sido tramitada por el legislativo.

100 “ARTICULO 178. La Cámara de Representantes tendrá las siguientes atribuciones especiales: 1. Elegir al Defensor del Pueblo. 2. Examinar y fenecer la cuenta general del presupuesto y del tesoro que le presente el Contralor General de la República. 3. Acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales, al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los magistrados de la Corte Constitucional, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los miembros del Consejo Superior de la Judicatura, a los magistrados del Consejo de Estado y al Fiscal General de la Nación. 4. Conocer de las denuncias y quejas que ante ella se presenten por el Fiscal General de la Nación o por los particulares contra los expresados funcionarios y, si prestan mérito, fundar en ellas acusación ante el Senado. 5. Requerir el auxilio de otras autoridades para el desarrollo de las investigaciones que le competen, y comisionar para la práctica de pruebas cuando lo considere conveniente”.

101 Los hechos que originaron el presente conflicto de competencias ocurrieron en el año 2012.

102 “ARTICULO 125. DE LOS SERVIDORES DE LA RAMA JUDICIAL SEGUN LA NATURALEZA DE SUS FUNCIONES. Tienen la calidad de funcionarios los Magistrados de las Corporaciones Judiciales, los Jueces de la República y los Fiscales. Son empleados las demás personas que ocupen cargos en las Corporaciones y Despachos Judiciales y en los órganos y entidades administrativas de la Rama Judicial”.

103 En esta sentencia la Corte Constitucional efectuó la Revisión previa del Proyecto de Ley Estatutaria No. 023/06 Senado y No. 286/07 Cámara “Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia”.

Judicial, salvo sobre aquellos que gocen de fuero especial según la Constitución Política y que dicha función la ejerce el Consejo Superior de la Judicatura a través de sus Salas Jurisdiccionales Disciplinarias". La regla anotada corresponde a un desarrollo legal de lo previsto en el numeral 3° del artículo 256 de la Constitución Política de 1991, que asigna al Consejo Superior de la Judicatura¹⁰⁴:

3. Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley (...)". (Negrillas y subrayas agregadas).

De la misma manera lo establece el Código Disciplinario Único, cuyos destinatarios son "los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 de dicho código", el cual contempla una excepción respecto de los funcionarios judiciales al señalar, en los artículos 193 y 194, que corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y a las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales el ejercicio de la acción disciplinaria contra esta categoría de servidores, en los siguientes términos:

"Artículo 193. Alcance de la función jurisdiccional disciplinaria. Mediante el ejercicio de la función jurisdiccional disciplinaria, se tramitan y resuelven los procesos que, por infracción al régimen disciplinario contenido en el presente estatuto, se adelanten contra quienes ejerzan funciones jurisdiccionales de manera permanente, transitoria u ocasional, excepto quienes tengan fuero especial.

Artículo 194. Titularidad de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria contra los funcionarios judiciales corresponde al Estado y se ejerce por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y por las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales". (Se subraya).

b) Competencia disciplinaria sobre los funcionarios judiciales con fuero especial

A pesar de que la regla establecida en el artículo 111 de la Ley 270 de 1996 *ibídem* indica que la competencia disciplinaria sobre los funcionarios judiciales corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, la misma norma contempla una excepción respecto de los funcionarios que gozan de fuero especial.

Como se anotó en el capítulo precedente, los funcionarios judiciales con fuero especial al momento de la ocurrencia de los hechos que generaron la investigación disciplinaria, la cual a su vez dio lugar a la presente causa son: los magistrados de la Corte Constitucional, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura, los magistrados del Consejo de Estado y el Fiscal General de la Nación

¹⁰⁴ Como se anotó en líneas anteriores, por la fecha en que ocurrieron los hechos se aplicará a plenitud el texto constitucional vigente hasta el 30 de junio de 2015.

Según el artículo 178 de la Constitución Política de 1991 *ibídem* y el artículo 179 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, la competencia disciplinaria sobre los funcionarios con fuero especial radica en el Congreso de la República, específicamente en la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes:

“Artículo 179. DE LA COMISION DE INVESTIGACION Y ACUSACION. La Comisión de Investigación y Acusación, forma parte de la Cámara de Representantes, desempeña funciones judiciales de Investigación y Acusación en los juicios especiales que tramita dicha Cámara; y conoce del régimen disciplinario contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación. En los procesos disciplinarios que se adelanten contra los citados funcionarios, sometidos a fuero especial, se oirá el concepto previo del Procurador General de la Nación.”.

Lo anterior coincide con la que contempla la Ley 5° de 1992 *“Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes”*, que indica que dicha competencia se ejerce, inicialmente¹⁰⁵, a través de la Comisión de Investigación y Acusaciones del Congreso de la República, cuyas funciones son:

“Artículo 312. Funciones. La Comisión de Investigación y Acusación cumplirá las siguientes funciones:

1. Preparar proyectos de acusación que deberá aprobar el pleno de la Cámara, ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales, al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, a los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y al Fiscal General de la Nación.

2. Conocer de las denuncias y quejas que ante ella se presenten por el Fiscal General de la Nación, o por los particulares contra los expresados funcionarios, que presten mérito para fundar en ella acusación ante el Senado.

3. Requerir el auxilio de otras autoridades para el desarrollo de las actividades que le competen, y comisionar para la práctica de pruebas cuando lo considere conveniente.

4. La iniciación de las investigaciones también procederá de oficio.

5. Las demás atribuciones que para el cabal cumplimiento de sus fines y cometidos le sea asignado por las leyes”. (Subrayas fuera del texto original).

105 A la Cámara de Representantes le corresponde adelantar la investigación disciplinaria y, si se encuentra elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida de la que se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que alguno de los funcionarios citados es su autor o partícipe, de conformidad con el artículo 313 de la Ley 5° de 1992, deberá acusarlo ante el Senado de la República, a quien le corresponde: “11. Conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso conocerá por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos”.

c) Competencia sobre los empleados judiciales

La competencia para el control disciplinario de los empleados judiciales está concebida de manera distinta. De conformidad con el artículo 115 de la Ley 270 de 1996, corresponde al superior jerárquico del empleado judicial involucrado en la comisión de la falta disciplinaria, así:

*“Artículo 115. Competencia de otras Corporaciones, Funcionarios y Empleados Judiciales. **Corresponde a las Corporaciones, funcionarios y empleados pertenecientes a la Rama Judicial, conocer de los procesos disciplinarios contra los empleados respecto de los cuales sean sus superiores jerárquicos, sin perjuicio de la atribución que la Constitución Política confiere al Procurador General de la Nación de ejercer preferentemente el poder disciplinario, conforme al procedimiento que se establezca en leyes especiales**”.* (Subrayas y negrillas agregadas).

Esta regla difiere, en principio, de lo establecido en el Código Disciplinario Único respecto de la titularidad de la acción disciplinaria respecto de los empleados públicos, toda vez que dicho estatuto adoptó el sistema del control disciplinario interno, mediante el cual el conocimiento y la resolución de esta especie de causas la atribuyó a dependencias, unidades u oficinas de las entidades u organismos respectivos. Sobre este punto, el artículo 76 dispone:

“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.

“Parágrafo 1º. 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.

“Parágrafo 2º. Se entiende por oficina del más alto nivel la conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración.

“Parágrafo 3º. 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 aquel.”

Sin embargo, la Sala considera que aunque el artículo 115 de la Ley 270 de 1996 es norma especial para la Rama Judicial y tiene una jerarquía superior a la del Código Disciplinario Único por tratarse de una ley estatutaria, existe armonía entre las dos normatividades en cuanto a la competencia para conocer de los procesos disciplinarios contra empleados judiciales en primera y en segunda instancia, ya que de ambas se deduce que la competencia para tramitar dichos asuntos en primera instancia corresponde al superior inmediato del investigado, y en segunda instancia al superior jerárquico (administrativo) de este (el superior del superior). Tales empleados y funcionarios son los *“funcionarios con potestad disciplinaria”* de la Rama, y a ellos compete conocer de los asuntos disciplinarios que se sigan contra los empleados judiciales *“de sus dependencias”*, como lo establece el artículo 2º de la Ley 734 de 2002.

A este respecto, reitera la Sala que la regla general, aunque no absoluta, es que el superior jerárquico de los funcionarios judiciales es su nominador.

5. El Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la Rama Judicial

La Ley 446 de 1998¹⁰⁶ *“ordenó a las entidades y organismos de derecho público del orden nacional, departamental, distrital y a los municipios capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles a que crearan un comité de conciliación, el cual debía integrarse por los funcionarios del nivel directivo”.*

En cumplimiento del mandato de la Ley 446 de 1996, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante el Acuerdo 220 de 1997, creó el Comité de Defensa y Conciliación de la Rama Judicial.

Sin embargo, la ley no asignó funciones a dichos comités. Fue el Decreto Presidencial 1214 de 2000 *“Por el cual se establecen funciones para los Comités de Conciliación de que trata el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y se dictan otras disposiciones”* el que con el propósito de atender las deficiencias en la prevención del daño antijurídico y en la defensa de los intereses de las entidades estatales, en detrimento del patrimonio público, entre otras, le asignó las siguientes:

“Artículo 5o. Funciones. El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:

106 *“Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”.*

1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.
2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad.
3. Estudiar y evaluar los procesos que cursen o hayan cursado en contra del ente, para determinar las causas generadoras de los conflictos; el índice de condenas; los tipos de daño por los cuales resulta demandado o condenado; y las deficiencias en las actuaciones procesales por parte de los apoderados, con el objeto de proponer correctivos.
4. Fijar directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación.
5. Determinar la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación.
6. Evaluar los procesos que hayan sido fallados en contra de la entidad con el fin de determinar la procedencia de la acción de repetición.
7. Definir los criterios para la selección de abogados externos que garanticen su idoneidad para la defensa de los intereses públicos y realizar seguimiento sobre los procesos a ellos encomendados.
8. Designar al funcionario que ejercerá la Secretaría Técnica del Comité, preferentemente un profesional del Derecho.
9. Dictar su propio reglamento”.

El citado decreto, además, precisó los perfiles de los miembros del comité, así:

“Artículo 3o. Modificado por art. 1 Decreto Nacional 2097 de 2002 Integración. El Comité de Conciliación estará conformado por los siguientes funcionarios, quienes concurrirán con voz y voto y serán miembros permanentes:

- 1. El Jefe de los entes de que trata el artículo 1o. del presente decreto, o su delegado.*
- 2. El ordenador del gasto, o quien haga sus veces.*
- 3. El Jefe de la Oficina Jurídica o de la dependencia que tenga a su cargo la defensa de los intereses litigiosos de la entidad.*
- 4. Dos (2) funcionarios de dirección o de confianza que se designen conforme a la estructura orgánica de cada ente”.*

Para ajustar las funciones del Comité de Defensa y Conciliación de la Rama Judicial a los mandatos del Decreto 1214 de 2000, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través del Acuerdo 953 de 2000, modificó el Acuerdo 220 de 1997, mediante el que se creó dicho comité. En la reforma definió las funciones generales y específicas del comité y en el artículo 2° dispuso que los integrantes serían: *i)* el Presidente de la Sala Administrativa o su delegado, quien ejercería la presidencia; *ii)* el Director Ejecutivo de Administración Judicial en su condición de ordenador del gasto; *iii)* el Director de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial; *iv)* un abogado asistente de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y *v)* el Director de la Unidad de Presupuesto de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Debido a la reforma efectuada por el Decreto 2097 de 2002 al Decreto 1214 de 2000, en relación con la integración de los comités de conciliación, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante el Acuerdo 2950 de 2005, modificó el artículo 2° del Acuerdo 953 de 2000 y a partir de ese momento el Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la Rama Judicial está integrado por: *i)* el Presidente de la Sala Administrativa o su delegado, quien lo preside; *ii)* el Director Ejecutivo de Administración Judicial, en su condición de ordenador del gasto; *iii)* el Director de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial; *iv)* el Director de la Unidad de Presupuesto de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y *v)* el Magistrado Auxiliar de la Oficina del Despacho de la Presidencia de la Sala Administrativa. Y agregó que cuando se traten asuntos relacionados con la Fiscalía General de la Nación, el comité ampliará su conformación con un representante del Fiscal General de la Nación, el Jefe de la Oficina Jurídica y el Jefe de Presupuesto o quien haga sus veces, quienes participarán con voz y voto en la respectiva reunión.

Por otra parte, como el artículo 103 de la Ley 270 de 1996 estableció que corresponde a los Directores Seccionales de la Rama Judicial, ejercer, dentro de su jurisdicción, entre otras, la representación de la Nación-Rama Judicial en los procesos judiciales, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante el Acuerdo PSAA12-9145 de enero 18 de 2012, creó comités seccionales de conciliación en las capitales de departamento que contaran con Consejo Seccional de la Judicatura y Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, los cuales estarían conformados por: *i)* el *Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura, quien lo presidirá*; *ii)* el *Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial en su calidad de Representante judicial u ordenador del gasto*; *iii)* el *Jefe de la Oficina Seccional de Auditoría, quien actuará con voz y sin voto* y *iv)* el *servidor de la Dirección Ejecutiva Seccional que tenga a su cargo la coordinación de las labores jurídicas de la Seccional, quien además, ejercerá como secretario*.

6. Poder disciplinario preferente

En cuanto al poder disciplinario externo, esto es, el que radica en la Procuraduría General de la Nación en virtud de la cláusula general de competencia y el poder

preferente que ostenta, cabe señalar, como lo hizo la Sala en decisión reciente¹⁰⁷ siguiendo la jurisprudencia constitucional, que tiene fundamento en lo que establece el inciso 6° del artículo 277 de la Constitución Política de 1991¹⁰⁸. En virtud de este artículo, dijo la Corte Constitucional:

“Esta norma estipula, entonces, una cláusula general de competencia en cabeza de la Procuraduría General de la Nación para adelantar investigaciones disciplinarias con el propósito de ejercer la vigilancia superior que al Jefe del Ministerio Público se encomienda y, en últimas, para que él pueda cumplir el cometido básico de velar por el imperio y la efectividad del orden jurídico en todo el territorio de la República”¹⁰⁹.

Lo anterior debe estudiarse en armonía con el artículo 3°¹¹⁰ de la Ley 734 de 2002, que establece el poder preferente de la Procuraduría General de la Nación, a partir del cual puede adelantar una actuación disciplinaria en contra de cualquier empleado estatal, cualquiera sea su vinculación o jerarquía, cuando lo considere conveniente o necesario para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que deben observarse en el ejercicio de la función pública.

Sin embargo, el carácter preferente del poder atribuido a la Procuraduría General de la Nación, aun cuando desplaza al funcionario que haya iniciado o se encuentre adelantando una investigación disciplinaria, no es obligatorio ni exclusivo, pues al incluir el legislador en la redacción de la norma el vocablo “*podrá*”, se advierte que se trata de una atribución facultativa, que bien puede ejercerse o no. De allí que se haya impuesto la carga de motivar la decisión mediante la que se avoque el conocimiento de los asuntos que se tramitan internamente en las entidades u órganos del Estado.

Por último, se advierte que respecto de los funcionarios judiciales con fuero, la Procuraduría General de la Nación no cuenta con poder disciplinario. Su competencia, por virtud del artículo 179 de la Ley 270 de 1996 *ibidem*, se limita a emitir concepto previo.

7. El caso concreto

En este asunto la actuación se originó porque el Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la Rama Judicial presuntamente habría incumplido con el deber de emitir el concepto que ordena el artículo 70¹¹¹ de la Ley 1395 de 2010 “*Por la cual se*

¹⁰⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión de 12 de marzo de 2014. Radicado 11001-03-06-000-2014-00002 00.

¹⁰⁸ “Ejercer 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”.

¹⁰⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-222 de 1999.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ “Artículo 70. Adiciónese un cuarto inciso al artículo 43 de la Ley 640 de 2001, cuyo texto será el siguiente:

En materia de lo contencioso administrativo, cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria.

Parágrafo. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso”.

adoptan medidas en materia de descongestión judicial” como consecuencia de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la que condenó a la Nación -Rama Judicial- a pagar a favor de Gustavo Adolfo Lora Pedroza y Gustavo Adolfo Lora Villadiego la sumas de \$550.722.933 y \$275.361.446, respectivamente, dentro del proceso de reparación directa No. 13001233100020090062500.

El conflicto se originó porque la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de la misma Corporación y la Procuraduría General de la Nación se declararon incompetentes para adelantar la investigación disciplinaria contra los miembros del Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la Rama Judicial.

Para la Sala son distintas las autoridades a las que **compete** adelantar la actuación disciplinaria contra los miembros del Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la Rama Judicial, en razón a que uno de los integrantes goza de fuero especial.

Como lo establece el Acuerdo 2950 de 2005 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la Rama Judicial está integrado por: *i)* el Presidente de la Sala Administrativa o su delegado; *ii)* el Director Ejecutivo de Administración Judicial; *iii)* el Director de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial; *iv)* el Director de la Unidad de Presupuesto de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, *v)* el Magistrado Auxiliar de la Oficina del Despacho de la Presidencia de la Sala Administrativa y *vi)* un representante del Fiscal General de la Nación, el Jefe de la Oficina Jurídica y el Jefe de Presupuesto o quien haga sus veces, cuando se traten asuntos relacionados con la Fiscalía General de la Nación.

1. En concepto de la Sala, la entidad competente para adelantar la actuación disciplinaria contra el Presidente de la Sala Administrativa de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura es la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes por lo siguiente:

(i) Según el artículo 111 de la Ley 270 de 1996 *ibidem* y el artículo 193 del Código Disciplinario Único la competencia disciplinaria sobre los funcionarios judiciales que gozan de fuero especial no es de competencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

(ii) El artículo 178 de la Constitución Política de 1991 (vigente en el momento de la ocurrencia de los hechos), establece que los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura gozan de fuero constitucional y que la competencia disciplinaria sobre estos corresponde al Congreso de la República.

(iii) El artículo 179 de la Ley 270 de 1996, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 312 de la Ley 5ª de 1992, indica que corresponde a la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes del Congreso de la República adelantar las actuaciones disciplinarias contra los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura.

2. La competencia para adelantar la actuación disciplinaria contra los demás miembros del Comité de Defensa y Conciliación de la Rama Judicial, dentro de los que se encuentra el Director Ejecutivo de Administración Judicial, el Director de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, el Director de la Unidad de Presupuesto de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y el Magistrado Auxiliar de la Oficina del Despacho de la Presidencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura es de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por lo siguiente:

(i) Todos son empleados judiciales, inclusive el Director Ejecutivo de Administración Judicial, quien a pesar de que ostenta un cargo de dirección, está subordinado a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura¹¹² y no administra justicia.

(ii) A los empleados judiciales, por virtud del artículo 115 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, los investiga disciplinariamente el superior jerárquico.

(iii) La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura es el superior jerárquico y el nominador del Director Ejecutivo de Administración Judicial.

(iv) De los empleados referidos, el de mayor jerarquía es el Director Ejecutivo de Administración Judicial, y según el inciso segundo del artículo 81 del Código Disciplinario Único “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.

En todo caso, la Sala advierte que, si cambia la composición del Comité de Defensa y Conciliación de la Rama Judicial o si resultan involucrados empleados distintos a los que se ha hecho referencia en el presente conflicto, puede también cambiar la competencia disciplinaria.

8. Definición de competencia y términos legales

Cabe precisar finalmente que el procedimiento especialmente regulado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, para que la Sala de Consulta y Servicio Civil decida los conflictos de competencias que pudieren ocurrir entre autoridades administrativas, obedece a la necesidad de definir en toda actuación administrativa la cuestión preliminar de la competencia. Puesto que la Constitución prohíbe a las autoridades actuar sin competencia, so pena de incurrir en responsabilidad por extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6º), y el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 prevé que la expedición de actos administrativos sin competencia dará lugar a su nulidad, mientras no se determine cuál es la autoridad obligada a

112 Sobre el punto, la Corte Constitucional, en sentencia C-037 de 1996, señaló: “En efecto, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, junto con su director, se constituye en un mecanismo efectivo de implementación de las políticas administrativas de la rama judicial, bajo la condición de estar siempre sujeta a las decisiones que defina la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, con lo que se descarta cualquier paralelismo jerárquico o funcional. En otras palabras, las funciones que constitucionalmente han sido asignadas a esa Sala permanecen incólumes frente a la creación de dicha Dirección Ejecutiva, pues ésta no podrá en momento alguno tomar decisiones autónomamente o reemplazar, modificar o desconocer las que se le han asignado a aquella por mandato de los artículos 256 y 257 superiores.

conocer y resolver, no corren los términos previstos en las leyes para que decidan los correspondientes asuntos administrativos.

Debido a estas razones de orden constitucional y legal, mientras la Sala de Consulta y Servicio Civil dirime la cuestión de la competencia no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones. De ahí que, conforme al artículo 39, *“mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”*¹¹³. El artículo 21 de la Ley 1755 de 2015, relativo al funcionario sin competencia, dispone que *“[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remitario al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente.”* Por esta misma razón, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que *“[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”*.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que la presente decisión sea comunicada.

Por lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

RESUELVE:

Primero: Declarar competente a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para adelantar la actuación disciplinaria contra el Director Ejecutivo de Administración Judicial, el Director de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, el Director de la Unidad de Presupuesto de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y el Magistrado Auxiliar de la Oficina del Despacho de la Presidencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de miembros del Comité de Defensa y Conciliación de la Rama Judicial.

¹¹³ La Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituyó el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 por el siguiente texto: *“Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: //1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes. // 2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.// Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto”*.

Segundo: Remítase, por conducto de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, copias auténticas del expediente contentivo de la actuación disciplinaria a la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes del Congreso de la República, para lo de su competencia.

Tercero: Envíese el expediente a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Cuarto: Los términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán o empezarán a correr, según el caso, a partir del día siguiente a aquél en que se comunique la presente decisión.

Quinto: Comuníquese esta decisión a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a la Sala Administrativa de dicha Corporación y a la Procuraduría General de la Nación.

La anterior decisión se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Comuníquese y cúmplase

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Álvaro Namén Vargas, Presidente de la Sala. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

12. Superintendencia de Industria y Comercio – SIC e Instituto Nacional de Metrología – INM. Promotor: Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE.

Radicado 2015-00279

Fecha: 22/10/2015

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Define la Sala el conflicto **negativo** de competencias administrativas promovido por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE y suscitado entre la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC y el Instituto Nacional de Metrología – INM, con el objeto de “*determinar cuál de estas entidades públicas es la competente para establecer las equivalencias de las medidas costumbristas de superficie, denominadas ‘Caballerías’, ‘Almud’, ‘Tabacos’, ‘Alzadas de Caballo’, ‘Fanegas’, ‘Cabulladas’ a unidades del Sistema Internacional de Unidades SI, a fin de superar la incertidumbre de medición proporcionada por las mismas*” (Folio 4 vto.), de manera concreta en el siguiente caso:

“Departamento de la Guajira. Predio Corazonal o Cerrejón114, localizado en el municipio de Barrancas (Guajira), sobre el cual se solicita la certificación de cabida y linderos para proceder al registro de Escritura Pública corrida en el año 1866, donde la cabida está expresada en “almudes, fanegas y amojonaduras”” (folio 3).

I. Antecedentes

Con base en la solicitud de solución del conflicto y la documentación aportada, los antecedentes del presente conflicto de competencias se pueden sintetizar en la siguiente forma:

1. Inicialmente, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE presentó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, una consulta, radicada con el número único 11001-03-06-000-2014-00113-00 y el número interno 2210, destinada a determinar cuál era la entidad pública competente para establecer la equivalencia entre algunas medidas costumbristas de superficie de tierras y las unidades del Sistema Internacional de Unidades, SI, la cual comenzó a ser objeto de estudio por la Sala¹¹⁵.

¹¹⁴ La Superintendencia de Notariado y Registro, en su oficio SNR2015EE022605 del 22 de julio de 2015 (Folios 95 a 106) señaló, respecto de la ubicación del predio Cerrejón: “Predio ubicado en el municipio de Barrancas, departamento de La Guajira, sobre el cual se solicita certificación de cabida y linderos para proceder al registro de la escritura pública corrida en el año 1866, donde la cabida está expresada en almudes, fanegas y amojonaduras”.

¹¹⁵ En aras de la claridad, la Sala considera pertinente citar algunas definiciones relacionadas con términos de metrología mencionados por las normas o las partes de este conflicto, que se encuentran en el artículo 2.2.1.7.2.1 del Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, con la modificación hecha por el artículo 3° del Decreto 1595 del 5 de agosto de 2015, “Por el cual se dictan normas relativas al Subsistema Nacional de la Calidad y se modifica el Capítulo VII y la Sección 1 del Capítulo VIII del Título I de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto número 1074 de 2015, y se dictan otras disposiciones”:

“Artículo 2.2.1.7.2.1. Definiciones. Sin perjuicio de lo establecido en las decisiones andinas y las leyes, para los efectos del presente capítulo se utilizarán las siguientes definiciones, y en caso de que estas difieran de las definiciones de las normas internacionales ISO/IEC, BIPM u OIML, incluyendo el VIM y el VIML, prevalecerán estas últimas: (...)

52. Metrología. Ciencia de las mediciones y sus aplicaciones.

2. En desarrollo de tal estudio se llevó a cabo el 15 de agosto de 2014 una reunión con funcionarios del organismo consultante, en la cual se observó que más que una consulta, se trataba propiamente de un presunto conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC y el Instituto Nacional de Metrología – INM, en torno al asunto de la consulta referido a tres (3) casos concretos.

3. El Director General del DANE, mediante oficio No. 2014-313-010338-1 recibido el 1º de octubre de 2014 (folios 1-4), solicitó entonces a la Sala “*se sirva modificar el trámite de la consulta radicada con el número 11001-03-06-000-2014-00113-00 (2210), para que sea tramitada y resuelta como un conflicto de competencias administrativas ya que, en realidad, en ella se plantea efectivamente un conflicto de tal naturaleza, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 39, en concordancia con el 112 numeral 10, de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA*” (folio 1).

4. La Sala encontró conducente la solicitud del Director del DANE para resolver el asunto por la vía procesal adecuada, y en consecuencia, el Consejero Ponente de la consulta, mediante Auto del 13 de noviembre de 2014, determinó que por la Secretaría de la Sala se archivara la consulta y se formaran tres (3) expedientes, uno para cada uno de los casos reseñados, para tramitar los conflictos de competencias administrativas de manera individualizada, pues deben corresponder siempre a casos concretos (folios 14-17).

5. El presente conflicto correspondió al presuntamente suscitado entre la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC y el Instituto Nacional de Metrología – INM, referente a cuál de estas dos entidades es la competente para establecer la equivalencia con las unidades del Sistema Internacional de Unidades, SI, de las medidas costumbristas de superficie de tierras mencionadas respecto del siguiente predio:

“Departamento de la Guajira. Predio Corazonal o Cerrejón, localizado en el municipio de Barrancas (Guajira), sobre el cual se solicita la certificación de cabida y linderos para proceder al registro de Escritura Pública corrida en el año 1866, donde la cabida está expresada en “almudes, fanegas y amojonaduras””.

6. El DANE en su solicitud, expuso **los antecedentes históricos y normativos** de los sistemas de medidas en Colombia y **los antecedentes fácticos** del conflicto de competencias. Dentro de los primeros mencionó los siguientes (folios 1-2):

53. Metrología científica. Metrología que se ocupa de la organización y desarrollo de los patrones de medición y de su mantenimiento, además de su diseminación en la cadena metrológica y en todos los niveles de su jerarquía.

54. Metrología industrial. Metrología especializada en las medidas aplicadas a la producción y control de calidad en la industria para el correcto funcionamiento de los instrumentos de medición y de los procesos productivos.

55. Metrología legal. Parte de la metrología relacionada con las actividades que se derivan de los requisitos legales que se aplican a la medición, las unidades de medida, los instrumentos de medida y los métodos de medida que se llevan a cabo por los organismos competentes”.

Cabe señalar que las definiciones trascritas rigen desde el 5 de octubre de 2015, conforme al párrafo transitorio del artículo 5º del Decreto 1595 de 2015, y son idénticas a las que traía el artículo inicial, el artículo 2.2.1.7.1.7, del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, las cuales entraron en vigencia desde el 5 de agosto de 2015, conforme al párrafo del artículo 3.1.1 de este último.

a. Los países iberoamericanos han adoptado oficialmente el Sistema Métrico Decimal (SMD), el cual en Colombia coexiste con algunas unidades costumbristas perimétricas y las del sistema inglés, pese a los intentos para disponer de un único sistema coherente.

b. El Congreso Nacional, mediante una Ley sin número, expedida el 8 de junio de 1853, adoptó el sistema métrico decimal francés para todos los actos y efectos oficiales (artículo 1º) y dispuso que los particulares podían emplear en sus transacciones los pesos y medidas que a bien tuvieran (artículo 4º). Con base en esta ley, el Gobierno Nacional dictó el Decreto Orgánico del Sistema Métrico Decimal, el cual estableció que las medidas que componían este Sistema eran “*medidas lineales o de longitud, medidas de capacidad y medidas de peso, medidas cuadradas o de superficie, medidas agrarias, medidas cúbicas o de solidez y medidas para la leña y las maderas de construcción*”.

c. Posteriormente, la Ley 33 del 28 de abril de 1905, “*Sobre pesas y medidas*”, estableció el uso obligatorio de las pesas y medidas del sistema métrico decimal francés, así:

“Artículo 1º. Desde la vigencia de esta Ley, es obligatorio en todos los asuntos oficiales y comerciales, y en todos los actos y contratos que tengan lugar en el territorio de la República, el uso de las pesas y medidas del sistema métrico decimal francés, que se expresan en seguida:

El metro, unidad de las medidas de longitud dividido en diez decímetros, cien centímetros y mil milímetros. Diez metros hacen un decámetro; ciento, un hectómetro; mil, un kilómetro; diez mil, un miriámetro.

El área o decámetro cuadrado, unidad de las medidas agrarias o de superficie, dividida en diez diciáreas; cien centiáreas, y mil miliáreas. Diez áreas hacen una decárea; ciento, una hectárea; mil, una kiliárea, y diez mil, una miliárea (sic, es una miriárea). (...)” (Resalta la Sala).

“Artículo 2º. Oficialmente no se usarán otras denominaciones que las expresadas en el artículo anterior. Para facilitar el uso común de las pesas y medidas, se permite a los particulares las siguientes:

(...) La vara, unidad de longitud, se divide en cuatro cuartas, equivale a ochenta centímetros.

(...) La fanegada¹¹⁶, unidad de superficie. Es un cuadrado que tiene por cada lado 100 varas. La fanegada equivale a seis mil cuatrocientos metros cuadrados y se divide en diez mil varas cuadradas.

¹¹⁶ Cabe anotar que en algunos de los predios mencionados en los tres conflictos de competencias, se utiliza la medida “*fanega*” que es distinta de la “*fanegada*”.

El almud¹¹⁷, unidad de capacidad para los granos, será un cajón de treinta centímetros de base por 20 de altura en su parte interior.

El medio almud, que será un cajón como el anterior, pero con la mitad de la altura solamente, es decir, con diez centímetros interiormente. (...)”.

“Artículo 4º. Se prohíbe el uso público de cualesquiera pesas y medidas distintas de las autorizadas en la presente ley. (...)”.

Con el fin de hacer efectiva esta prohibición, el artículo 6º de la Ley 33 estableció una multa para la persona que usara en sus transacciones pesas y medidas distintas de las mencionadas en la ley o las alterara.

d. Mucho tiempo después, el Decreto 3464 del 26 de diciembre de 1980, *“Por el cual se adopta el Sistema Internacional de Unidades, SI”*, dispuso en su artículo 1º adoptar dicho sistema *“como sistema obligatorio de unidades en materia de metrología en el territorio de la República de Colombia”* y en el artículo 2º presentó la clasificación de las unidades básicas de dicho Sistema, con sus correspondientes magnitudes básicas y sus símbolos, siendo el metro la unidad básica de la magnitud denominada *“longitud”*.

El Decreto 3464 ordenó además, que *“en las relaciones públicas y privadas”* se debían utilizar las medidas establecidas (artículo 5º) y le asignó a la Superintendencia de Industria y Comercio las funciones de vigilar y controlar su cumplimiento, conforme el Decreto 149 de 1976 (artículo 4º).

e. Luego la Ley 1480 del 12 de octubre de 2011, *“Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”*, se refirió en el artículo 69 a las *“unidades acostumbradas de medida”*, y estableció que estas podían incluir unidades específicas para aplicaciones particulares que se requirieran por cualquiera de estas causas: necesidades del comercio internacional, la navegación aérea o marítima, la salud, las aplicaciones militares, la investigación científica o la seguridad. Agregó que la posibilidad de mantener o usar tales medidas debía ser revisada periódicamente por la Superintendencia de Industria y Comercio.

f. Nuestro país ingresó al fin como miembro pleno a la *“Convención del Metro”*, al ser expedida la Ley 1512 del 6 de febrero de 2012, mediante la cual se aprobó dicha Convención firmada en París el 20 de mayo de 1875 y modificada el 6 de octubre de 1921 y el Reglamento Anexo¹¹⁸.

7. El DANE expuso los siguientes **antecedentes fácticos** del conflicto de competencias (folios 2-4):

¹¹⁷ También en algunos de los predios, se utilizan las palabras *“almud”* y *“medio almud”*, pero es evidente que se alude a unas medidas agrarias o de superficie de tierras, no a las medidas de capacidad para los granos, definidas por el artículo 2º de la Ley 33 de 1905.

¹¹⁸ La Corte Constitucional declaró exequible la Ley 1512 de 2012, por medio de la Sentencia C-822 del 18 octubre de 2012.

a. El Instituto Geográfico Agustín Codazzi – IGAC es una institución pública creada por el Decreto Ley 290 de 1957, que tiene como una de sus principales funciones la de elaborar el catastro nacional de la propiedad inmobiliaria, la cual comprende tres elementos: el físico, el jurídico y el fiscal.

En la elaboración del catastro el componente físico comprende la descripción general de los inmuebles y la determinación del área total de cada predio con la expresión de los linderos en unidades métricas decimales, con el fin de que estos se constituyan en datos de utilidad y comprensión pública.

b. El IGAC ha llevado a cabo su labor pero, en algunas ocasiones, esta se ha visto interrumpida por la existencia de títulos legítimos de propiedad que contienen una descripción de los inmuebles en unidades de medida en desuso que dificultan la definición del componente físico de los predios, como sucede en los casos de los tres conflictos de competencias que se han planteado.

c. El IGAC recibió por traslado de la Superintendencia de Notariado y Registro, un derecho de petición de la Academia Colombiana de Historia referente a definir la equivalencia de una caballería de tierra frente al actual sistema métrico decimal.

d. El IGAC entonces, presentó una consulta a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la equivalencia de las unidades antiguas de superficie de tierras, como “*caballería, tabaco y alzada de caballo*”, en el sistema métrico decimal, en atención a que el Superintendente Delegado para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal de esa Superintendencia, tiene dentro de sus funciones la siguiente, de acuerdo con el numeral 6° del artículo 14 del Decreto 4886 de 2011:

“6. Determinar los múltiplos y submúltiplos de las unidades legales de medida del Sistema Internacional de Unidades, las unidades legales de medida que no están cubiertas por el Sistema Internacional de Unidades SI y las unidades acostumbradas de medida, así como sus múltiplos y submúltiplos, de conformidad con el sistema de pesas y medidas establecido en la ley”.

e. El mencionado Superintendente Delegado trasladó la consulta al Instituto Nacional de Metrología – INM, por considerar que el tema era competencia de este, en razón de lo preceptuado por los artículos 5° y 6° del Decreto Ley 4175 de 2011, los cuales indican el objetivo y las funciones del Instituto; dentro de estas se encuentra la de realizar los estudios técnicos necesarios para establecer los patrones de medida y solicitar a la Superintendencia de Industria y Comercio su oficialización.

f. El Instituto Nacional de Metrología – INM, mediante oficio No. 13-3995-1 del 19 de diciembre de 2013 dirigido al Superintendente de Industria y Comercio, le manifestó que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 14-6 del Decreto 4886 de 2011, es en dicha Superintendencia en quien recae la competencia para determinar lo relacionado con las unidades legales de medida.

g. El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio del oficio No. 13-267968-1-0 del 26 de diciembre de 2013 dirigido a la Subdirectora de Catastro (E) del Instituto Geográfico Agustín Codazzi – IGAC (Folios 10 a 13), respondió su consulta acerca de la equivalencia en el sistema métrico decimal de las unidades de medida antiguas llamadas “Caballeriza” (sic), “Tabaco” y “Alzada de Caballo”, en la siguiente forma:

1) Citó varias disposiciones de la Ley 33 de 1905, la cual *“lo que hizo fue unificar las pesas y medidas para todos los asuntos oficiales y comerciales y en todos los actos y contratos que tengan lugar en el territorio de la República”*.

2) Señaló que el Sistema Internacional de Unidades se adoptó en Colombia mediante el Decreto 1731 de 1967, el cual en su artículo 1º dispuso que se adoptaba *“como sistema obligatorio de pesas y medidas en el territorio de la República el Sistema Métrico Decimal, denominado Sistema Internacional de Unidades”* y que el Decreto 3464 de 1980 oficializó dicho Sistema, así:

- Repitió lo del primero, en el sentido de *“adoptar el Sistema Internacional de Unidades, Si, como sistema obligatorio de unidades en materia de metrología en el territorio de la República de Colombia”* (artículo 1º).

- Presentó la clasificación de las unidades básicas de dicho Sistema con sus magnitudes básicas y sus símbolos (artículo 2º).

- Dispuso que en las relaciones públicas y privadas, las magnitudes, los nombres, símbolos y prefijos de las unidades deben indicarse como lo establece el decreto (artículo 5º).

- Indicó que el decreto regía desde su expedición y derogaba las disposiciones contrarias (artículo 7º).

3) Destacó dentro de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, las señaladas en los siguientes numerales del artículo 1º del Decreto 4886 de 2011, por medio del cual se reestructuró la entidad: 48 *“Ejercer funciones de control metrológico de carácter obligatorio en el orden nacional”*, 49 *“Oficializar los patrones nacionales de medida”*, que en su criterio incluye una referencia expresa al Sistema Internacional de Unidades, y 51 *“Ejercer el control de pesas y medidas directamente o en coordinación con las autoridades del orden territorial”*.

4) Concluyó su respuesta afirmando lo siguiente:

“Como puede observarse, las Unidades de otros sistemas, como el anglosajón, o los empleados antiguamente, oficialmente, no tienen equivalencia en el sistema internacional. Esto es, con el fin de evitar inducción a error a los consumidores, por lo tanto, se deben utilizar las unidades del sistema internacional.

En este orden de ideas, me permito informarle que las unidades CABALLERIZA (sic), TABACO y ALZADA DE CABALLO no son permitidas y, por ende, no se puede establecer una conversión al sistema métrico decimal (hoy día Sistema Internacional de Unidades) por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, de acuerdo con las funciones establecidas para la misma sobre Protección al Consumidor y Metrología Legal” (folio 13).

h. El DANE manifestó que si bien las medidas usadas en el tiempo de la Colonia cayeron en desuso por la adopción del Sistema Internacional de Unidades, se debe resolver la situación de los predios cuya área está dada en unidades como Caballería y Almud, entre otras.

i. Ante la situación presentada, el Director del IGAC de manera conjunta con el Superintendente de Notariado y Registro, le solicitaron al Director General del DANE que elevara una consulta destinada a conocer cuál era la entidad pública nacional competente para establecer las equivalencias de las medidas de superficie denominadas “Caballerías”, “Almud”, “Tabacos”, “Alzadas de Caballo”, “Fanegas” y “Cabulladas” a unidades del Sistema Internacional de Unidades, SI, a fin de superar la incertidumbre de medición dada por las mismas. Esta consulta se modificó por la solicitud de solución del conflicto de competencias administrativas en tres casos concretos, como quedó explicado.

8. Finalmente, el Director General del DANE solicitó a la Sala “*se sirva dirimir el conflicto negativo de competencias administrativas presentado entre la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC y el Instituto Nacional de Metrología – INM, en el sentido de determinar cuál de estas entidades públicas es la competente para establecer las equivalencias de las medidas costumbristas de superficie, denominadas ‘Caballerías’, ‘Almud’, ‘Tabacos’, ‘Alzadas de Caballo’, ‘Fanegas’, ‘Cabulladas’ a unidades del Sistema Internacional de Unidades SI, a fin de superar la incertidumbre de medición proporcionada por las mismas” (folio 4).*

II. Actuación Procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, por el término de cinco (5) días hábiles se fijó edicto en la Secretaría de la Sala, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto (folio 19).

Consta también que se informó sobre el presente conflicto al Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, a la Superintendencia de Notariado y Registro, a la Superintendencia de Industria y Comercio, la Instituto Nacional de Metrología –INM–, Academia de Historia de Colombia, Señores predio Corazonal o cerrejón (Barrancas - Guajira) y a la doctora Maydinayiber Urueta de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, con el fin de que pudieran presentar sus argumentos o consideraciones, de estimarlo pertinente. Obra también la constancia de la Secretaría de la Sala en el sentido de que durante la fijación del edicto no se recibieron alegaciones.

Sin embargo, el Instituto Nacional de Metrología de Colombia – INM presentó un memorial sobre el asunto el 14 de enero de 2015, el cual fue remitido al Despacho al día siguiente mediante Informe Secretarial, y la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC también presentó el suyo el 28 de enero de 2015, el cual también fue remitido por la Secretaría al Despacho al día siguiente.

En desarrollo del estudio adelantado, la Sala estimó necesaria la vinculación del Instituto Geográfico Agustín Codazzi – IGAC a la actuación, dado que este asunto podría incidir en sus funciones, razón por la cual el Consejero Ponente, mediante Auto del 27 de febrero de 2015, resolvió oficiar por intermedio de la Secretaría, al IGAC a fin de que interviniera en el presente conflicto y además, enviara la documentación referente a la titulación y el registro del predio objeto del mismo. El IGAC envió su escrito y los documentos solicitados el 14 de abril de 2015, los cuales fueron remitidos al Despacho al día siguiente mediante Informe Secretarial.

Mientras se avanzaba en el estudio de los conflictos relacionados con los tres casos mencionados, la Sala consideró necesaria la realización de una Audiencia Pública, con la participación de las siguientes entidades públicas: el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE, el Instituto Nacional de Metrología de Colombia – INM, la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi – IGAC, y la Superintendencia de Notariado y Registro – SNR, y las siguientes instituciones privadas: la Academia Colombiana de Historia y la Sociedad Geográfica de Colombia, con el fin de escuchar sus planteamientos sobre diversos aspectos del tema de la equivalencia de las nombradas medidas costumbristas o históricas de superficie.

Audiencia Pública

Mediante Auto del 3 de julio de 2015, los Consejeros Ponentes de los tres conflictos de competencias administrativas convocaron a una Audiencia Pública para el 22 de julio de 2015 a las 8 a.m. a las siguientes entidades públicas: el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE, la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC, el Instituto Nacional de Metrología – INM, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi – IGAC y la Superintendencia de Notariado y Registro –SNR, y las siguientes instituciones privadas que son cuerpos consultivos del Gobierno Nacional: la Academia Colombiana de Historia y la Sociedad Geográfica de Colombia.

Las cuatro primeras entidades públicas explicaron más en detalle los planteamientos que habían expuesto en los memoriales que habían presentado dentro del trámite de los tres conflictos, con la variación muy importante de que el Instituto Nacional de Metrología – INM admitió tener la competencia para efectuar la equivalencia de las mencionadas medidas costumbristas o históricas de superficie con las unidades del Sistema Internacional de Unidades – SI. En el Acta de la Audiencia se hizo una apretada síntesis de las exposiciones, así:

“(El Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil) Le concede la palabra a la doctora MARÍA LEONOR VILLAMIZAR, Secretaria General del Departamento

Administrativo Nacional de Estadística – DANE, quien reitera el interés que le asiste al Sector de Estadística de conocer la autoridad competente para establecer las equivalencias de las medidas costumbristas a fin de superar la incertidumbre de medición proporcionada por las mismas y su incidencia en dicho sector.

Por su parte, el doctor WILLIAM BURGOS DURANGO, Jefe de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC, manifiesta que las unidades acostumbradas establecidas por la SIC no corresponden al sistema métrico internacional de unidades y por lo tanto, la Superintendencia no tendría la competencia para establecer las equivalencias de dichas unidades acostumbradas al sistema internacional de unidades. Lo anterior, como quiera que la norma hace únicamente referencia a establecerlas, mas no a llevar a cabo las respectivas equivalencias. Agrega que es el Instituto Nacional de Metrología – INM, la autoridad competente para hacer la equivalencia de las medidas acostumbradas desde el punto de vista técnico y científico.

Así las cosas, el ingeniero EDGAR GREGORIO CARRILLO MONCADA, Director General (E) del Instituto Nacional de Metrología, señala que el INM está de acuerdo con la postura de la SIC en cuanto a considerar que es dicho Instituto el competente para establecer las equivalencias de las medidas acostumbradas.

Por otra parte, el doctor JUAN ANTONIO NIETO ESCALANTE, Director General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi – IGAC, manifiesta que al momento de desarrollar la tarea de revisión del catastro, el IGAC se ha encontrado con una serie de dificultades recurrentes lo que hace indispensable establecer qué autoridad es la competente para establecer las respectivas equivalencias de las medidas acostumbradas, principalmente en los departamentos del Cesar, Bolívar y la Guajira. Agrega que el IGAC cumple ochenta años de su creación y que la tarea de catastro nacional ha sido fundamental, por esta razón es tan importante dar certeza y acabar con la inseguridad jurídica que se ha venido presentando.

El señor Presidente de la Sala, doctor ÁLVARO NAMÉN VARGAS le concede el uso de la palabra al señor Superintendente de Notariado y Registro advirtiéndole la importancia de conocer desde el punto de vista jurídico, político y social los problemas que se suscitan frente al tema de la inscripción de predios y la trasmisión de la tierra de la propiedad inmobiliaria cuando no se determina la equivalencia de dichos títulos sino cuando se trata de medidas acostumbradas y qué tan significativo es dentro de la propiedad inmobiliaria lo que ha percibido la Superintendencia.

Manifiesta el doctor JORGE ENRIQUE VÉLEZ GARCÍA, Superintendente de Notariado y Registro, que los problemas que se presentan son bastante importantes, por cuanto la Superintendencia no puede registrar con dichas medidas, si así lo hiciera se terminaría traslapando una propiedad con la otra. Esta circunstancia ocurre principalmente en la Costa Atlántica (Mompox, Cartagena, Santa Marta), los casos más emblemáticos se encuentran en el Departamento del Cesar. En ese orden de ideas, señala que se requiere de una medida única, es decir, de una medida métrica decimal que permita tener certeza jurídica de a quién pertenece la tierra en

Colombia. Agrega que sin seguridad de la propiedad no hay democracia, por esta razón considera que la decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil para estos casos sería histórica.

Toma la palabra el profesor SANTIAGO LUQUE TORRES de la Academia Colombiana de Historia, quien presenta una posición académica como resultado de los estudios históricos que se han venido realizando durante muchos años de los linderos de Colombia. Concluye que podrían tenerse parámetros para juzgar con cierta validez las medidas históricas, si al momento de un cotejo físico no se tomara un solo predio en específico, sino una gran extensión de tierra, lo cual garantizaría una precisión razonable de la propiedad.

Por su parte, el doctor MARCO POLO GARCÍA, geofísico de la Sociedad Geográfica de Colombia, manifiesta la importancia de definir un patrón de medida que permita la conversión y el menor error posible. Agrega además, que se requiere de una investigación profunda para lograr las equivalencias adecuadas”.

III. Argumentos de las partes e intervinientes

Dentro de la actuación, las partes y los intervinientes presentaron los siguientes argumentos y consideraciones:

1. Del Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE

El Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE no se inclinó por una u otra entidad sino que, ante la situación presentada, promovió el presente conflicto de competencias administrativas, como persona interesada, de conformidad con lo establecido por el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA.

Señaló que lo hizo en atención a que “la definición de este asunto reviste gran importancia para el Instituto Geográfico Agustín Codazzi – IGAC, establecimiento público del orden nacional adscrito al DANE, en la labor de identificar el componente físico de los predios como componente esencial para el desarrollo del catastro nacional, asunto que puede incidir en el soporte que se presta dentro del Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas y, las actividades a desarrollar en los planes previstos para la restitución de tierras” (folio 4).

2. Del Instituto Nacional de Metrología – INM

Como se mencionó en los antecedentes, el Instituto Nacional de Metrología – INM en el oficio No. 13-3995-1 del 19 de diciembre de 2013 dirigido al Superintendente de Industria y Comercio, señaló que de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 6° del artículo 14 del Decreto 4886 de 2011, es en esa Superintendencia en quien recae la competencia para determinar lo relacionado con las unidades legales de medida, de lo cual se infiere que no aceptó que tuviera la competencia para efectuar

las equivalencias entre las medidas costumbristas de superficie de tierras y las del Sistema Internacional de Unidades, SI.

Ahora bien, dicho Instituto en su alegato, señaló que es una Unidad Administrativa Especial de carácter técnico, científico y de investigación en materia de metrología científica e industrial, y citó *in extenso* apartes del Documento CONPES No. 3446 de 2006 en el cual se previó su creación, la Sentencia C-822 del 12 de octubre de 2012 de la Corte Constitucional mediante la cual se declaró exequible la Ley 1512 de 2012, por medio de la cual se aprobó la Convención del Metro firmada en París el 20 de mayo de 1875 y modificada el 6 de octubre de 1921 y su Reglamento Anexo, y el documento titulado “*Una infraestructura nacional de la calidad*” sobre el mencionado Instituto.

Enumeró los beneficios para el país de la firma del Acuerdo de Reconocimiento Mutuo relativo a la Convención Internacional de Pesas y Medidas (CIPM) de la Oficina Internacional de Pesas y Medidas (BIPM) y, por ende, del acceso a la Convención del Metro, lo cual tiene incidencia fundamental en la difusión del Sistema Internacional de Unidades, SI, y la lista de los laboratorios de metrología física y química de que dispone, para establecer, entre otros, los patrones nacionales de medida, y salvaguardar la trazabilidad¹¹⁹ bajo dicho Sistema. Mencionó como sus funciones principales, las siguientes:

1. Participar en la formulación de las políticas en materia metrológica.
2. Ser el articulador y ejecutor de la metrología científica e industrial del país.
3. Desarrollar las actividades de metrología científica e industrial para el adelanto de la innovación y el desarrollo económico, científico y tecnológico del país, en coordinación con otras entidades y organismos.
4. Asegurar la trazabilidad de las mediciones al Sistema Internacional de Unidades (SI) definido por la Conferencia General de Pesas y Medidas de la Oficina Internacional de Pesas y Medidas (BIPM) y hacer su divulgación.

En síntesis, el Instituto Nacional de Metrología – INM en su alegato, no se pronunció sobre la competencia para hacer las equivalencias de las medidas agrarias antiguas con las del Sistema Internacional de Unidades, sino que expuso su naturaleza y sus principales funciones relacionadas con la metrología científica e industrial. Sin embargo, resulta oportuno anotar que en la Audiencia Pública realizada el 22 de julio de 2015, el Ingeniero Edgar Gregorio Carrillo Moncada, Director General (E) del Instituto Nacional de Metrología – INM admitió que el Instituto tiene, dentro del

119 La 23ª edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española trae como artículo nuevo la palabra “Trazabilidad” con dos acepciones: “1. f. Posibilidad de identificar el origen y las diferentes etapas de un proceso de producción y distribución de bienes de consumo. 2. f. Reflejo documental de esas etapas”.

El artículo 2.2.1.7.2.1. del Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, con la modificación del artículo 3º del Decreto 1595 de 2015, trae esta definición: “95. Trazabilidad metrológica. Propiedad de un resultado de medida por la cual puede relacionarse con una referencia mediante una cadena ininterrumpida y documentada de calibraciones, cada una de las cuales contribuye a la incertidumbre de medición”. Esta última noción la define así: “37. Incertidumbre de medición. Parámetro no negativo que caracteriza la dispersión de los valores atribuidos a un mensurando, a partir de la información que se utiliza”. Y la noción de “mensurando” es: “51. Mensurando. Magnitud que se desea medir”.

marco de sus funciones sobre la metrología científica e industrial, la facultad de establecer la equivalencia de las mencionadas medidas costumbristas o históricas de superficie con las del Sistema Internacional de Unidades – SI, como se verá más adelante. Ahora bien, el Director General (E) del Instituto Nacional de Metrología – INM remitió a la Sala después de la Audiencia Pública del 22 de julio de 2015, un oficio de esa misma fecha, mediante el cual reiteró la exposición hecha en el alegato de conclusión sobre la naturaleza jurídica de la entidad, su creación basada en el Documento CONPES No. 3446 de 2006, la expedición de la Ley 1512 de 2012 aprobatoria de la Convención del Metro y la Sentencia C-822 de 2012 de la Corte Constitucional sobre la misma, las funciones del INM, en especial la de ser el articulador y ejecutor de la metrología científica e industrial en el país y de representarlo ante los organismos internacionales de la materia, y la infraestructura de laboratorios.

En dicho oficio el Director General (E) del Instituto adicionó una parte nueva referente a la función de la SIC de determinar las unidades legales de medida que no están cubiertas por el Sistema Internacional de Unidades – SI y las unidades acostumbradas de medida, así como sus múltiplos y submúltiplos (artículo 14-6 del Decreto 4886 de 2011 y artículo 69 de la Ley 1480 de 2011) y la función del INM de asegurar la trazabilidad de las mediciones al Sistema Internacional de Unidades – SI definido por la Conferencia General de Pesas y Medidas de la Oficina Internacional de Pesas y Medidas (BIPM) y hacer su divulgación (artículo 6-8 del Decreto Ley 4175 de 2011), respecto de las cuales considera, que tienen un factor común que es el Sistema Internacional de Unidades – SI.

Hizo la distinción entre dos tipos de funciones: para la Superintendencia es una facultad de carácter legal la de determinar las unidades acostumbradas de medida y revisarlas periódicamente, de manera que ejerce un control sobre las mismas; mientras que para el INM es una función de carácter técnico, pues la trazabilidad de las mediciones implica un proceso metrológico, en orden a salvaguardar un resultado de medida mediante las calibraciones, para lo cual cuenta con cierto número de laboratorios.

3. De la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC

Como se indicó en los antecedentes, la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC remitió la consulta del IGAC sobre la equivalencia de las medidas agrarias antiguas al Instituto Nacional de Metrología por estimarlo competente para realizar esa función y después, en la respuesta que el Jefe de la Oficina Jurídica de la SIC le dio a la Subdirectora de Catastro del IGAC le expresó que las unidades “*Caballeriza*” (sic), “*Tabaco*” y “*Alzada de Caballo*” no eran permitidas y no se podía establecer una conversión al sistema métrico decimal (hoy Sistema Internacional de Unidades) por parte de la SIC, de acuerdo con las funciones establecidas para la misma sobre protección al consumidor y metrología legal.

La Coordinadora del Grupo de Trabajo de Gestión Judicial de la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC en su alegato (folios 33-41), manifestó inicialmente,

que esta es una entidad de carácter técnico, adscrita al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, creada por el Decreto 623 de 1974 y reestructurada mediante los Decretos 2153 de 1992, 3523 de 2009, 1687 de 2010 y 4886 de 2011, la cual tiene personería jurídica conferida por el artículo 71 de la Ley 1151 de 2007 referente al plan nacional de desarrollo 2006-2010.

Luego hizo un recuento de la presente actuación administrativa, enumeró varias de las normas sobre metrología en el país, como la Ley 33 de 1905 y los Decretos 1731 de 1967 y 3464 de 1980, y expresó que el Sistema Internacional de Unidades (SI) ha sido aceptado en más de cien (100) países en el mundo y se deriva del sistema métrico decimal implantado en 1875.

Se refirió al Decreto 4886 de 2011 que reestructuró la Superintendencia de Industria y Comercio, para mencionar varias de las funciones sobre metrología legal atribuidas a la Superintendencia (artículo 1º), al Despacho del Superintendente (artículo 3º) y al Superintendente Delegado para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal (artículo 14).

Entre las funciones de la Superintendencia destacó la mencionada en el numeral 49 del citado artículo 1º: *“Oficializar los patrones nacionales de medida”*, la cual para ser ejercida requiere de una solicitud previa del Instituto Nacional de Metrología – INM, como lo estableció el numeral 8º del artículo 14 del mismo Decreto al mencionar la siguiente función del Despacho del Superintendente Delegado para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal:

“8. Oficializar, por solicitud del Instituto Nacional de Metrología, los patrones de medida conservados o custodiados por este o los establecidos por otros laboratorios designados por dicho Instituto. El Instituto Nacional de Metrología deberá remitir los estudios técnicos correspondientes a la Superintendencia de Industria y Comercio para que esta se pronuncie en un plazo de 30 días”.

Esta función se encuentra acorde con la asignada en el Decreto Ley 4175 de 2011 al Instituto Nacional de Metrología – INM, en el sentido de que es función de este *“Realizar estudios técnicos necesarios para establecer los patrones de medida y solicitar a la Superintendencia de Industria y Comercio su oficialización”* (artículo 6-16, concordante con los artículos 9-6 y 12-8 del mismo).

Señaló que si se pretendiera la oficialización de un patrón de medida, habría que seguir el trámite establecido en las citadas normas: estudio previo del Instituto Nacional de Metrología – INM, solicitud a la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC y esta determinaría si es viable o no acceder a oficializar un nuevo patrón de medida.

Agregó que el único sistema obligatorio para medición en el país es el Sistema Internacional de Unidades, SI y que en consecuencia, las unidades de otros sistemas, como el anglosajón o los empleados antiguamente, no tienen oficialmente equivalencia en el Sistema Internacional, para no inducir en error a los consumidores

y sostuvo que la Superintendencia de Industria y Comercio carece de competencia para establecer la equivalencia entre medidas agrarias antiguas y las del mencionado Sistema Internacional. Dijo lo siguiente:

“Las unidades denominadas ‘Caballería’, ‘Almud’, ‘Tabaco’, ‘Alzadas de Caballo’, ‘Fanega’ y ‘Cabullada’, no son oficiales en Colombia y, por lo tanto, no es viable para la Superintendencia de Industria y Comercio, en consideración a sus funciones, establecer una conversión al sistema métrico decimal (hoy día Sistema Internacional de Unidades)”

Manifestó que *“la Entidad que cuenta con la función e infraestructura técnica que permita determinar cuál es la equivalencia de una medida en comparación con el Sistema Internacional de Unidades, es el Instituto Nacional de Metrología”*, para lo cual citó el objetivo de este fijado en el artículo 5º del Decreto Ley 4175 de 2011, según el cual le corresponde a ese Instituto *“la coordinación nacional de la metrología científica e industrial, y la ejecución de actividades que permitan la innovación y soporten el desarrollo económico, científico y tecnológico del país, mediante la investigación, la prestación de servicios metrológicos, el apoyo a las actividades de control metrológico y la diseminación de mediciones trazables al Sistema Internacional de Unidades (SI)”*.

Finalmente solicitó que se declare que la autoridad administrativa competente para evacuar la solicitud de equivalencia de una medida *“que no tiene el carácter de oficial”* es el Instituto Nacional de Metrología – INM. Después de la Audiencia Pública, el Jefe de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC remitió a la Sala el oficio No. 15-173791-0-0 del 28 de julio de 2015 (folios 89-93), mediante el cual hizo las siguientes apreciaciones sobre el tema de estos conflictos de competencias:

1. Las unidades acostumbradas de medida se refieren al uso de unidades de medida diferentes al Sistema Internacional de Unidades – SI que las personas han venido utilizando por razones culturales y se encuentran comprendidas dentro de las unidades legales de medida, conforme al artículo 68 de la Ley 1480 de 2011 *“Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”*.

2. La SIC se encuentra facultada por dicha norma *“para establecer las unidades acostumbradas, y mientras ello no ocurra no serán aceptadas válidamente unidades de medida diferentes a las del SI”* y *“la SIC no ha reglamentado dichas unidades, porque somos firmantes de la Convención del Metro”* (folio 90).

3. Manifestó que en estos conflictos de competencias el asunto no se refiere a establecer unidades acostumbradas de medida por parte de la SIC, sino a determinar la equivalencia, esto es, la igualdad entre *“las medidas costumbristas denominadas caballería, almud, fanegas, tabacos, alzadas de caballo y cabulladas”* y las unidades del SI en su respectiva magnitud (longitud, área, volumen, masa, etc.).

4. La SIC señaló que las unidades legales de medida que relacionó el artículo 68 del Estatuto del Consumidor, comprensivas de las unidades acostumbradas de medida establecidas por la SIC, se enmarcan dentro de la función de vigilancia y control que le confirió el artículo 61 del mismo Estatuto, e insistió en que no tiene asignada la función de establecer equivalencias por fuera del Sistema Internacional de Unidades – SI.

5. Hizo referencia a la Ley 1512 de 2012 aprobatoria de la Convención del Metro y destacó algunos aspectos de la respectiva Sentencia C-822 de 2012 de la Corte Constitucional, como el de la división de la metrología en tres clases, científica e industrial a cargo del INM y legal a cargo de la SIC, la cual se refiere a *“verificar las mediciones, los equipos que las realizan y los productos finales con el propósito de proteger al consumidor, la salud y el medio ambiente”* (subrayado de la SIC) (folio 91).

6. Expresó que en virtud de la Convención del Metro, *“la aplicación del SI es de carácter general en todo el territorio nacional, en todas las actividades y aspectos que requieran el uso de un sistema de unidades, para lo cual está al frente de su desarrollo e investigación el INM”* (folio 91).

7. Resaltó el objetivo y las funciones del INM de asegurar la trazabilidad de las mediciones al SI y realizar estudios sobre las necesidades de medición de los diferentes sectores de la economía que se requieran y publicar documentos de consulta (artículos 5º y 6º-8 y 18 del Decreto 4175 de 2011), aludió a dos organismos “pares” del INM que son el NIST de Estados Unidos y el CEM de España, los cuales realizan equivalencias o conversiones de unidades de medida de diferentes sistemas al SI y afirmó lo siguiente:

“Por su parte, el INM de Colombia ha definido equivalencias dentro de los certificados de calibración que expide, en los cuales no se cuenta con unidades de medida cobijadas por el SI. Por ejemplo el certificado de calibración de un recipiente volumétrico, en el cual establece al equivalencia de 5 galones a 18,927 litros” (Folio 92).

8. El artículo 14 del Decreto 4886 de 2011 dispuso que una de las funciones del Superintendente Delegado para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal de la SIC, es la de oficializar, por solicitud del INM, los patrones de medida conservados o custodiados por este o los establecidos por otros laboratorios designados por dicho Instituto (numeral 8º).

Según el Vocabulario Internacional de Metrología – VIM, *“patrón de medida es la realización de la definición de una magnitud dada, con un valor determinado y una incertidumbre de medida asociada, tomada como referencia”*. La SIC expresó que no debe confundirse *“patrón de medida”* con *“establecimiento u oficialización de unidades de medida legal”*, ni mucho menos con *“equivalencia entre unidades de medida”*, lo cual, reiteró, no hace parte de sus funciones.

4. Del Instituto Geográfico Agustín Codazzi – IGAC

Como se indicó precedentemente, en atención a que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi – IGAC tiene dentro de sus funciones la actualización y conservación del catastro, con el objeto de lograr la correcta identificación física, jurídica, fiscal y económica de los bienes inmuebles pertenecientes al Estado y a los particulares (Decreto 208 de 2004 y Resolución IGAC No. 70 de 2011), mediante Auto del 27 de febrero de 2015 fue citado a fin de que interviniera en el presente conflicto de competencias administrativas, dado que este asunto podría incidir en sus funciones, y enviara la documentación referente a la titulación y registro de los predios de los tres conflictos.

El IGAC, por medio del oficio No. 8002015EE3464-01-F:1-A23 del 14 de abril de 2015, envió la documentación, pero, en realidad, no fijó una posición en cuanto al conflicto y sus funciones relacionadas con la formación catastral, sino que únicamente manifestó la necesidad para el IGAC de definir el tema. Dijo lo siguiente:

“Es del caso resaltar, la importancia de establecer la equivalencia de las medidas costumbristas al Sistema Internacional de Medidas, por cuanto como se observa en la información adjunta existen títulos legítimos de propiedad con una descripción de los inmuebles en medidas que han caído en desuso y que dificultan la definición del componente físico de los predios, aspecto éste que es determinante en la formación del catastro nacional. Por lo anterior, se hace imprescindible para la gestión del Instituto que se logre establecer esta conversión de medidas, toda vez que la no definición de este importante asunto y la falta de determinación de la entidad competente para ello, afecta el servicio público a cargo del Instituto Geográfico Agustín Codazzi”.

Finalmente, el IGAC expresó que era determinante la resolución del asunto para aspectos básicos del desarrollo del catastro en el país. Resulta oportuno añadir que el doctor Carlos Eduardo Medellín Becerra, actuando como asesor del IGAC, aportó en la Audiencia Pública un documento de carácter histórico, en el cual se aprecia el significado que se le daba a algunas medidas agrarias en la época de la Colonia. Se trata de una fotocopia de la Ley Primera del Título Doce *“De la venta, composición y repartimiento de tierras, solares y aguas”* de la Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias de 1774. Dicha Ley lleva por título *“Que a los nuevos pobladores les dén tierras y solares, y encomienden Indios; y qué es peonía y cavallería”*, y dice, entre otros apartes, los siguientes:

“(…) es nuestra voluntad, que se puedan repartir y repartan casas, solares, tierras, cavallerías, y peonías a todos los que fueren a poblar tierras nuevas en los Pueblos y Lugares, (...) Y porque podía suceder, que al repartir las tierras hubiese duda en las medidas, declaramos, que una peonía es solar de cinquenta pies de ancho, y ciento en largo, cien fanegas de tierra de labor, de trigo, ó Cebada, diez de maíz, dos huebras de tierra para huerta, y ocho para plantas de otros árboles de secadal, tierra de pasto para diez puercas de vientre, veinte bacas, y cinco yeguas, cien ovejas, y veinte cabras. Una cavallería es solar de cien pies de ancho, y doscientos

de largo; y de todo lo demás. Como cinco peonías, que serán quinientas fanegas de labor para pan de trigo, o cebada, cincuenta de maíz, diez huebras de tierra para huertas, quarenta para plantas de otros árboles de secadal, tierra de pasto para cincuenta puercas de vientre, cien bacas, veinte yeguas, quinientas ovejas, y cien cabras” (folio 86).

5. Planteamientos de otras entidades e instituciones participantes de la Audiencia Pública

a. De la Superintendencia de Notariado y Registro – SNR

En la Audiencia Pública el doctor Jorge Enrique Vélez García Superintendente de Notariado y Registro, expresó que para las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos resulta imposible efectuar el registro de propiedades cuya cabida o área se encuentra dada en medidas agrarias antiguas, pues si se hace, se corre el riesgo de que los predios se traslapen unos con otros. Señaló que este problema se presenta principalmente en algunas zonas de la Costa Atlántica y que se requiere hacer la equivalencia de tales medidas con las del sistema métrico decimal, a fin de que haya plena seguridad jurídica en el registro de la propiedad inmobiliaria y se garantice este principio de la democracia.

Ahora bien, el Superintendente de Notariado y Registro mediante el oficio No. SNR2015EE022605 de fecha 5 de agosto de 2015, se refirió más extensamente al tema planteado en la Audiencia y a las funciones de la Superintendencia de colaboración e intercambio de información con el Instituto Geográfico Agustín Codazzi – IGAC, para el registro de instrumentos públicos y el catastro, respectivamente, haciendo las siguientes precisiones:

a. La Superintendencia de Notariado y Registro, de acuerdo con el Decreto 2723 de 2014, tiene dentro de sus funciones, la de garantizar la guarda de la fe pública en todo el territorio nacional, mediante la prestación del servicio público registral y la orientación, inspección, vigilancia y control del servicio público notarial.

b. Las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos son dependencias de la Superintendencia de Notariado y Registro, pero autónomas en el ejercicio de la función registral conforme al decreto citado.

c. Explicó el Superintendente que de acuerdo con la Ley 1579 de 2012, Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos, este registro es un servicio público prestado por el Estado. Se refirió al registro de la propiedad inmobiliaria que tiene como objetivos servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos, y dar publicidad a los actos y contratos que trasladan el dominio de dichos bienes o les imponen gravámenes o limitaciones, poniendo al alcance de todos los ciudadanos el estado jurídico de la propiedad inmueble, única manera de que tales actos y contratos surtan efectos respecto de terceros.

d. El registro data de mediados del siglo XVIII en nuestro país, y se modernizó en 1970 con el sistema del “*Folio Real*”, el cual toma como unidad de registro cada inmueble individualmente considerado y le asigna un folio en el cual se van anotando las sucesivas transmisiones de propiedad y todos los actos que afectan su estado jurídico (gravámenes y limitaciones, etc.), con un único número de matrícula inmobiliaria. Las funciones operativas del registro son fundamentalmente dos: el registro de documentos públicos referidos a inmuebles y la expedición de los certificados de libertad y tradición de los inmuebles.

e. La Superintendencia de Notariado y Registro – SNR tiene dentro de sus funciones, la formulación de políticas, el diseño de modelos legales y de modernización del servicio, el establecimiento de procedimientos, la definición de sistemas operativos y administrativos, y la asistencia técnica y el control del cumplimiento normativo a las Oficinas de Registro y las Notarías.

f. En relación con el catastro, indicó que las actividades de formación catastral, conservación catastral y actualización de la formación catastral fueron llevadas a cabo durante más de sesenta (60) años por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi – IGAC y a continuación hizo un recuento histórico normativo de la colaboración y el intercambio de información entre las Oficinas de Registro y el IGAC y los Catastros Descentralizados, en procura de tener actualizada la identificación de los inmuebles, principalmente en cuanto a su ubicación, área y linderos, y el certificado catastral, así:

i) El Decreto 1250 de 1970, el primer Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos, en cuyo artículo 6º se estableció que en el folio de matrícula inmobiliaria además de los datos del inmueble, se debía indicar su cédula catastral y había que distinguir si el predio era urbano o rural, con la designación de su número o nombre y la descripción de sus linderos, perímetro, cabida y demás elementos de identificación; incluso, si existían, se debían anexar el plano y la descripción catastral.

ii) El Decreto 1711 de 1984, mediante el cual se creó la interrelación Catastro–Registro, con sus mecanismos de intercambio obligatorio de información. Entre varias disposiciones, se estableció que si los linderos de la escritura pública no coincidían con los del certificado catastral, el Registrador de Instrumentos Públicos no podía inscribir el inmueble.

iii) La Instrucción Administrativa Conjunta SNR – IGAC 01-11 de 2010. Este acto administrativo conjunto de las dos entidades se produjo con el objetivo de obtener que el folio de matrícula inmobiliaria identificara una única unidad catastral y reflejara en todo momento la verdadera situación jurídica del predio, y como una respuesta a la problemática del crecimiento injustificado de áreas y la diferencia entre la realidad jurídica y la realidad material del inmueble. La Instrucción explicó el procedimiento tanto catastral como registral para la aclaración y corrección de áreas y linderos.

iv) La Instrucción Administrativa No. 16 del 29 de julio de 2010, mediante la cual se ordenó a los Registradores de Instrumentos Públicos que una vez efectuada la apertura del folio de matrícula inmobiliaria de un predio, se debía asignar su respectivo código catastral, por parte del IGAC y los Catastros Descentralizados, los cuales debían informárselo en el plazo fijado.

v) La Resolución No. 70 del 4 de febrero de 2011 del IGAC, por medio de la cual se reglamentó técnicamente las actividades de formación catastral, conservación catastral y actualización de la formación catastral, y se dispuso en el artículo 42 que la inscripción en el catastro no constituye título de dominio, ni sanea los vicios de la titulación o la posesión, ni se puede invocar como excepción frente a quien pretenda tener un mejor derecho a la propiedad o la posesión del predio.

vi) La Ley 1579 de 2012, actual Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos, la cual estableció la transversalidad del servicio registral (artículo 35), la aplicación de las tecnologías de la información en el servicio público registral (artículo 39) y la interrelación Registro-Catastro, con dos obligaciones principales: las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos deben suministrar a las autoridades catastrales dentro de los diez (10) primeros días de cada mes a través de medios electrónicos, los documentos relativos a las modificaciones de la descripción física de los bienes inmuebles (artículo 65) y, correlativamente, las autoridades catastrales deben informar a las de registro la asignación de los números catastrales correspondientes a los predios que generan una nueva ficha predial (artículo 66). Se mantuvo la norma según la cual si los linderos descritos en la escritura pública no coinciden con los del certificado catastral, el Registrador de Instrumentos Públicos no la puede inscribir (artículo 66).

vii) La Ley 1753 de 2015 sobre el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, fijó como uno de sus objetivos de este que el catastro rural sea concordante con la realidad material de los predios y que haya interoperabilidad de las entidades en la materia. Consagró estas dos normas:

“Artículo 104. Catastro multipropósito. *Se promoverá la implementación del catastro nacional con enfoque multipropósito, entendido como aquel que dispone información predial para contribuir a la seguridad jurídica del derecho de propiedad inmueble, al fortalecimiento de los fiscos locales, al ordenamiento territorial y la planeación social y económica.*

El Gobierno nacional, a través del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) con el apoyo de los catastros descentralizados, podrá realizar las actividades necesarias para la formación y actualización catastral de manera gradual e integral, con fines adicionales a los fiscales señalados en la Ley 14 de 1983, logrando plena coherencia entre el catastro y el registro, mediante levantamientos por barrido predial masivo, en los municipios y/o zonas priorizadas con el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, conforme con la metodología definida para el efecto.

Parágrafo. El Gobierno nacional reglamentará la implementación de un Sistema Nacional de Gestión de Tierras (SNGT), cuya base la constituirá la información del catastro multipropósito, del registro público de la propiedad y del ordenamiento territorial”.

“Artículo 105. Rectificación administrativa de área y linderos. Modifíquese el parágrafo del artículo 65 de la Ley 1579 de 2012, el cual quedará así:

“Parágrafo. Cuando las autoridades catastrales competentes, en desarrollo de la formación y/o actualización catastral rural y urbana, bajo la metodología de intervención por barrido predial masivo con enfoque multipropósito, adviertan diferencias en los linderos y/o área de los predios entre la información levantada en terreno y la que reposa en sus bases de datos y/o registro público de la propiedad, procederán a rectificar dicha información siempre y cuando los titulares del derecho de dominio del predio y sus colindantes manifiesten pleno acuerdo respecto de los resultados de la corrección y esta no afecte derechos de terceros o colinde con bienes imprescriptibles o propiedad de entidades de derecho público, bienes de uso público, bienes fiscales, bienes fiscales adjudicables o baldíos o cuya posesión, ocupación o transferencia estén prohibidas o restringidas por normas constitucionales o legales.

En esos casos, no existiendo conflicto entre los titulares y una vez verificado por la correspondiente autoridad catastral que lo convenido por ellos se ajusta a la realidad física encontrada en terreno, el Registrador de Instrumentos Públicos rectificará conforme a ello la información de cabida y linderos de los inmuebles que repose en sus folios de matrícula inmobiliaria, sin que para ello se requiera de orden judicial.

El procedimiento para la corrección administrativa de linderos y área por acuerdo escrito entre las partes, así como los eventos en los que no sea aceptada, será objeto de reglamento por parte del Gobierno nacional”.

g. A nivel de acciones interinstitucionales, se está realizando el “Proyecto de Interrelación Catastro – Registro – ICARE”, mediante el cual se busca el intercambio de información actualizada de tales actividades oficiales de manera segura y automática, facilitar la consulta rápida de la información y hacer la revisión puntual de la información no concordante en los municipios. En 2014 se revisó y aprobó la información de 33 municipios y está en curso la aprobación final de 76 municipios más.

h. El Superintendente se refirió a los tres (3) predios nombrados con medidas de áreas antiguas, que han motivado estos conflictos de competencias. En relación con el predio del presente conflicto manifestó:

“Predio Corozal (sic) o Cerrejón:

Predio ubicado en el municipio de Barrancas, departamento de la Guajira, sobre el cual se solicita certificación de cabida y linderos para proceder al registro de la Escritura Pública corrida en el año 1866, donde la cabida está expresada en almudes, fanegadas y amojonaduras” (folio 104).

i. Finalmente, el Superintendente de Notariado y Registro resumió la problemática que se presenta sobre la identificación catastral y registral de los predios en nuestro país, en los siguientes términos:

“La SNR tiene una función simbiótica con el IGAC, respecto de la identificación y descripción de los predios en Colombia, la SNR da guarda y seguridad jurídica respecto de la propiedad inmueble, mientras que el IGAC adelanta el inventario de predios desde los aspectos económico, físico y jurídico. La SNR colabora en el trámite catastral con el reporte de las mutaciones de predios que se realizan a través de actos jurídicos que ayudan al desarrollo del proceso de conservación catastral, además de adelantar los procesos de Interrelación Catastro – Registro, y realizar control respecto de las actualizaciones o correcciones de áreas y de linderos. Sin embargo en desarrollo de estas acciones misionales, existe latente la siguiente problemática:

La inseguridad jurídica de la propiedad raíz en Colombia se origina por la falta de una descripción legal clara y única de la propiedad, debido a que la descripción señalada en los títulos de propiedad no permite identificar la localización geográfica del predio en forma precisa. Así mismo, las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos de la Superintendencia de Notariado y Registro, como autoridad registral a nivel nacional, identifica los predios por sus linderos históricos sin tener en cuenta el dinamismo de sus cambios y sin realizar una confrontación en campo de sus mediciones, esto debido a que sus competencias funcionales son ajenas para realizar este tipo de verificación.

Por su parte, las autoridades catastrales realizan el inventario de predios con base en sus tres procesos (formación, conservación y actualización catastral) sin embargo la descripción predial no se construye con la información respecto de la relación jurídica de las personas con los predios y las extensiones sobre los cuales realmente ostentan alguna clase de derecho.

Aunado a lo anterior, tampoco existía relación entre la información del registro y el catastro, pese a que por las disposiciones del Decreto 1711 de 1984 se había establecido la obligatoriedad en el intercambio de información. Los atrasos tecnológicos de ambas entidades, la dificultad para compatibilizar y digitalizar su información, y la ausencia de una herramienta técnica adecuada, explicaban el porqué de la inoperancia de esta norma.

En resumen no existe una descripción legal clara y única de la propiedad: el Registro identifica los predios por sus linderos históricos, en tanto que Catastro por

sus linderos físicos, y esta información, en muchas ocasiones, no es consistente con la realidad física de los predios.

De igual forma, la falta de precisión o conversión de las medidas rurales antiguas, a los sistemas métricos actuales, resta certeza y seguridad jurídica respecto de la propiedad inmueble en Colombia, que como resultado ocasiona fragilidad en la propiedad particular y pública” (folios 105-106).

b. De la Academia Colombiana de Historia

El doctor Santiago Luque Torres, representante de la Academia Colombiana de Historia en la Audiencia, hizo una exposición de varios asuntos históricos, de los cuales se pueden destacar brevemente los siguientes

a. En la actualidad, el doctor Luque está trabajando en el levantamiento de un catastro colonial para poder dirimir incertidumbres que afectan a la propiedad de algunos predios y tener una visión histórica de la situación.

b. El historiador Luis Eduardo Páez escribió un tratado sobre “*Medidas Agrarias Antiguas*”, en el cual indicó que una caballería equivale a 423 hectáreas o a 50 fanegas y que una fanega equivale a 12 almudes, de suerte que una caballería equivale a 600 almudes.

c. Había diferencias entre las regiones: es así como una caballería en la Sabana de Bogotá era diferente de la utilizada en Tocaima, y hay que ver la situación en la Costa Atlántica donde se han utilizado de tiempo atrás, las medidas de caballerías, fanegas y almudes para la extensión de las fincas.

d. Una de las dificultades de las medidas antiguas era la medición que se hacía de los predios, utilizando la cabuya por ejemplo, la cual, según que estuviera seca o mojada, daba un valor distinto, lo cual conllevaba en algunos casos, que las propiedades se superpusieran unas sobre otras. Además, ciertas zonas como los pantanos, no se medían físicamente y se daba su medida a ojo, lo cual se hacía también en varios casos por las dificultades topográficas.

e. El historiador Juan Carrasquilla Botero hizo una parte del plano catastral colonial de la Sabana de Bogotá, el cual implica un problema de tradición jurídica y de cartografía. Respecto de esta última el Instituto Geográfico Agustín Codazzi –IGAC ha adelantado una gran labor.

c. De la Sociedad Geográfica de Colombia

El doctor Marco Polo García R., representante de la Sociedad Geográfica de Colombia, en su exposición en la Audiencia, mencionó varios puntos, de los cuales se pueden destacar sucintamente los siguientes:

a. Hay tres divisiones de la metrología: científica, industrial y legal, pero es claro que la metrología científica es la llamada a hacer la equivalencia entre las medidas agrarias antiguas y las unidades del Sistema Internacional – SI.

b. No se puede definir las unidades antiguas para involucrarlas al Sistema Internacional de Unidades. Lo que se debe hacer es determinar el parámetro de conversión de una unidad a la otra dentro del país.

c. No se puede tomar como referencia las medidas agrarias antiguas de otros países, pues hay que tener en cuenta que difieren según el lugar. Es así como por ejemplo, la medida “*Caballería*” de Cuba es la mitad de la de España y esta es la mitad de la de México.

d. Se debe definir un patrón de medida y realizar una muy buena investigación para determinar las equivalencias con el menor error posible. Se debe hacer una recopilación de las medidas históricas en nuestro país.

e. En este caso se trata de equivalencias de medidas agrarias antiguas, pero hay otras clases de medidas respecto de las cuales se debiera hacer también las equivalencias.

IV. CONSIDERACIONES

Competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil en materia de conflictos de competencias administrativas.

El artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, relaciona, entre las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la siguiente:

“... 10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.”

Asimismo, dentro del procedimiento general administrativo, el inciso primero del artículo 39 del código en cita también estatuye:

“Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional... En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales... conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.”

De acuerdo con las normas anteriores, 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 la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC y el Instituto Nacional de Metrología – INM, esto es, dos entidades públicas del orden nacional.

La circunstancia de que las dos entidades hagan parte del mismo sector administrativo¹²⁰, ya que se encuentran adscritas al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo¹²¹, no impide que se pueda configurar un conflicto de competencias entre las dos, dado que ambas tienen personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y presupuestal¹²², y el control administrativo no está dirigido a la solución de eventuales diferencias o conflictos entre las entidades sino al seguimiento de las políticas y programas gubernamentales¹²³.

Configuración del conflicto

La existencia del conflicto de competencias se presenta conforme lo explicó el Director General del DANE:

“El conflicto de competencias administrativas, de carácter negativo, se configura en la medida en que la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC, ante la solicitud de información del Instituto Geográfico Agustín Codazzi – IGAC sobre la equivalencia en el sistema métrico decimal de las unidades antiguas como caballería, tabaco y alzada de caballo, consideró que no era competente para ello y decidió enviar solicitud al Instituto Nacional de Metrología – INM, el cual a su vez, estimó que no era competente y devolvió a la mencionada Superintendencia el asunto, por recaer en esta la competencia para determinar lo relacionado con las unidades legales de medida”.

El objeto del presente conflicto: determinar la entidad competente para establecer la equivalencia entre las medidas agrarias antiguas o medidas costumbristas o históricas de superficie de tierras, y las unidades del Sistema Internacional de Unidades, SI.

120 La Ley 489 de 1998, Estatuto de la Administración Pública, establece la noción de sector administrativo en los siguientes términos: “Artículo 42. Sectores Administrativos. El Sector Administrativo está integrado por el Ministerio o Departamento Administrativo, las superintendencias y demás entidades que la Ley (o el Gobierno Nacional) definan como adscritas o vinculadas a aquellos según correspondiere a cada área”.

La expresión “o el Gobierno nacional” fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-1437 del 25 de octubre de 2000.

121 Libro 1 “Estructura del Sector Comercio, Industria y Turismo”, Parte 2 “Sector Descentralizado”, Título 1 “Entidades Adscritas”, del Decreto 1074 del 26 de mayo de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo”, artículos 1.2.1.2 (la SIC) y 1.2.1.5 (el INM).

122 En relación con la SIC: artículo 1º del Decreto Ley 2153 de 1992, artículo 71 de la Ley 1151 de 2007, artículo 1º del Decreto 4886 de 2011 y artículo 1.2.1.2 del Decreto 1074 de 2015. En relación con el INM, que es una Unidad Administrativa Especial de carácter técnico, científico y de investigación: artículo 2º del Decreto Ley 4175 de 2011 y artículo 1.2.1.5 del Decreto 1074 de 2015.

123 El artículo 103 de la Ley 489 de 1998, Estatuto de la Administración Pública, establece que el Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y los Ministros y Directores de Departamento Administrativo, ejercerán control administrativo sobre los organismos o entidades que conforman la Administración Pública, y la norma siguiente dispone:

“Artículo 104. Orientación y la finalidad. El control administrativo que de acuerdo con la ley corresponde a los Ministros y Directores de los Departamentos Administrativos se orientará a constatar y asegurar que las actividades y funciones de los organismos y entidades que integran el respectivo sector administrativo se cumplan en armonía con las políticas gubernamentales, dentro de los principios de la presente ley y de conformidad con los planes y programas adoptados”.

El asunto planteado en el presente conflicto de competencias, de carácter negativo, se contrae a determinar cuál es la entidad pública competente para efectuar la equivalencia de unas antiguas medidas agrarias o medidas costumbristas o históricas de superficie de tierras, como las llamadas “Caballerías”, “Almud”, “Tabacos”, “Alzadas de Caballo”, “Fanegas” y “Cabulladas”, a las medidas o unidades del Sistema Internacional de Unidades, SI, adoptado por los Decretos 1731 de 1967 y 3464 de 1980 y en concordancia con la Ley 1512 de 2012, mediante la cual se aprobó la Convención del Metro firmada en París el 20 de mayo de 1875 y modificada el 6 de octubre de 1921, y el Reglamento Anexo, con la finalidad de establecer la cabida o área actual en el caso concreto del Predio Corazonal o Cerrejón, ubicado en el municipio de Barrancas en el Departamento de la Guajira.

Al respecto se observa que el conflicto se planteó entre el Instituto Nacional de Metrología – INM y la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC, en el sentido de que ambas entidades sostuvieron en sus escritos que carecen de competencia para realizar dicha equivalencia de medidas, razón por la cual resulta necesario verificar su naturaleza, objetivo y funciones.

A. El Instituto Nacional de Metrología – INM, su creación, objetivo y funciones, en especial sobre la metrología científica e industrial

El Instituto Nacional de Metrología – INM constituye una entidad pública relativamente reciente como que data de 2011, que es *sui generis* en la medida en que se encuentra especializada por su labor sobre la metrología científica e industrial en el país y su actuación en los respectivos foros internacionales, dado “su carácter técnico, científico y de investigación”, que le atribuyen los artículos 2º del Decreto Ley 4175 de 2011 y 1.2.1.5 del Decreto 1074 de 2015 Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo.

Uno de los antecedentes de mayor influencia en la creación del Instituto Nacional de Metrología – INM lo constituyó el Documento CONPES No. 3446 del 30 de octubre de 2006, llamado “Lineamientos para una Política Nacional de la Calidad”, mediante el cual se hizo un amplio estudio sobre la necesidad de crear una entidad pública para articular y desarrollar la metrología científica e industrial en el país con aprobación internacional. En dicho documento se incluyó dentro del Título III “Estrategias para la conformación del Subsistema Nacional de la Calidad”, el Capítulo 6 “Conformación del Instituto Nacional de Metrología con reconocimiento internacional”, en el cual se expuso lo siguiente:

“Para articular las actividades de metrología y lograr el reconocimiento internacional se debe:

i) Crear el Instituto Nacional de Metrología como establecimiento público del orden nacional, con independencia presupuestal, administrativa y técnica, adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Este instituto será el nodo articulador de la red nacional de laboratorios de referencia, y adelantará actividades de metrología científica e industrial, y de soporte para la aplicación de la metrología legal.

ii) *Garantizar la participación del Instituto Nacional de Metrología en los foros internacionales correspondientes.*

iii) *Garantizar la trazabilidad de las mediciones en Colombia mediante el desarrollo de intercomparaciones con otras entidades y países o grupos económicos.*

iv) *Obtener la trazabilidad internacional de los patrones nacionales que no la tengan.*

v) *Asignar recursos económicos para el desarrollo de la metrología*¹²⁴.

Ahora bien, se observó que el Instituto Nacional de Metrología – INM, fue creado no como un establecimiento público sino como una Unidad Administrativa Especial, esencialmente para cumplir las funciones escindidas de la Superintendencia de Industria y Comercio en cuanto a la metrología científica e industrial, cumplir una serie de labores de carácter técnico y científico, divulgar el Sistema Internacional de Unidades, SI, y participar en los foros nacionales e internacionales sobre estas materias, conforme lo establecieron los artículos 2° y 5° del Decreto Ley 4175 de 2011, los cuales fijaron su naturaleza jurídica y su objetivo, así:

“Artículo 2°. Creación Instituto Nacional de Metrología, INM. *Para cumplir las funciones escindidas (se refiere a las del artículo 1° sobre metrología científica e industrial que tenía la SIC), créase una Unidad Administrativa Especial de carácter técnico, científico y de investigación, denominada Instituto Nacional de Metrología, INM, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y presupuestal, adscrita al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo”.*

“Artículo 5°. Objetivo. *El Instituto Nacional de Metrología, INM, tiene por objetivo la coordinación nacional de la metrología científica e industrial, y la ejecución de actividades que permitan la innovación y soporten el desarrollo económico, científico y tecnológico del país, mediante la investigación, la prestación de servicios metrológicos, el apoyo a las actividades de control metrológico y la diseminación de mediciones trazables al Sistema Internacional de Unidades (SI)”.*

La metrología tiene un campo del conocimiento muy amplio, ya que constituye la ciencia de las mediciones y sus aplicaciones, como se anotó, y comprende jurídicamente tres clases: la científica, la industrial y la legal.

La científica es la “metrología que se ocupa de la organización y desarrollo de los patrones de medición y de su mantenimiento, además de su diseminación en la cadena metrológica y en todos los niveles de su jerarquía” y la industrial es la “metrología especializada en las medidas aplicadas a la producción y control de calidad en la industria para el correcto funcionamiento de los instrumentos de medición y de los procesos productivos”¹²⁵.

124 Documento CONPES No. 3446 del 30 de octubre de 2006, “Lineamientos para una Política Nacional de la Calidad”, página 21.

125 Definiciones 53 y 54 del artículo 2.2.1.7.2.1 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, modificado por el Decreto 1595 de 2015.

El INM es una entidad fundamentalmente técnica, científica y de investigación y tiene un objetivo muy extenso en la medida en que tiene a su cargo la coordinación de la ejecución de la metrología científica e industrial en el país. Así lo establece el artículo 2.2.1.7.11.1 del Decreto 1074 de 2015 Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, modificado por el Decreto 1595 de 2015:

“Artículo 2.2.1.7.11.1. Autoridad nacional en metrología científica e industrial. *El Instituto Nacional de Metrología (INM) es la autoridad competente para coordinar la ejecución de la metrología científica e industrial a nivel nacional, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto número 4175 de 2011.*

El Instituto Nacional de Metrología proporcionará a los laboratorios, a los centros de investigación y a la industria, los materiales de referencia, servicios de ensayos de aptitud/comparación interlaboratorios y la calibración a los patrones de medición, cuando estos no puedan ser proporcionados por los laboratorios o proveedores de servicios acreditados que conforman la red”.

Ahora bien, cuando se aprecian las funciones generales conferidas al Instituto Nacional de Metrología – INM, en número de veintidós (22), por el artículo 6° del Decreto Ley 4175 de 2011 y las funciones de los artículos 2.2.1.7.6.1 a 2.2.1.7.6.15 del Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Comercio, Industria y Turismo¹²⁶, sobre metrología científica e industrial, se encuentra que tiene asignadas varias funciones relacionadas entre sí e inscritas dentro del carácter técnico, científico y de investigación del Instituto que lo facultan para hacer un estudio a fondo de las medidas agrarias antiguas y de las unidades del Sistema Internacional de Unidades – SI, para establecer las equivalencias entre unas y otras, de manera que los resultados del estudio sirvan para que se efectúen las mediciones del área de los predios y la longitud de sus linderos de acuerdo con las medidas del Sistema Internacional, a efectos de realizar el registro de la propiedad inmueble por las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y la formación catastral a cargo del IGAC y los Catastros Descentralizados.

Es así como dentro de las amplias funciones generales del Instituto, relacionadas por el artículo 6° del Decreto Ley 4175 de 2011, se encuentran las siguientes:

“Artículo 6°. Funciones Generales. El Instituto Nacional de Metrología, INM, cumplirá las siguientes funciones generales:

1. Participar en la formulación de las políticas en materia metrológica y ser el articulador y ejecutor de la metrología científica e industrial del país.

2. Desarrollar las actividades de metrología científica e industrial para el adelanto de la innovación y el desarrollo económico, científico y tecnológico del país, en coordinación con otras entidades y organismos.

¹²⁶ Estos artículos, en cuanto se refieren específicamente a las metrología científica e industrial, corresponden a los artículos 2.2.1.7.11.1 a 2.2.1.7.11.6 sobre dichas metrología del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, de acuerdo con la modificación hecha por el artículo 3° del Decreto 1595 de 2015, los cuales rigen desde el 5 de octubre de 2015, conforme al parágrafo transitorio del artículo 5° de este último.

3. Asegurar la trazabilidad internacional de los patrones nacionales de medida y representar los intereses del país en los foros nacionales e internacionales de metrología científica e industrial.

(...)

5. Actuar como centro de desarrollo tecnológico de la metrología científica e industrial y en tal calidad, apoyar y asesorar al Gobierno Nacional y a otras entidades o personas en el desarrollo científico y tecnológico del país.

(...)

8. Asegurar la trazabilidad de las mediciones al Sistema Internacional de Unidades (SI) definido por la Conferencia General de Pesas y Medidas de la Oficina Internacional de Pesas y Medidas (BIPM) y hacer su divulgación.

(...)

13. Asesorar y prestar servicios de asistencia técnica a las entidades que lo soliciten, en aspectos científicos y tecnológicos de las mediciones y sus aplicaciones.

(...)

16. Realizar estudios técnicos necesarios para establecer los patrones de medida y solicitar a la Superintendencia de Industria y Comercio su oficialización.

(...)

18. Realizar estudios sobre las necesidades de medición de los diferentes sectores de la economía que se requieran y publicar documentos de consulta.

19. Apoyar y desarrollar actividades de ciencia, tecnología e innovación en lo de su competencia, como integrante del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.

20. Establecer y mantener la jerarquía de los patrones de medida, de acuerdo con las recomendaciones técnicas internacionales.

(...)” (Resalta la Sala).

Este conjunto de funciones interrelacionadas del Instituto Nacional de Metrología – INM, y en especial las asignadas en los numerales 1, 2, 5, 13, 16, 18 y 19, le confieren la facultad legal para hacer el estudio y establecer las equivalencias entre las mencionadas medidas agrarias antiguas y las del Sistema Internacional de Unidades –SI.

En síntesis, la Sala encuentra que el Instituto Nacional de Metrología – INM es competente para establecer las equivalencias entre las medidas agrarias antiguas o medidas costumbristas o históricas de superficie de tierras, denominadas “Caballerías”, “Almud”, “Tabacos”, “Alzadas de Caballo”, “Fanegas” y “Cabulladas”, y las medidas o unidades del Sistema Internacional de Unidades, SI. Resulta oportuno destacar que en este mismo sentido, el Ingeniero Edgar Gregorio Carrillo Moncada, Director General (E) del Instituto Nacional de Metrología – INM, expresó en la Audiencia Pública que el Instituto aceptaba los planteamientos de la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC y admitía tener la competencia para establecer la equivalencia entre las medidas costumbristas o históricas de superficie y las unidades del Sistema Internacional de Unidades – SI. Al respecto manifestó lo siguiente:

“Estamos totalmente de acuerdo con la Superintendencia, desde el año 2012, desde que se creó el Instituto, (este) tendría implícitamente el deber de hacer estas funciones y establecer estas equivalencias. Realmente estamos de acuerdo con la Superintendencia (en que) no son medidas acostumbradas que estén dentro del Instituto de Pesas y Medidas Internacional sino que son medidas históricas que hay que, dentro de todo el método científico e industrial, establecer estas equivalencias para lo cual el Instituto tendría que hacer toda una investigación (...). Entonces, de hecho, revisando todos los antecedentes somos quienes tenemos la competencia para establecer y determinar estas equivalencias dentro del sistema métrico y de metrología para lo cual fue creado el Instituto”.

De esta forma queda clara y además, aceptada, la competencia del Instituto Nacional de Metrología – INM para adelantar el estudio de las referidas medidas agrarias antiguas y las del Sistema Internacional de Unidades –SI y establecer las correspondientes equivalencias.

B. La Superintendencia de Industria y Comercio – SIC, su naturaleza jurídica y sus funciones, en especial sobre la metrología legal

La Superintendencia de Industria y Comercio – SIC es una entidad pública de carácter técnico, con personería jurídica¹²⁷, adscrita al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo¹²⁸, que goza de autonomía administrativa, financiera y presupuestal¹²⁹.

El artículo 1.2.1.2 del Decreto 1074 del 26 de mayo de 2015, “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo*”, el cual, conforme a su artículo 3.1.2, entró a regir desde su publicación ese mismo día en el Diario Oficial No. 49.523, estableció el objetivo de la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual consiste en que esta “*salvaguarda los derechos de los*

¹²⁷ Artículo 71 de la Ley 1151 del 24 de julio de 2007, “*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010*”.

¹²⁸ El Libro 1, Parte 2, Título 1, del Decreto 1074 del 26 de mayo de 2015, “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo*”, menciona dentro de las entidades adscritas al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a la Superintendencia de Industria y Comercio (artículo 1.2.1.2).

¹²⁹ Artículo 1º del Decreto Ley 2153 del 30 de diciembre de 1992, “*Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones*”.

consumidores, protege la libre y sana competencia, actúa como autoridad nacional de la propiedad industrial y defiende los derechos fundamentales relacionados con la correcta administración de datos personales (Decreto 4886 de 2011, artículo 1º)”.

Este objetivo se refleja en su primera función establecida por el numeral 1º del artículo 1º del Decreto 4886 de 2011, *“Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”*,¹³⁰ la cual es la siguiente:

“1. Asesorar al Gobierno Nacional y participar en la formulación de las políticas en todas aquellas materias que tengan que ver con la protección al consumidor, la promoción y protección de la competencia, la propiedad industrial, la protección de datos personales y en las demás áreas propias de sus funciones”.

Ahora bien, las demás funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio mencionadas en el artículo 1º del Decreto 4886 de 2011, en un número total de sesenta y siete (67), tienen que ver con las actividades de industria y comercio como dice su denominación legal, y se relacionan estrechamente con las asignadas dentro de su objetivo y en la primera atribución transcrita.

No aparece dentro de tales funciones la de establecer equivalencia entre medidas agrarias antiguas o de medidas costumbristas o históricas de superficie de tierras y las unidades del Sistema Internacional de Unidades, SI. Tan solo se mencionó en el numeral 6º del artículo 14 del Decreto 4886 de 2011, dentro de las funciones del Despacho del Superintendente Delegado para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal la de *“determinar los múltiplos y submúltiplos de las unidades legales de medida del Sistema Internacional de Unidades, las unidades legales de medida que no están cubiertas por el Sistema Internacional de Unidades SI y las unidades acostumbradas de medida, así como sus múltiplos y submúltiplos, de conformidad con el sistema de pesas y medidas establecido en la ley”* (Resalta la Sala).

Al respecto se observa que los artículos 68-4 y 69 del Estatuto del Consumidor hicieron referencia precisamente a *“las unidades acostumbradas de medida”*.

En efecto, la Ley 1480 del 12 de octubre de 2011, *“Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”*, dentro del Título IX *“Aspectos relacionados con el Subsistema Nacional de Calidad”*, trajo el Capítulo I *“Metrología”*¹³¹, el cual contiene, entre otros, los artículos 68 y 69 que establecieron lo siguiente:

¹³⁰ La Sala cita el Decreto 4886 de 2011 por cuanto no se encuentra derogado por el Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, ya que contiene las funciones generales y las funciones específicas de los cargos de la entidad, lo cual constituye una normatividad relacionada *“con la estructura, configuración y conformación y funciones”* de la misma, que se encuentra exceptuada de la derogatoria reglamentaria integral del citado Decreto Único, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 3.1.1 de este.

¹³¹ De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, DRAE, la Metrología es la *“Ciencia que tiene por objeto el estudio de los sistemas de pesas y medidas”*, y, según se vio, el numeral 52 del artículo 2.2.1.7.2.1 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015 modificado por el Decreto 1595 de 2015, la define como la *“ciencia de las mediciones y sus aplicaciones”*.

“Artículo 68. Unidades legales de medida. De conformidad con la normativa andina sobre la materia, las unidades legales de medida comprenden:

1. Las unidades del Sistema Internacional de Unidades (SI), adoptadas por la Conferencia General de Pesas y Medidas de la BIPM y recomendadas por la Organización Internacional de Metrología Legal, OIML;

2. Los múltiplos y submúltiplos del Sistema Internacional de Unidades (SI) y su notación, los cuales deben cumplir con las recomendaciones de la Convención del Metro y los Organismos Internacionales de Normalización;

3. Las unidades usadas para cantidades que no están cubiertas por el SI, establecidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, basadas preferentemente en normas técnicas internacionales, y

4. Las unidades acostumbradas establecidas por la Superintendencia de Industria y Comercio. (Destaca la Sala)

Parágrafo. Mientras la Superintendencia de Industria y Comercio establece las unidades legales de medida a que hace referencia este artículo, se aplicarán las vigentes a la fecha de entrada en vigencia de esta ley” (Destaca la Sala).

“Artículo 69. Unidades acostumbradas de medida. Las unidades acostumbradas de medida podrán incluir unidades específicas para aplicaciones particulares, que sean requeridas:

1. Por las necesidades del comercio internacional;

2. Para usos específicos tales como la navegación aérea o marítima, salud, o aplicaciones militares;

3. Por razones de investigación científica, o

4. Por razones de seguridad.

La posibilidad de mantener o usar las unidades acostumbradas de medida deberá ser revisada periódicamente por la Superintendencia de Industria y Comercio”.

Sin embargo, es necesario interpretar estas normas dentro del contexto del Estatuto del Consumidor que hizo referencia claramente a las actividades de industria y comercio y no guarda relación con las medidas agrarias antiguas o las medidas costumbristas o históricas de superficie de tierras, que es otro tema muy distinto, lo cual, aunado a la enumeración de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en el artículo 1º del Decreto 4886 de 2011 y en los artículos 2.2.1.7.7.1 a 2.2.1.7.7.17 del Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario

de dicho Sector, referentes a la metrología legal¹³², permite concluir que esta Superintendencia carece de competencia para determinar las equivalencias entre tales medidas y las establecidas en el Sistema Internacional de Unidades, SI.

Por último, se observa que le asiste razón a la SIC cuando expresó que en los conflictos de competencias planteados, el asunto no se refiere propiamente a establecer unidades acostumbradas de medida por parte de la SIC, sino a determinar la equivalencia, esto es, la igualdad entre “*las medidas costumbristas denominadas caballería, almud, fanegas, tabacos, alzadas de caballo y cabulladas*” y las unidades del SI en su respectiva magnitud.

Conclusión

En conclusión, la Sala encuentra que el Instituto Nacional de Metrología de Colombia – INM es la entidad pública competente para establecer las equivalencias técnicas entre las medidas agrarias antiguas o medidas costumbristas o históricas de superficie de tierras, denominadas “*Caballerías*”, “*Almud*”, “*Tabacos*”, “*Alzadas de Caballo*”, “*Fanegas*” y “*Cabulladas*”, y las unidades del Sistema Internacional de Unidades, SI.

La Sala observa que las autoridades judiciales y administrativas, en desarrollo de un procedimiento judicial o una actuación administrativa, pueden acudir al Instituto Nacional de Metrología de Colombia – INM, para que este, en razón de la mencionada competencia, certifique la equivalencia entre una o varias medidas agrarias antiguas y las unidades del Sistema Internacional de Unidades, SI, y de esta forma, en el caso específico del presente conflicto, se podría efectuar la medición actual de la cabida y los linderos que permitiera realizar el registro inmobiliario y el procedimiento de formación catastral, con la definición correcta del componente físico, del predio denominado “Predio Corazonal o Cerrejón”, localizado en el municipio de Barrancas (Guajira).

En efecto, el Instituto Nacional de Metrología de Colombia – INM, dada su naturaleza de entidad pública de carácter técnico, científico y de investigación y la competencia en las materias a su cargo, concretamente en la que ha sido objeto de análisis, puede emitir dentro de procesos judiciales o actuaciones administrativas, un “*Informe Técnico o Científico*” o un “*Dictamen Pericial*”¹³³, según la solicitud que le hagan el juez o la autoridad administrativa, conforme a lo dispuesto por el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, el cual, en la parte pertinente, señala lo siguiente:

“Artículo 243. Modificado por el Decreto Ley 2282/89, art. 1º, num. 113. Informes técnicos y peritaciones de entidades y dependencias oficiales. Los

132 Estos artículos, en cuanto se refieren específicamente a la metrología legal, corresponden a los artículos 2.2.1.7.14.1 a 2.2.1.7.14.7 sobre dicha metrología del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, de acuerdo con la modificación hecha por el artículo 3º del Decreto 1595 de 2015, los cuales rigen desde el 5 de octubre de 2015, conforme al párrafo transitorio del artículo 5º de este último.

133 La peritación “*es una actividad de personas especialmente calificadas, en razón de su técnica, su ciencia, sus conocimientos de arte, es decir, de su experiencia en materias que no son conocidas por el común de las gentes*”. Devis Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II. Sexta edición. Editorial Temis, Bogotá D.C., 2015, página 293.

jueces podrán solicitar, de oficio o a petición de parte, informes técnicos o científicos sobre avalúos y otros hechos de interés para el proceso, a los médicos legistas, a la Policía Judicial, al Instituto Geográfico ‘Agustín Codazzi’ y en general a las entidades y dependencias oficiales que dispongan de personal especializado, y a las que tengan el carácter de consultoras del gobierno.

Tales informes deberán ser motivados y rendirse bajo juramento, que se entenderá prestado por el solo hecho de la firma, y se pondrán en conocimiento de las partes por el término de tres días para que puedan pedir que se complementen o aclaren.

También podrá el juez utilizar los servicios de dichas entidades y dependencias oficiales, para peritaciones que versen sobre materias propias de la actividad de aquéllas, con tal fin las decretará y ordenará librar el oficio respectivo para que el director de las mismas designe el funcionario o los funcionarios que deben rendir el dictamen, de lo cual se dejará constancia escrita.

Dichos funcionarios deberán rendir el dictamen en el término que el juez les señale, el cual se considerará rendido bajo la gravedad del juramento de que trata el numeral 3º del artículo 236, por el solo hecho de la firma, y se remitirá al juez por conducto del mismo director. (...)”¹³⁴.

Conviene anotar que esta disposición tiene aplicación también en las actuaciones administrativas, conforme al artículo 40 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011, el cual establece que en tales actuaciones son “*admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil*”.

De otra parte, las mencionadas equivalencias establecidas por el Instituto Nacional de Metrología de Colombia – INM serían aplicables de manera general, en los predios de regiones o lugares del país en donde aún se utilizan las medidas agrarias antiguas, si el Gobierno Nacional expide el Decreto que constituya la oficialización de tales equivalencias y la reglamentación, en este aspecto, **i)** de la función de metrología científica del Instituto Nacional de Metrología – INM, establecida en los artículos 1º, 2º, 5º, 6º numerales 1 a 3, 5, 8, 13, 16, 18 a 20, del Decreto Ley 4175 de 2011, arriba citados, **ii)** de las funciones de registro de la propiedad inmueble de las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, referentes a los datos de cabida y linderos del predio que debe contener la matrícula inmobiliaria, conforme lo disponen, entre otras normas legales, los artículos 8º y 66 de la Ley 1579 de 2012, Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos¹³⁵, y **iii)** de la función del

¹³⁴ Resulta oportuno mencionar que el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, que entra en vigencia en todo el país, el 1º de enero de 2016, de conformidad con el Acuerdo PSAA15 10392 del 1º de octubre de 2015 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, contiene una disposición sobre las peritaciones de entidades y dependencias oficiales, en el artículo 234, y otra sobre la llamada “*Prueba por informe*”, en el artículo 275, según el cual “*el juez podrá solicitar informes a entidades públicas o privadas, o a sus representantes, o a cualquier persona sobre hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe, salvo los casos de reserva legal (...)*”.

¹³⁵ La Ley 1579 del 1º de octubre de 2012, “*Por la cual se expide el estatuto de registro de instrumentos públicos y se dictan otras disposiciones*”, establece:

“*Artículo 8º. Matrícula inmobiliaria.*

(...) *Inciso tercero: Indicará también, si el inmueble es urbano o rural, designándolo por su número, nombre o dirección, respectivamente y describiéndolo por sus linderos, perímetro, cabida, datos del acto administrativo y plano donde estén contenidos los linderos, su actualización o modificación y demás elementos de identificación que puedan obtenerse. (...)*”.

catastro, en especial en cuanto se refiere a la formación catastral y la identificación física de los predios, por parte del Instituto Geográfico Agustín Codazzi – IGAC y los Catastros Descentralizados, de conformidad, entre otras normas legales, con los artículos 5° y 6° numeral 7 del Decreto Ley 2113 de 1992¹³⁶.

Adicionalmente, el Decreto en mención sería expedido por el Gobierno Nacional en cumplimiento del compromiso internacional que ha adquirido en virtud de la aprobación de la Convención del Metro por la Ley 1512 de 2012, que significa fundamentalmente, la utilización general en nuestro país de las medidas del sistema métrico decimal o más exactamente, de las medidas o unidades del Sistema Internacional de Unidades, SI, y la aplicación de las directrices adoptadas por la Oficina Internacional de Pesas y Medidas (BIPM), con sede en París.

La oficialización de las equivalencias establecidas por el Instituto Nacional de Metrología – INM entre las medidas agrarias antiguas y las unidades del Sistema Internacional de Unidades, SI, mediante un Decreto, sería la forma jurídica por parte del Gobierno, de disponer la aplicación obligatoria de la Convención del Metro, respecto de los predios cuyas medidas del área y los linderos se encuentran en la actualidad en parámetros diferentes a los de dicho Sistema.

La oficialización de las mencionadas equivalencias por medio de un Decreto gubernamental, se apoya también en la aludida Ley 1512 de 2012, ya que al ser una aplicación de la Convención del Metro, sigue los lineamientos de uniformidad mundial de las medidas, propósito esencial de la Oficina Internacional de Pesas y Medidas (BIPM), la cual fue creada por esa Convención en 1875 y tiene, conforme lo expresó la Corte Constitucional en la Sentencia C-822 de 2012, que declaró la exequibilidad de la Convención y la Ley aprobatoria, *“como objeto y tarea principal asegurar en todo el mundo la uniformidad de las medidas, así como la trazabilidad en el Sistema Internacional de Unidades (SI)”* (Subrayado de la Corte).

El Decreto que se basaría evidentemente en el estudio técnico, científico y de investigación que realizaría el Instituto Nacional de Metrología – INM, oficializaría con fuerza normativa las equivalencias, las cuales servirían para hacer la medición del área y de la longitud de los linderos de los aludidos predios en unidades del Sistema Internacional de Unidades, SI¹³⁷.

“Artículo 66. Números catastrales. (...) Inciso tercero: En adelante en todos los folios de matrícula deberán consignarse los datos relativos a la descripción, cabida y linderos del predio de que se trate, los cuales se transcribirán en su totalidad a excepción de los inmuebles derivados del régimen de propiedad horizontal donde bastará la cita de la escritura pública que los contenga”.

136 El Decreto Ley 2113 del 29 de diciembre de 1992, *“Por el cual se reestructura el Instituto Geográfico Agustín Codazzi”*, dispone:

“Artículo 5°. Objeto. El Instituto Geográfico Agustín Codazzi tiene como objetivo cumplir el mandato constitucional referente a la elaboración y actualización del mapa oficial de la República; desarrollar las políticas y ejecutar los planes del Gobierno Nacional en materia de cartografía, agrología, catastro y geografía, mediante la producción, análisis y divulgación de información catastral y ambiental georreferenciada, con el fin de apoyar los procesos de planificación y ordenamiento territorial”.

“Artículo 6°. Funciones del Instituto. De conformidad con lo establecido en el artículo anterior, el Instituto tendrá las siguientes funciones: (...) 7. Ejercer las funciones de autoridad máxima catastral en el país; reglamentar, formar, actualizar y conservar el catastro en el territorio nacional, elaborando el inventario de la propiedad inmueble con sus atributos físicos, económicos, jurídicos y fiscales y expedir las normas que deberán seguir las autoridades locales cuando les correspondan las funciones de formación, actualización y conservación catastrales; (...)”.

137 Resulta oportuno anotar que el artículo 29 de la Resolución del IGAC No. 70 de 2011 prevé expresamente para la formación catastral, su actualización y conservación, lo siguiente:

“Artículo 29. Sistema de medida. Las dimensiones de los terrenos y de las construcciones o edificaciones deberán expresarse en unidades del sistema métrico decimal”.

Finalmente, conviene agregar que en el caso concreto del predio objeto del presente conflicto de competencias, si no se ha acudido al Instituto Nacional de Metrología – INM para que rinda un *“Informe Técnico o Científico”* o un *“Dictamen Pericial”*, dentro de un proceso judicial o una actuación administrativa, conforme se analizó en precedencia, dicho Decreto serviría para efectuar de manera adecuada la medición de la cabida y los linderos con miras al registro inmobiliario y la formación catastral, del predio denominado *“Predio Corazonal o Cerrejón”*, localizado en el municipio de Barrancas (Guajira).

Definición de competencia y términos legales

El inciso final del artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ordena:

“Mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 se suspenderán”.

En consecuencia, el procedimiento consagrado en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para el examen y decisión de los asuntos que se plantean a la Sala como conflictos negativos o positivos de competencias administrativas, prevé la suspensión de los términos de las actuaciones administrativas, de manera que no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones.

A partir del 30 de junio de 2015, fecha de promulgación y entrada en vigencia de la Ley (estatutaria) 1755 de 2015, la remisión al artículo 14 del CPACA debe entenderse hecha al artículo 14 de la misma Ley 1755 en armonía con el artículo 21 *ibidem*.

La interpretación armónica de los artículos 2 y 34¹³⁸ del CPACA implica que los vacíos de los regímenes especiales se suplen con las normas del procedimiento administrativo general.

Así entonces la remisión al artículo 14, que hace el artículo 39 del CPACA, es aplicable a todas las actuaciones administrativas que deben regirse por la Parte Primera de dicho Código.

El mandato legal de suspensión de los términos es armónico y coherente con los artículos 6° de la Constitución Política y 137 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto el ejercicio de funciones administrativas por autoridades carentes de competencia deviene en causal de anulación de las respectivas actuaciones y decisiones.

138 Ley 1437 de 2011, Artículo 2°. *“Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades. / Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción. / Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código. / Artículo 34: “Procedimiento administrativo común y principal. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte del Código.”*

En mérito de lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que el Instituto Nacional de Metrología – INM es la entidad competente para establecer las equivalencias técnicas entre las medidas agrarias antiguas o medidas costumbristas o históricas de superficie de tierras, denominadas “*Caballerías*”, “*Almud*”, “*Tabacos*”, “*Alzadas de Caballo*”, “*Fanegas*” y “*Cabulladas*”, y las unidades del Sistema Internacional de Unidades, SI.

SEGUNDO: Declarar que las autoridades judiciales y administrativas, en desarrollo de un procedimiento judicial o una actuación administrativa, pueden acudir al Instituto Nacional de Metrología de Colombia – INM, para que este, en razón de la mencionada competencia, certifique la equivalencia entre una o varias medidas agrarias antiguas y las unidades del Sistema Internacional de Unidades, SI, y de esta forma, en el caso específico del presente conflicto, efectuar la medición actual de la cabida y los linderos que permita realizar el registro inmobiliario y el procedimiento de formación catastral, con la definición correcta del componente físico, del predio denominado “Predio Corazonal o Cerrejón”, localizado en el municipio de Barrancas (Guajira).

TERCERO: Exhortar al Gobierno Nacional para que prohíje los procedimientos administrativos tendientes a que se determinen las equivalencias a que se refiere este conflicto, por manera que se concluya con la expedición del Decreto que oficialice la aplicación de las mismas.

CUARTO: Enviar el expediente de esta actuación al Instituto Nacional de Metrología – INM, para lo de su competencia

QUINTO: Comunicar esta decisión, con copia de la misma, a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, al Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE, al Instituto Nacional de Metrología – INM, a la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC, al Instituto Geográfico Agustín Codazzi – IGAC, a la Superintendencia de Notariado y Registro – SNR, a la Academia Colombiana de Historia y a la Sociedad Geográfica de Colombia.

SEXTO: Los términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán o empezarán a correr, según el caso, a partir del día siguiente a aquél en que se comunique la presente Decisión.

La anterior decisión se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Comuníquese y cúmplase

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Álvaro Namén Vargas, Presidente de la Sala. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

13. Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Centro Zonal Suroriental Regional Antioquia y la Comisaría de Familia de la Comuna Nueve Buenos Aires de Medellín.

Radicado 2015-00076

Fecha: 22/10/2015

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el 112 numeral 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, procede a resolver el conflicto negativo de competencias de la referencia, propuesto por la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF) Centro Zonal Suroriental Regional Antioquia frente a la Comisaría de Familia de la Comuna Nueve Buenos Aires de Medellín, para determinar cuál es la autoridad competente para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos del menor de edad al que hace referencia la solicitud con que se inició el presente trámite.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo a los documentos allegados al expediente el asunto tiene los siguientes antecedentes:

1. El 13 de febrero de 2015 el señor J. I. C.¹³⁹ solicitó a la Comisaría Santa Elena de Medellín que se investigaran los hechos de presunta negligencia contra su nieto J.B.C. de 9 meses de edad. Manifestó que la madre del niño no se interesaba por asumir sus necesidades básicas y que el padre no responde por ninguna de sus obligaciones para con el infante (folio 1).

2. Mediante Resolución No. 12 de la misma fecha la Comisaría Santa Elena de Medellín admitió la solicitud de medida de restablecimiento de derechos y abrió la correspondiente investigación. Dispuso como medida de restablecimiento de derechos la amonestación a la madre para que cesara toda conducta transgresora y entregó al señor J.I.C. la protección y cuidado personal del niño J.B.C.; en la misma providencia dispuso trasladar las diligencias por jurisdicción territorial a la Comisaría de Familia de la Comuna Nueve Buenos Aires. Pese a que en la denuncia inicial el señor J.I.C. informó sobre el incumplimiento de obligaciones por parte del padre del niño, la Comisaría Santa Elena solamente abrió la investigación por la conducta de la madre (folio 2).

3. El 19 de febrero de 2015 la Comisaría de Familia de la Comuna Nueve Buenos Aires avocó el conocimiento del asunto y dispuso continuar con la investigación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 99 del Código de la Infancia y de

139 Como medida de protección de la intimidad de los menores de edad, se omitirá en esta decisión y en toda futura publicación de la misma su nombre y el de sus familiares.

la Adolescencia, el Decreto 4840 de 2007 y los artículos 42 y 44 de la Constitución Política (folio 7).

4. El 12 de marzo de 2015 el señor J.I.C. solicitó a la Comisaría de Familia de la Comuna Nueve Buenos Aires el cierre del proceso e informó que la situación con la madre del niño J.B.C. mejoró notablemente (folio 15).

5. El 19 de marzo de 2015 la Comisaría de Familia de la Comuna Nueve Buenos Aires decidió que el área social de la entidad realizara visita de verificación de derechos del niño de conformidad con el artículo 52 de la Ley 1098 de 2006 (folio 17).

6. El 6 de abril de 2015 la trabajadora social de la comisaría de familia realizó la visita para verificar el estado de cumplimiento de derechos del niño en su residencia y concluyó que efectivamente los hechos por los cuales se amonestó a la madre habían cesado. Sin embargo, encontró que se presentaba vulneración de los derechos de custodia y cuidado personal, responsabilidad parental y alimentos en un contexto diferente de violencia intrafamiliar por parte del padre quien no ha respondido de ninguna manera con la manutención y cuidados del niño (folios 19 a 26).

7. Mediante decisión del 15 de abril de 2015, la Comisaría de Familia de la Comuna Nueve Buenos Aires remitió las diligencias al Centro Zonal Número Cuatro del ICBF con base en el informe que entregó la trabajadora social (*Infra 6*) y argumentó que el niño J.B.C. “[n]o es víctima de maltrato por parte de sus cuidadores y/o representantes legales...” y que teniendo en cuenta que los derechos vulnerados son la custodia y cuidado personal, la responsabilidad parental y los alimentos, el asunto es competencia del ICBF de acuerdo a lo establecido en el Decreto 4840 de 2007 (folio 31).

8. El 5 de mayo de 2015 la Defensoría de Familia del ICBF - Centro Zonal Suroriental Regional Antioquia envió el asunto a esta Sala para resolver a quien le compete continuar con el procedimiento de restablecimiento de derechos del niño J.B.C (folios 33 a 35).

II. Actuación Procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, por el término de cinco (5) días se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto. Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite que ordena el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011.

Consta también que se informó sobre el presente conflicto a las Comisarías de Familia de Santa Elena y Novena Buenos Aires de Medellín, a la Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal Suroriental de la Regional Antioquia y a los padres

del niño J.B.C. Según el Informe Secretarial, dentro del término de fijación del edicto ninguna de las partes o terceros interesados allegaron alegatos o consideraciones.

III. Consideraciones

A. COMPETENCIA

El artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, asignó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la siguiente función:

“... 10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.”

En concordancia con lo anterior, el inciso primero del artículo 39 del mismo Código estatuye:

“Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional.... En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales... conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.”

De acuerdo con las normas anteriores, la Sala de Consulta y Servicio Civil es competente para resolver el presente conflicto de competencias administrativas por cuanto una de las autoridades intervinientes es nacional, a saber, la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- Regional Antioquia Centro Zonal Suroriental y la otra es una autoridad del orden territorial, la Comisaría de Familia Comuna Nueve Buenos Aires de Medellín¹⁴⁰. De otra parte, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un asunto particular y concreto, consistente en determinar cuál es la autoridad competente para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos del niño J.B.C.

Se concluye por tanto, que la Sala es competente para dirimir el conflicto.

¹⁴⁰ Ley 1098 de 2006, artículo 83. *“Comisarias de familia. Son entidades distritales o municipales o intermunicipales de carácter administrativo e interdisciplinario que forman parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar...”*

B. ANALISIS DEL CONFLICTO PLANTEADO

1. Problema jurídico

El problema jurídico consiste en determinar cuál es la autoridad que debe continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de los derechos del niño J.B.C., cuyo padre no ha respondido nunca con su manutención y cuidado y tampoco vive en la misma casa de habitación. Para el efecto la Sala deberá precisar si la conducta obedece o no a una situación de violencia intrafamiliar que, como se ha analizado en otras oportunidades, es el criterio que determina el reparto de competencias entre Defensorías y Comisarías de Familia.

Para resolver el asunto la Sala *i)* analizará la distribución de competencias entre las defensorías y comisarías de familia como entidades encargadas de restablecer y prevenir la vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes, *ii)* precisará los supuestos necesarios para que se configure un contexto de violencia intrafamiliar, y *iii)* resolverá el caso concreto conforme a las reglas de competencia y los principios generales establecidos en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

2. Distribución de competencias entre Defensorías y Comisarías de Familia. La violencia intrafamiliar como criterio diferenciador de competencia. Aclaración

Las disposiciones constitucionales establecen para el Estado y la sociedad el deber de garantizar la protección integral de la familia como núcleo fundamental de la sociedad¹⁴¹, así como la protección prevalente de los derechos de niños, niñas y adolescentes¹⁴². Para el efecto, la Ley 1098 de 2006 reguló un procedimiento administrativo¹⁴³ de restablecimiento de derechos que tiene por finalidad proteger a los niños, niñas o adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad; para garantizar el acceso a los mecanismos de defensa y restablecimiento de sus derechos radicó el conocimiento de dichas medidas en diferentes autoridades, llamadas todas a cumplir en este ámbito los cometidos de la ley.

En relación con los defensores y comisarios de familia la Ley 1098 de 2006 fijó en cabeza de estos la titularidad para ejercer el restablecimiento de los derechos

141 "Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. // El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. (...)"

142 "Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. // La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquiera persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. // Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás."

143 "Capítulo II./ Medidas de restablecimiento de los derechos. /Artículo 50. Restablecimiento de los derechos. Se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados."

reconocidos en tratados internacionales, en la Constitución Política y en ese código¹⁴⁴. El artículo 82 *ibídem* asignó a los Defensores de Familia una responsabilidad genérica de prevención, protección, garantía y restablecimiento de los derechos en los siguientes términos:

“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”. (...)

A esta regla de competencia general se superpone una regla especial, según la cual, cuando la amenaza o vulneración de los derechos se susciten en un contexto de violencia intrafamiliar, las competencias de prevención, protección, garantía y restablecimiento, que en principio serían de los defensores de familia, se convierten en responsabilidad exclusiva y excluyente de los comisarios de familia. En tal sentido dispone el artículo 83 de la norma en cita:

“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.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como entidad coordinadora del Sistema Nacional de Bienestar Familiar será el encargado de dictar la línea técnica a las Comisarías de Familia en todo el país.” (Resalta la Sala).

Este criterio de competencia se reitera en el artículo 86 de la Ley 1098 de 2006 así:

*“Artículo 86. Funciones del Comisario de Familia. Corresponde al Comisario de Familia: Garantizar, proteger, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia **conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar.** (...)” (Resalta la Sala).*

Como se aprecia, la competencia del Comisario de Familia se centra en la protección y restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes afectados por tal fenómeno social de la violencia intrafamiliar. Por

¹⁴⁴ Cfr. Artículo 96 de la Ley 1098 de 1996.

su parte, el artículo 4 de la Ley 294 de 1996¹⁴⁵, modificado por las Leyes 575 de 2000¹⁴⁶ (artículo 1) y 1257 de 2008¹⁴⁷ (artículo 16), delimita el contexto de violencia intrafamiliar así:

*“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. (...)”* (Resalta la Sala).

Adicionalmente, el artículo 7° del Decreto 4840 del 17 de diciembre de 2007¹⁴⁸, *“Por el cual se reglamentan los artículos 52, 77, 79, 82, 83, 84, 86, 87, 96, 98, 99, 100, 105, 111 y 205 de la Ley 1098 de 2006”*, ratificó el criterio diferenciador de las competencias de las Defensorías y las Comisarías de Familia. Dice así su parte pertinente:

“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**. Para ello aplicará las medidas de protección contenidas en la Ley 575 del 2000 que modificó la Ley 294 de 1996, las medidas de restablecimiento de derechos consagradas en la Ley 1098 de 2006 y, como consecuencia de ellas, promoverá las conciliaciones a que haya lugar en relación con la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas.*

145 “Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”

146 “Por medio de la cual se reforma parcialmente la Ley 294 de 1996”.

147 “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”.

148 Compilado en el Decreto 1069 de 2015. “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”. Sección 2 Funcionamiento y competencias de Defensorías Familia y de las Comisarías de Familia. Artículo 2.2.4.9.2.1. *Competencias del Defensor de Familia y del Comisario Familia (...)*

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. (...)”. (Resalta la Sala)

Como se desprende de la normatividad en cita, si bien las Defensorías y Comisarías de Familia tienen simultáneamente la función de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, los comisarios de familia se encargan de manera prevalente de los casos en los cuales la vulneración de derechos se da en un contexto de violencia intrafamiliar¹⁴⁹. Asimismo, es pertinente reiterar lo expresado en anteriores oportunidades¹⁵⁰ con respecto a que el concepto de violencia intrafamiliar no se limita a la agresión como expresión de la violencia física, pues el ordenamiento jurídico colombiano reconoce en la negligencia u omisión una forma de maltrato infantil¹⁵¹ que puede ser violencia intrafamiliar si se da dentro de ese contexto. En efecto, el artículo 18 de la Ley 1098 de 2006 consagra¹⁵²:

*“...Para los efectos de este Código, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, **descuido, omisión o trato negligente**, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general **toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente** por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona.”* (Resalta la Sala)

El caso bajo estudio se da por la conducta descuidada y negligente del padre del niño J.B.C. quien, de acuerdo a lo contenido en el expediente, nunca se ha hecho presente en el hogar ni ha colaborado con su manutención y cuidado. Se hace necesario verificar si estos hechos son constitutivos o no de violencia intrafamiliar. En decisión del 25 de abril de 2013¹⁵³ esta Sala señaló que cuando los hechos que vulneran los derechos del niño, niña o adolescente se adelantan por parte de sus progenitores se entienden enmarcados dentro del contexto de violencia intrafamiliar, así éstos no convivan en el mismo domicilio.

Sin embargo, la Sala debe aclarar en esta oportunidad el alcance de esa decisión en el sentido de que tal circunstancia no siempre puede tomarse como determinante de competencia entre defensores y comisarios de familia. Es así que para que se configure una situación de *violencia intrafamiliar* deben cumplirse dos supuestos, a

149 Al respecto se pueden revisar los conflictos de competencias radicados números: 2013-0160, 2013-0367, 2013-0382, 2013-0386, 2013-0395, 2013-0403, 2014-0043, 2014-0070, 2014-0171, 2014-0261, 2014-0282, 2015-0004, 2015-0005, 2015-0007, 2015-0019

150 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión de 30 de octubre de 2013. Exp. N° 11001-03-06-000-2013-00441-00. M.P. Dr. Augusto Hernández Becerra. En similar sentido, puede verse la decisión de 5 de junio de 2014, Radicado N° 110010306000201400070-00. M.P. Dr. Álvaro Namén Vargas.

151 Al respecto ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión de 26 de febrero de 2015. Radicado N° 110010306000201500018-00. M.P. Dr. Dr. Álvaro Namén Vargas.

152 Al respecto ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión de 26 de febrero de 2015. Radicado N° 110010306000201500018-00.

153 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión de 25 de abril de 2013. Radicado N° 110010306000201300199-00.

saber: uno, que los hechos sucedan en el núcleo familiar del niño, niña o adolescente y dos, que efectivamente exista un hecho de violencia.

Según el Diccionario de la Real Lengua Española la palabra “violencia” se define como la “*acción de violentar*”, que a su vez significa “*Aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia, // Entrar en una casa u otra parte contra la voluntad de su dueño, // Poner a alguien en una situación violenta o hacer que se moleste o enoje*”. De acuerdo con estas definiciones, para que efectivamente se de una circunstancia de *violencia intrafamiliar* se requiere que haya una *acción* por parte de alguno de los miembros del grupo familiar que vulnere directamente algún derecho. Si no se da cumplimiento a los dos supuestos anteriores, es decir cuando se vulneran derechos por fuera de la familia o cuando son actos que suceden en la familia pero no son actos directos de violencia, la competencia es de los Defensores de Familia.

Caso concreto

En el presente asunto la Comisaría de Familia Santa Elena de Medellín inició un proceso administrativo de restablecimiento de derechos en favor del niño J.B.C., únicamente, por la presunta negligencia de la madre de atender las necesidades básicas de éste, aun cuando en la denuncia inicial se acusó al padre de omitir sus obligaciones frente al menor de edad. En la misma providencia se remitieron las diligencias a la Comisaría de Familia Nueve Buenos Aires de Medellín por jurisdicción territorial.

Posteriormente el señor J. I. C. (abuelo materno del niño y quien interpuso la denuncia inicial) solicitó el cierre del proceso teniendo en cuenta que, hecha la amonestación ordenada por la Comisaría de Familia a la madre del niño, la situación mejoró notablemente. Verificados los derechos del menor de edad por la trabajadora social de la comisaría, se determinó que efectivamente los hechos de presunta negligencia de la madre cesaron, pero se consideró que existía una vulneración de los derechos de “custodia y cuidado personal, responsabilidad parental y alimentos” por parte del padre del niño, quien nunca ha vivido con él y tampoco responde por su manutención y cuidado.

Sin embargo, como el padre no habita en el mismo domicilio del niño, la comisaría de familia consideró que los hechos de vulneración de derechos se suscitaron en un contexto diferente a la violencia intrafamiliar y por esa razón remitió el expediente a la defensoría de familia, quien, con base en la denuncia inicial que originó la apertura del proceso de restablecimiento de derechos, vale decir negligencia por parte de la madre del niño, consideró que los hechos estaban inmersos dentro del mencionado contexto¹⁵⁴ y se declaró incompetente sin mencionar nada respecto de la conducta del padre.

¹⁵⁴ La Defensoría de Familia fundamenta su decisión en los hechos que dieron inicio a la investigación que tenían que ver con la madre del niño, los cuales de acuerdo con el informe de verificación de estado de cumplimiento de derechos realizado por la trabajadora social de la Comisaría de Familia, cesaron una vez se hizo la correspondiente amonestación. Por tanto los hechos por los que ahora debe continuarse la investigación, son diferentes a los que dieron origen a la denuncia inicial y tienen que ver con el actuar negligente del padre del niño.

Ahora bien, los hechos y la documentación que integran el expediente dan cuenta de que la vulneración de los derechos del niño J.B.C. se da por la conducta descuidada y negligente del padre en su manutención y cuidado, ya que no ha respondido de ninguna manera con sus obligaciones. Pese a que el “descuido, omisión o trato negligente” constituyen formas de maltrato infantil, considera la Sala que la conducta no está inmersa en el contexto de violencia intrafamiliar, pues no está demostrado que haya alguna *acción* por parte del padre sobre el niño, ya que de hecho siempre ha estado ausente en lo que respecta al cumplimiento de sus obligaciones.

Por consiguiente, al estar en presencia de una situación en la cual aparece claramente determinado el factor determinante de la competencia de los defensores de familia, esto es, la inexistencia de un contexto de violencia intrafamiliar, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 82 del Código de la Infancia y la Adolescencia y el artículo 7° del Decreto 4840 de 2007¹⁵⁵, el asunto corresponde conocerlo, tramitarlo y resolverlo a la Defensoría de Familia del ICBF, en el menor tiempo posible.

C. TÉRMINOS LEGALES

Cabe precisar finalmente que el procedimiento especialmente regulado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, para que la Sala de Consulta y Servicio Civil decida los conflictos de competencias que pudieren ocurrir entre autoridades administrativas, obedece a la necesidad de definir en toda actuación administrativa la cuestión preliminar de la competencia. Puesto que la Constitución prohíbe a las autoridades actuar sin competencia, so pena de incurrir en responsabilidad por extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6°), y el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 prevé que la expedición de actos administrativos sin competencia dará lugar a su nulidad, mientras no se determine cuál es la autoridad obligada a conocer y resolver, no corren los términos previstos en las leyes para que decidan los correspondientes asuntos administrativos.

Debido a estas razones de orden constitucional y legal, mientras la Sala de Consulta y Servicio Civil dirime la cuestión de la competencia no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones. De ahí que, conforme al artículo 39, *“mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”*¹⁵⁶. El

¹⁵⁵ Compilado en el Decreto 1069 de 2015. *“Por medio del cual se expide el Decreto Único reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”*. Op. cit. Pág. 10.

¹⁵⁶ La Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituyó el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 por el siguiente texto: *“Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: //1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes. // 2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.// Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto”*.

artículo 21 de la Ley 1755 de 2015, relativo al funcionario sin competencia, dispone que “[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remisorio al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente.” Por esta misma razón, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que “[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de la presente decisión.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar competente a la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Centro Zonal Suroriental de la Regional Antioquia para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos del niño J.B.C.

SEGUNDO: Remitir el expediente de la referencia a la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Centro Zonal Suroriental de la Regional Antioquia para que continúe la actuación administrativa de manera inmediata.

TERCERO: Comunicar la presente decisión a la Comisaría de Familia de la Comuna Nueve Buenos Aires de Medellín (Antioquia) y a los padres del niño J.B.C.

CUARTO: Los términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que se comunique la presente decisión.

La anterior decisión se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Comuníquese y cúmplase

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Álvaro Namén Vargas, Presidente de la Sala. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

14. Comisaría de Familia de Barrancabermeja (Santander) y la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal la Floresta-Regional Santander.

Radicado 2015-00199

Fecha: 07/12/2015

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el 112 numeral 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, procede a resolver el conflicto negativo de competencias de la referencia, propuesto la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF) -Centro Zonal La Floresta de la Regional Santander, frente a la Comisaría de Familia de Barrancabermeja, para determinar cuál es la autoridad competente para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la menor de edad a la que hace referencia la solicitud con que se inició el presente trámite.

I. Antecedentes

De acuerdo a los documentos allegados al expediente el asunto tiene los siguientes antecedentes:

1. El 5 de octubre de 2015, la señora A.P.R.C. denunció ante la Fiscalía General de la Nación la desaparición de su sobrina de catorce (14) años de edad A.R.R.M¹⁵⁷, la cual tiene a su cuidado desde que la niña tenía 5 años. Puso de presente la denunciante que la joven posiblemente abandonó su hogar porque la reprendió por desobediente.

2. El 10 de octubre de 2015, la Comisaría de Familia del turno 4 del Centro de Convivencia Ciudadana del municipio de Barrancabermeja al conocer del asunto lo remitió a la coordinadora del centro zonal La Floresta por la presunta vulneración de derechos de la adolescente A.R.R.M con ocasión de la evasión de su hogar a la casa de una compañera.

3. El 15 de octubre de 2015, en el centro zonal la Floresta de Barrancabermeja se realizó a la menor de edad una entrevista de verificación del estado de cumplimiento de sus derechos, una valoración nutricional y se le tomó testimonio a ella y su cuidadora. Una vez efectuadas las diligencias, el Defensor de Familia del centro zonal hizo entrega personal de la adolescente A.R.R.M a la tía de la joven advirtiéndole para que no se volvieran a presentar los hechos por los cuales se inició el proceso.

157 Como medida de protección de la intimidad de los menores de edad, se omitirá en esta decisión y en toda futura publicación de la misma su nombre y el de sus familiares.

4. El 16 de octubre de 2015, la psicóloga, el trabajador social, la nutricionista y el Defensor de Familia del centro zonal La Floresta suscribieron un informe integral inicial, en el que señalan que debe proponerse conflicto de competencias administrativas frente a la Comisaría de Familia de Barrancabermeja por considerar que la evasión de la adolescente ocurrió por los métodos de corrección que utiliza su cuidadora, hechos que ocurren en el entorno familiar.

5. El 15 de octubre de 2015 (*sic*), el Defensor de Familia del Centro Zonal la Floresta propuso conflicto de competencias administrativas frente a la Comisaría de Familia de Barrancabermeja. A su vez, dispuso como medida provisional a favor de la adolescente A.R.R.M, el reintegro a su lugar de origen, *“pues no existe factor de riesgo y los castigos físicos recibidos por la adolescente fueron fruto de la facultad de corrección que ejerce su cuidadora y no de una postura constante y alevosa, amonestando a la misma sobre su deber de vigilar y garantizar plenamente los derechos de su sobrina (...)”*.

II. Actuación Procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, por el término de cinco (5) días se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto. Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite que ordena el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011.

Consta también que se informó sobre el presente conflicto a la Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal Centro La Floresta de la Regional Santander, a la Comisaría de Familia de Barrancabermeja, y a la señora A.P.R.C. tía de la adolescente A.R.R.M. La Secretaría de la Sala informó que el Defensor de Familia Centro Zonal Centro La Floresta de la Regional Santander allegó alegatos.

III. Argumentos de las partes

Dentro de la actuación la **Defensoría de Familia Centro Zonal La Floresta de la Regional Santander** expuso los siguientes argumentos:

La Defensoría de Familia señaló que la situación surgió en un contexto de violencia intrafamiliar, ya que los hechos de los cuales *“fue víctima la adolescente A.R.R.M., y que fueron perpetrados por su tía APRC (...) sin duda originó que la adolescente abandonara el hogar de manera temporal”*, situación que a su juicio, es competencia de la Comisaría de Familia del turno 4 del centro de convivencia ciudadana de Barrancabermeja. Citó como apoyo de sus argumentos algunos pronunciamientos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (radicados 2013-0417 y 2013-0441), conforme a la cual la violencia intrafamiliar no solo se limita a las agresiones físicas sino que también se constituye por negligencia de los padres o cuidadores de los menores de edad.

IV. Consideraciones

A. COMPETENCIA DE LA SALA

El artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, asignó entre otras, a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la siguiente función:

“Artículo 112. (...) 10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.”

Asimismo, dentro del procedimiento general administrativo, el artículo 39 del código en cita también estatuyó:

“Artículo 39. Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional o al Tribunal Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. De igual manera se procederá cuando dos autoridades administrativas se consideren competentes para conocer y definir un asunto determinado”.

De acuerdo con las normas anteriores, la Sala de Consulta y Servicio Civil es competente para resolver el presente conflicto de competencias administrativas por cuanto una de las autoridades intervinientes es nacional, a saber, la Defensoría de Familia Regional Santander Centro Zonal la Floresta como dependencia que es del ICBF¹⁵⁸ - y la otra es una autoridad del orden territorial, la Comisaría de Familia de Barrancabermeja¹⁵⁹. De otra parte, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un asunto particular y concreto, que consiste en determinar cuál es la autoridad competente para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la adolescente A.R.R.M. Se concluye por tanto, que la Sala es competente para dirimir el conflicto.

158 Ley 1098 de 2006. “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”. D. O. No. 46.446 (Nov. 8/06). “Art. 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”. / .../.

159 Ibidem. (...) “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...”.

B. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que debe resolverse en esta actuación consiste en establecer cuál de las dos autoridades en conflicto - la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF) -Centro Zonal La Floresta de la Regional Santander, o la Comisaría de Familia de Barrancabermeja, es la competente para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos en favor de la adolescente A.R.R.M. Para tal efecto, será preciso determinar si el hecho de que la adolescente se haya evadido de su hogar y las razones que motivaron su huida, configuran o no una situación de violencia intrafamiliar de tal naturaleza que defiera la competencia a la Comisaría de Familia. Advierte la Sala que el análisis que le corresponde se realizará únicamente desde la perspectiva de la asignación de la competencia a uno u otro funcionario, para lo cual partirá de los hechos expuestos por las entidades involucradas.

Dado que nos encontramos ante un conflicto de competencias negativo suscitado entre una comisaría de familia y una defensoría de familia en relación con un proceso de restablecimiento de derechos en favor de un niño, para resolverlo se analizarán los siguientes temas: (i) las autoridades vinculadas al procedimiento administrativo de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; (ii) algunos criterios para la interpretación de las normas de competencia en asuntos de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; (iii) el maltrato infantil y la violencia intrafamiliar; (iv) el caso concreto.

1. Autoridades vinculadas al procedimiento administrativo de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

El análisis de cualquier situación que afecte o incida en la vida de los niños, niñas y adolescentes tiene como referentes primordiales la Constitución Política de 1991, la Convención Internacional de los Derechos del Niño¹⁶⁰, el Código de la Infancia y la Adolescencia expedido por la Ley 1098 de 2006. Asimismo deben tenerse presentes otras disposiciones legales, en especial la Ley 294 de 1996, sobre violencia intrafamiliar y sus modificaciones¹⁶¹ y la Ley 1146 de 2007¹⁶².

El conjunto normativo enunciado y las demás disposiciones que lo complementan o reglamentan, asignaron a autoridades especializadas el deber de velar por la conservación de la familia y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes; distribuyeron competencias; y organizaron procedimientos administrativos y servicios estatales y sociales destinados a brindar protección y a restablecer los derechos de los menores.

160 Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por la Ley 12 de 1991 (enero 22).

161 "Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar".

162 "Por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente".

El Código de la Infancia y la Adolescencia en lista y definió los derechos de los menores y regula su garantía y prevención, para lo cual estableció una serie de “medidas de restablecimiento de los derechos” y reguló el procedimiento administrativo para su concreción y efectividad.¹⁶³ Su finalidad es la protección de los niños, niñas o adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad, así como la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que les fueron vulnerados (artículo 50 de la Ley 1098 de 2006)¹⁶⁴.

Con el fin de garantizar el acceso a los mecanismos de defensa y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas o adolescentes, sujetos de especial protección por mandato de los artículos 44 y 45 de la Constitución Política¹⁶⁵ la competencia para conocer y decidir sobre los procesos de restablecimiento de los derechos y la imposición de las medidas previstas para tal fin, se radicó en diferentes autoridades, unas con carácter principal, otras con carácter subsidiario, e incluso, otras que ejercen dicha competencia de forma supletoria y excepcional.

a) Defensorías de Familia. Titularidad principal para asegurar el restablecimiento de los derechos de la infancia y la adolescencia¹⁶⁶

Los artículos 79 y 82 de la Ley 1098 de 2006 asignaron a las Defensorías de Familia, configuradas como grupo interdisciplinario, una responsabilidad principal y genérica de prevención, protección, garantía y restablecimiento de los derechos, en los siguientes términos:

“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.

Las Defensorías de Familia contarán con equipos técnicos interdisciplinarios integrados, por lo menos, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista.

Los conceptos emitidos por cualquiera de los integrantes del equipo técnico tendrán el carácter de dictamen pericial”.

163 Ley 1098 de 2006, Títulos I, II y III

164 “Título II, Garanta de derechos y prevención, Capítulo II. Medidas de restablecimiento de los derechos. Artículo 50. “Restablecimiento de los derechos. Se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados.”

165 Constitución Política, artículo 44. “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. / La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. / Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.” // Artículo 45. “El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral./ El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.”

166 Al respecto se pueden revisar los conflictos de competencias radicados con los números 2009-0064, 2013-0366, 2013-0209 y 2013-0441.

El mismo Código radicó en el Defensor de Familia las acciones particulares y concretas que debe realizar el Estado para hacer efectiva la garantía de los derechos de los menores y su reparación:

“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.

3. Emitir los conceptos ordenados por la ley, en las actuaciones judiciales o administrativas.

4. Ejercer las funciones de policía señaladas en este Código.

5. Dictar las medidas de restablecimiento de los derechos para los niños y las niñas menores de catorce (14) años que cometan delitos.

6. Asumir la asistencia y protección del adolescente responsable de haber infringido la ley penal ante el juez penal para adolescentes. (...).”

Esta Sala ha considerado que de la disposición transcrita se deduce una cláusula general de competencia cuya titularidad ejerce el defensor de familia con el grupo interdisciplinario, que conforman las defensorías de familia, como autoridades expertas para procurar la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, prevenir su vulneración, y lograr su restablecimiento. Para la Sala no admite duda de que las defensorías y los defensores de familia han sido instituidos especial y específicamente para hacer efectiva la protección especial constitucional de sus derechos cuando se encuentran en situaciones de violación o sería amenaza contra los mismos. En consecuencia, por regla general las defensorías y los defensores de familia son las autoridades administrativas competentes para garantizar los derechos de la infancia y la adolescencia y asegurar su restablecimiento.

Esta competencia principal no implica vaciar competencias concretas de otras autoridades obligadas en casos específicos a actuar en desarrollo de la protección constitucional reforzada, bien sea con carácter exclusivo, ora de manera concurrente con el ICBF. Estas autoridades por supuesto, operan bajo las modalidades y en las circunstancias que la ley fija al establecerlas, como sucede en los casos de vulneración o amenaza de los derechos en un escenario de violencia intrafamiliar, como se analizará más adelante. Pero aun en estos casos de competencia de otras autoridades, las defensorías y los defensores de familia están obligados a prestar acompañamiento y asistencia complementaria a partir de su competencia principal

y general y de los principios de colaboración y concurrencia, interés superior, protección integral y prevalencia de los derechos de los niños (artículos 44, 113 y 209 de la Constitución Política, y 7, 8, 9 y 10 de la Ley 1098 de 2006)¹⁶⁷.

b) Comisarías de Familia¹⁶⁸: competencia subsidiaria en ausencia de defensorías de familia y competencia principal en asuntos relacionados con la violencia intrafamiliar

El artículo 84 del Código de la Infancia y la Adolescencia ordenó que todos los distritos y municipios debían contar con comisarías de familia, y las definió como las entidades distritales, municipales o intermunicipales, integrantes del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, encargadas de *“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”*. Deben contar también con un equipo interdisciplinario en el cual el Abogado es el Comisario.¹⁶⁹

Las comisarías de familia con funciones de prevención, remedio y sanción de las situaciones de violencia intrafamiliar que amenazaran o vulneraran los derechos de cualquiera de los miembros de la familia, se regularon en la Ley 294 de 1996. El Código de la Infancia y la Adolescencia, como se indicó, ordenó que fueran creadas en todos los municipios y distritos y les atribuyó competencia subsidiaria para el restablecimiento de los derechos de los menores en los municipios donde no existan defensores de familia (artículos 96 y 98). El código en cita también previó que en los lugares en donde no exista comisario, el inspector de policía es la autoridad que ejercerá las funciones de los defensores y comisarios de familia (artículo 98). El artículo 86 del Código de la Infancia y la Adolescencia fijó las siguientes funciones a los comisarios de familia:

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.*
- 2. Atender y orientar a los niños, las niñas y los adolescentes y demás miembros del grupo familiar en el ejercicio y restablecimiento de sus derechos.*
- 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.*

¹⁶⁷ La Sala recuerda nuevamente el principio de corresponsabilidad, al cual se hizo referencia en los conflictos de competencias radicados con los números 2015-00018 y 2015-00019, en donde se expresó: *“En virtud de lo expuesto, la competencia asignada al comisario de familia no exonera a la Defensoría de Familia del deber de adoptar las demás medidas de restablecimiento de derechos a que haya lugar a favor de las niñas ASMG y MMG, así como de efectuar el seguimiento de dichas medidas y brindar su colaboración y apoyo a la Comisaría de Familia.”*

¹⁶⁸ Al respecto se pueden revisar los conflictos de competencias radicados con los números 2007-0085, 2012-0130, 2013-0411, 2014-0214, 2014-0215 y 2014-0216.

¹⁶⁹ Confrontar artículos 83, 84 y 85.

4. *Recibir denuncias y tomar las medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar*

5. *Definir provisionalmente sobre la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes y fijar las cauciones de comportamiento conyugal, en las situaciones de violencia intrafamiliar.*

6. *Practicar rescates para conjurar las situaciones de peligro en que pueda encontrarse un niño, niña o adolescente, cuando la urgencia del caso lo demande.*¹⁷⁰

7. *Desarrollar programas de prevención en materia de violencia intrafamiliar y delitos sexuales.*

8. *Adoptar las medidas de restablecimiento de derechos en los casos de maltrato infantil y denunciar el delito.*

9. *Aplicar las medidas policivas que correspondan en casos de conflictos familiares, conforme a las atribuciones que les confieran los Concejos Municipales.*

Como se aprecia, la competencia del Comisario de Familia se centra en los casos de protección y restablecimiento de los derechos de los miembros de la familia, que resulten conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar, esto es, que uno de tales miembros “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...”¹⁷¹ Así pues, el criterio diferenciador de las competencias entre comisarios y defensores de familia es el contexto de violencia intrafamiliar dentro del cual se amenazan o vulneran los derechos de los niños, niñas y adolescentes. El artículo 7° del Decreto 4840 del 17 de diciembre de 2007¹⁷², “por el cual se reglamentan los artículos 52, 77, 79, 82, 83, 84, 86, 87, 96, 98, 99, 100, 105, 111 y 205 de la Ley 1098 de 2006”, desarrolló el referido criterio diferenciador de las competencias de las Defensorías y las Comisarías de Familia, así:

“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.

¹⁷⁰ Exequibilidad condicionada, Sentencia C-0256-08

¹⁷¹ Definición del artículo 4° de la Ley 294 de 1996, modificado por el artículo 16 de la Ley 1257 de 2008.

¹⁷² Compilado en el Decreto 1069 de 2015, “por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”. Sección 2 Funcionamiento y competencias de Defensorías Familia y de las Comisarías de Familia. Artículo 2.2.4.9.2.1. *Competencias del Defensor de Familia y del Comisario Familia (...)*.

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. Para ello aplicará las medidas de protección contenidas en la Ley 575 del 2000 que modificó la Ley 294 de 1996, las medidas de restablecimiento de derechos consagradas en la Ley 1098 de 2006 y, como consecuencia de ellas, promoverá las conciliaciones a que haya lugar en relación con la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas”.

Se observa entonces que tal como se encuentra reglamentado actualmente este asunto, si el maltrato, amenaza o vulneración de derechos de los menores de edad se da en escenarios *diferentes al de la violencia intrafamiliar*, la competencia para el procedimiento de restablecimiento de derechos corresponde a las defensorías de familia; y cuando ese maltrato, amenaza o vulneración ocurre *dentro de un contexto de violencia intrafamiliar*, se pone en marcha la competencia de los comisarios de familia.

De este modo, como se verá más adelante, el criterio de asignación de la competencia a las comisarías de familia no es solamente la existencia o no de *maltrato, amenaza o vulneración de derechos de los menores de edad*, sino el hecho de que tales circunstancias se presenten en un contexto de violencia intrafamiliar, o más exactamente, como consecuencia de una situación de violencia intrafamiliar. Esta situación exige tres (3) elementos principales: (i) *que el hecho ocurra dentro de la familia*; (ii) *que se dé en un contexto o situación de “violencia” entre sus miembros*¹⁷³, y (iii) que exista un nexo causal entre la violencia intrafamiliar y el maltrato, amenaza o vulneración de los derechos.

Se reitera en este punto que la activación de la competencia de las comisarías de familia frente a situaciones de violencia intrafamiliar no excluye el acompañamiento y colaboración institucional de las defensorías de familia y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en general, ni tampoco que pueda haber una competencia concurrente, tal como lo estableció el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando la complejidad del asunto exija una acción conjunta y coordinada de ambas instituciones.

c) Inspecciones de Policía. Competencia subsidiaria

Como se indicó anteriormente, en los lugares en donde no exista ni defensor ni comisario de familia, la función de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes corresponde al inspector de policía (artículo 98 de la Ley 1098 de 2006)¹⁷⁴.

173 Providencia del 22 de octubre de 2015, expediente 110010306000201500076-00.

174 “Artículo 98. Competencia subsidiaria. En los municipios donde no haya Defensor de Familia, las funciones que este Código le atribuye serán cumplidas por el comisario de familia. En ausencia de este último, las funciones asignadas al defensor y al comisario de familia corresponderán al inspector de policía./ La declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente corresponde exclusivamente al Defensor de Familia”

d) Juez de Familia. Competencia supletoria y excepcional¹⁷⁵

La Ley 1098 de 2006 consagró plazos perentorios para adelantar el procedimiento de restablecimiento de derechos por parte de las autoridades administrativas anteriormente indicadas, so pena de que sea el juez de familia el que asuma el conocimiento de dicho asunto (parágrafo 2 del artículo 100). En tales casos, si la tardanza no se encuentra debidamente justificada, la inacción o retardo de las autoridades administrativas puede constituir una falta disciplinaria. La misma ley también previó que en los lugares donde no exista juez de familia, la competencia por vencimiento de términos será asumida por el juez civil municipal o el juez promiscuo municipal (artículo 120).

e) Coordinador del centro zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Seguimiento del cumplimiento de las medidas de restablecimiento de derechos¹⁷⁶

Asimismo el Código de la Infancia y la Adolescencia consagró que las autoridades competentes (defensores de familia, comisarios de familia, inspectores de policía o jueces) que ordenen medidas de protección o restablecimiento de derechos deberán reportarlas al coordinador o coordinadora del centro zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar del respectivo municipio, funcionario que deberá, por una parte, hacer seguimiento al cumplimiento de las mismas y, por la otra, articular y organizar las medidas que ordenen las autoridades señaladas en relación con la asignación de cupos y la organización de programas de atención especializada en los que se hagan efectivas las medidas¹⁷⁷.

De esta forma, en el campo administrativo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), mediante sus defensorías de familia, las comisarías de familia y excepcionalmente algunas autoridades judiciales, están sujetos al mandato constitucional de protección de los niños, niñas y adolescentes, cada una dentro del ámbito de sus competencias pero regidas en todo caso por un deber de colaboración y de atención efectiva de la infancia y la adolescencia.

2. Algunos criterios para la interpretación de las normas de competencia en asuntos de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

En diversas oportunidades la Sala advirtió que las normas de competencia en materia de protección de los derechos de la infancia y la adolescencia deben ser interpretadas tomando en consideración el interés superior de los menores y los demás principios que buscan la eficacia de los procedimientos y de las medidas

¹⁷⁵ Al respecto se pueden revisar los conflictos de competencias radicados con los números 2010-0016, 2011-0009, 2011-0025, 2011-00051, 2011-0085, 2011-0025, 2012-0007, 2012-0061, 2013-0209, 2013-0442, 2013-0496, 2013-0506, 2014-0005, 2015-0027 y 2015-0070.

¹⁷⁶ Al respecto se pueden revisar los conflictos de competencias radicados números: 2010-0074, 2013-0196, 2013-0209

¹⁷⁷ Ley 1098 de 2006. "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.// El seguimiento de las medidas de protección o de restablecimiento adoptadas por los defensores y comisarios de familia estará a cargo del respectivo coordinador del centro zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar." (Resalta la Sala).

para la protección de sus derechos. En particular, la Sala señaló que la asignación de competencias debe tener en cuenta los siguientes principios y directrices contenidos en las disposiciones iniciales del Código de la Infancia y la Adolescencia para la protección integral de los menores¹⁷⁸:

a. El principio del interés superior y el mandato de prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

Dentro de los principios básicos que orientan la protección integral a los niños, niñas y adolescentes, consolidada a partir de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño de 1989¹⁷⁹, se encuentra el deber de todas las autoridades de atender “*el interés superior del niño*”¹⁸⁰, que la Constitución de 1991, artículo 44, consagró como la prevalencia de los derechos de los menores sobre los derechos de los demás.

Con la expedición del Código de Infancia y Adolescencia, el Estado colombiano armonizó su legislación con los postulados internacionales y constitucionales en la materia. El principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, está definido en el artículo 8° del citado código:

“Artículo 8. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.

Con relación al principio de supremacía del interés superior de los niños, la Corte Constitucional desarrolló unos criterios generales para orientar a los operadores jurídicos en sus decisiones en cada caso concreto.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, para establecer cómo se satisface el interés superior, se deben hacer consideraciones (i) de tipo fáctico, referidas a las circunstancias específicas del caso en su totalidad, y (ii) jurídicas, en relación con los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños, de forma que “*las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para*

178 Ver Ley 1098/06, Libro I, Título I, Capítulo I

179 “Aunque es la Convención Internacional sobre Derechos del Niño la que consolida la doctrina integral de protección de la niñez, incluyendo como principio orientador el interés superior de las niñas y los niños, el primer instrumento internacional que hizo referencia a ese postulado fue la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño. Después fue reproducido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25. 2), la Declaración de los Derechos del Niño (Principio 2°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 23 y 24) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 19)”. Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-044 de 31 de enero de 2014.

180 Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Artículo 3. “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” “2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. // “3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada” (Resalta la Sala).

evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores de edad implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés”¹⁸¹.

Así pues, cuando las autoridades administrativas y judiciales deban resolver un caso concreto en el que estén involucrados los derechos de un menor de edad, incluso cuando pretendan analizar su competencia para resolverlo¹⁸², deben apelar al principio de primacía del interés superior de los niños, contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución Política y el Código de Infancia y Adolescencia. Como lo ha sostenido esta Sala, el mandato constitucional de prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y su desarrollo legal, se expresa también en los artículos 9, 10, incisos primero y segundo, y 11, inciso segundo, de la Ley 1098 de 2006, que en su conjunto estructuran el *“criterio que las autoridades administrativas deben tener en cuenta al momento de decidir sobre su competencia en los asuntos relacionados con el restablecimiento de los derechos de menores de edad”*¹⁸³:

“Artículo 9°. “Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.”

“Artículo 10. Corresponsabilidad. Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección.

La corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado”.

“Artículo 11. Exigibilidad de los derechos. (...) El Estado en cabeza de todos y cada uno de sus agentes tiene la responsabilidad inexcusable de actuar oportunamente

¹⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia T-580A de 2011.

¹⁸² El inciso 4° del artículo 7° del Decreto 4840 de 2007, *“Por el cual se reglamentan los artículos 52, 77, 79, 82, 83, 84, 86, 87, 96, 98, 99, 100, 105, 111 y 205 de la Ley 1098 de 2006”*, referenció expresamente los principios de corresponsabilidad y del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, como propósito general de tal normatividad para que se actúe rápidamente en la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y se atiendan las solicitudes inmediatamente y se tomen las medidas provisionales, de emergencia, protección o restablecimiento de derechos que sean pertinentes. Por tal razón, en los eventos en que el Defensor de Familia o el Comisario de Familia conozcan de casos diferentes a los de su competencia, se señaló que *“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”*.

¹⁸³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conflicto de competencias N° 2015-0070.

para garantizar la realización, protección y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes”.

En aplicación de estos mandatos, la Sala de Consulta y Servicio Civil, teniendo en cuenta que el sistema de competencias de la Ley 1098 de 1996, distribuido en distintas autoridades, unas de manera principal y otras de manera subsidiaria e incluso concurrente, busca otorgar efectividad y celeridad a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y que esa finalidad concuerda con el principio de corresponsabilidad, en aras del interés superior de las niñas y en acatamiento al deber que tienen las autoridades de dar protección eficaz e inmediata a sus derechos, ha exigido en algunos casos el acompañamiento del ICBF a víctimas y agresores menores de edad, e incluso ha radicado directamente la competencia en esta institución, dada su cobertura nacional y los programas de asistencia social, especializados, integrales y adecuadamente financiados que ofrece, a pesar de identificarse factores que podrían ubicar la vulneración o amenaza de los derechos dentro de un contexto de violencia intrafamiliar¹⁸⁴.

b. Principio de intermediación

El artículo 97 de la Ley 1098 de 2006 definió la “*competencia territorial*” y señaló expresamente que “*Será competente la autoridad del lugar donde se encuentre el niño, la niña o el adolescente; (...)*.” Esta disposición responde a la finalidad y al objeto del Código de la Infancia y la Adolescencia, como quiera que el menor de edad es titular de los derechos que se garantizan con las normas procesales y sustantivas establecidas en el mismo Código.

En las discusiones de competencia que ha conocido esta Sala por razón del territorio, se ha indicado que el factor territorial como regla general de competencia que vincula a la autoridad con el menor de edad, busca que el comisario o defensor de familia, según el caso, tenga un contacto directo con el niño, niña o adolescente y con su entorno, de modo que el procedimiento de restablecimiento de derechos responda efectivamente a su finalidad¹⁸⁵. Por ello se ha sostenido que el hecho de que los procedimientos de restablecimiento de derechos se adelanten por los funcionarios del lugar de residencia o domicilio de los niños, tiene relación directa con los principios de intermediación, economía y eficacia que orientan los procedimientos administrativos, en general, los cuales cobran especial relevancia cuando se trata de la garantía efectiva y oportuna de los derechos de personas que, como los niños, niñas y adolescentes, son objeto de protección constitucional reforzada¹⁸⁶.

184 Al respecto se pueden consultar, entre otros: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conflictos de competencias radicados: 2011-0075, 2013-0413, 2013-0436, 2015-0070.

185 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conflicto de Competencias Administrativas Radicados: 2012-0068, 2013-0442, 2014-0128, 2014-0171, 2014-0176.

186 *Ibidem*.

c. Criterio de “duda razonable”. Cuando exista duda razonable, la competencia debe ejercerla la Defensoría de Familia por ser la autoridad principal en el restablecimiento de derechos de menores de edad

La Sala ha tenido la oportunidad de examinar casos en los cuales el contexto de violencia intrafamiliar no resulta claramente determinable, pues los hechos documentados muestran conductas que por acción u omisión amenazan o vulneran los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, pero no permiten establecer si dichas conductas corresponden efectivamente a circunstancias de violencia entre los miembros del grupo familiar. Ante estas circunstancias, las decisiones la Sala se han fundamentado en el “*criterio de duda razonable*” para declarar competentes a las defensorías de familia.

d. Principio de máxima eficacia de los procedimientos

De acuerdo con el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁸⁷, que enunció y definió los principios que rigen la actividad administrativa:

“(...) 11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.”

El Código de la Infancia y la Adolescencia estableció, a su vez, que las autoridades aplicarán siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente (artículo 6º); dispuso también que en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, “*prevalecerán los derechos de estos*” (artículo 9º); así mismo estatuyó que en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, “*se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente*” (ibídem); y señaló que, sin perjuicio de las responsabilidades y competencias de cada una, “*las instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán invocar el principio de la corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes*” (artículo 10).

En virtud de lo anterior, esta Sala ha indicado que el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos contenido en el Código de la Infancia y la Adolescencia debe asegurar el más alto grado de protección posible de los

¹⁸⁷ El artículo 2º de la Ley 1437 establece que la Parte Primera de la misma Ley es la norma general aplicable a “... todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas”, sin perjuicio de las disposiciones especiales que rijan las actuaciones de su competencia.

derechos de los niños, niñas y adolescentes, de modo que no sean entrabados por dilaciones o retardos injustificados o por decisiones que solo buscan rehusar o rechazar una competencia que claramente se tiene. Por lo mismo se ha indicado, en pro de la garantía de los derechos de la infancia y la adolescencia, que los traslados de expedientes de una entidad a otra por motivos de competencia no generan la nulidad de lo actuado, ni tampoco invalidan las medidas provisionales adoptadas por el funcionario que conoció inicialmente la actuación:

“De tal manera que el hecho de que frente a situaciones de violencia intrafamiliar el defensor de familia tome medidas provisionales de restablecimiento de derechos para luego trasladar el expediente al comisario de familia, se justifica en el contexto de la defensa del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, pero no altera las competencias legales. En consecuencia, el comisario de familia no puede negarse a asumir la competencia que le corresponde, pues la ley le impone el estudio de los casos de violencia intrafamiliar, así el defensor de familia haya iniciado de manera preliminar un proceso de restablecimiento de derechos orientado a la adopción de medidas provisionales de protección.”¹⁸⁸

3. EL MALTRATO INFANTIL Y LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Como se explicó, las competencias que el Código de la Infancia y la Adolescencia asignó a las defensorías, los defensores, las comisarías y los comisarios de familia, tienen como criterio diferenciador la “violencia intrafamiliar”. Pero las competencias de unos y otros están definidas, orientadas y regladas en aras de hacer efectiva la garantía de protección constitucional de los derechos de los menores, de prevenir su vulneración y, si esta ocurre, restablecerlos.

El Código de la Infancia y la Adolescencia en sus disposiciones iniciales sobre la protección integral debida a los menores, contiene un capítulo¹⁸⁹ dedicado a los derechos y libertades de los niños, niñas y adolescentes. Pues bien, el punto de partida son entonces los derechos y libertades y los hechos que pueden amenazarlos y vulnerarlos. Ambos elementos concurren en la configuración legal del “maltrato infantil”. Las investigaciones sociales dan cuenta de la reiterativa ocurrencia de hechos constitutivos de maltrato entre los miembros de las familias y en las relaciones con los menores. De manera que el Código de la Infancia y la Adolescencia responde a esa realidad con la incorporación del concepto y la normatividad relativos a la violencia intrafamiliar. La Sala se referirá a continuación a las dos figuras legales.

a. El maltrato infantil.

El Código de la Infancia y la Adolescencia relacionó como uno de los derechos de los menores el “derecho a la integridad personal” y con relación a este derecho definió el maltrato infantil. Dijo el artículo 18 del Código en cita:

¹⁸⁸ Expediente 2014-00261.

¹⁸⁹ Ley 1098/06, LIBRO I LA PROTECCION INTEGRAL, T I T U L O I , DISPOSICIONES GENERALES, CAPITULO II Derechos y libertades

“Artículo 18. Derecho a la integridad personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario.

Para los efectos de este Código, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona”.

Hace notar la Sala que el derecho a la integridad personal tiene como titulares a los menores y como obligados a los padres, representantes legales, cuidadores, educadores, y toda persona que interactúe con dichos menores. A la vez, el maltrato infantil es toda conducta en la cual incurran los obligados, que amenace o vulnere ese derecho, que, como está definido, hace referencia al desarrollo físico, psicológico, emocional, e intelectual de sus titulares. La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha ocupado del tema. Por vía de ejemplo, se cita la sentencia C – 442 de 2009 en la cual describió el maltrato infantil “(...) como toda conducta que tenga por resultado la afectación en cualquier sentido de la integridad física, psicológica o moral de los(as) menores de dieciocho (18) años por parte de cualquier persona...”. La Sentencia C- 397 de 2010 reiteró la anterior y se refirió a los tres tipos de maltrato que las investigaciones han identificado:

“... de otra parte hay que tener en cuenta que dentro de los estudios relacionados con el maltrato infantil se han establecido tres tipos. En primer lugar el maltrato físico que estaría relacionado con las lesiones personales o el daño en el cuerpo del niño; en segundo término, el maltrato psicológico o emocional, relacionado con conductas como las amenazas constantes, las burlas y ofensas que afecten al niño mental y moralmente, y, por último, el maltrato omisivo que se daría cuando al niño se le deja en situación de abandono o descuido que puede afectar su vida o su salud”.

Si bien bajo el enfoque de salud que le es propio, resulta también útil y por lo demás coherente con las definiciones precedentes, la elaborada por la Organización Mundial de la Salud sobre el maltrato infantil¹⁹⁰:

“... se define como los abusos y la desatención de que son objeto los menores de 18 años, e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o

¹⁹⁰ Organización Mundial de la Salud, Maltrato infantil, Nota descriptiva N.º 150, Diciembre de 2014. Tomada de: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs150/es/>

poder. La exposición a la violencia de pareja también se incluye a veces entre las formas de maltrato infantil.”

La OMS también destacó que *“El maltrato infantil es un problema mundial con graves consecuencias que pueden durar toda la vida”*, es un tema complejo y difícil y las estimaciones actuales varían por país dependiendo de *“... las definiciones de maltrato infantil utilizadas; el tipo de maltrato infantil estudiado; la cobertura y la calidad de las estadísticas oficiales; la cobertura y la calidad de las encuestas basadas en los informes de las propias víctimas, los padres o los cuidadores...”*.¹⁹¹

En síntesis, el maltrato infantil se configura cuando por acción u omisión se causa daño al menor. Y en el ordenamiento colombiano, ese daño puede ser causado por cualquier persona que interactúe con el menor, según lo expresó el artículo 18 del Código de la Infancia y la Adolescencia atrás transcrito. Sin embargo, cuando la persona causante del daño está considerada por la ley como integrante de la familia su conducta se define y sanciona bajo el concepto de la violencia intrafamiliar.

b. La violencia intrafamiliar

La Constitución de 1991 consagró como uno de los principios fundamentales del Estado, el de *amparar a la familia como institución básica de la sociedad*¹⁹²; y en el artículo 42 enunció las obligaciones del Estado y la sociedad con la familia, los derechos de sus integrantes, sus garantías y protección. En el inciso tercero, el citado artículo 42 previó:

“Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.”

Esta consagración constitucional de la violencia intrafamiliar y su sanción, fue desarrollada por la Ley 294 de 1996, que originalmente se propuso para proteger y restablecer los derechos de la mujer en su contexto familiar, pero que en el trámite legislativo se adecuó para precaver y sancionar las conductas violentas entre los miembros de la familia, en cumplimiento del mandato del artículo 42 constitucional.

La incorporación que hace el Código de la Infancia y la Adolescencia del concepto de violencia intrafamiliar como criterio para establecer la competencia de los comisarios de familia, ha generado dificultades de interpretación de las situaciones concretas, que la Sala considera oportuno analizar a partir de los elementos que

¹⁹¹ Continuación de la cita inmediatamente anterior.

¹⁹² Constitución Política, artículo 5. *“El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.”*

tipifican la figura en las leyes que la regulan. Las Leyes 294 de 1996¹⁹³, 575 de 2000¹⁹⁴ y 1257 de 2008¹⁹⁵ integran el marco normativo de la violencia intrafamiliar.

(i) El concepto de violencia intrafamiliar

En particular, el artículo 4 de la Ley 294 de 1996, modificado por las Leyes 575 de 2000 (artículo 1) y 1257 de 2008 (artículo 16), delimitó el concepto de violencia intrafamiliar en estos términos:

“Toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico, psíquico, o daño a su integridad sexual, amenaza, agravio¹⁹⁶, ofensa o cualquier otra forma de agresión¹⁹⁷ 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. (...)” (Resalta la Sala).

De la disposición transcrita se colige que este tipo particular de violencia se restringe al contexto familiar, esto es, a las circunstancias o situaciones en las cuales un miembro del grupo familiar amenaza o vulnera los derechos de otro miembro del mismo grupo por amenazas, agravios, ofensas o cualquier otra forma de agresión. Y que se trata de “toda persona” –y no solo ni especialmente individuos pertenecientes a niñez o adolescencia- que puede llegar a ser víctima.

La jurisprudencia señaló que la violencia intrafamiliar es *“todo acontecimiento que causa daño o maltrato físico, síquico o sexual, significa trato cruel, intimidatorio o degradante, amenaza, agravio, ofensa o, en general, implica cualquier tipo de agresión producida entre miembros de una familia, sean estos cónyuges o compañeros permanentes, padre o madre, ascendientes o descendientes, incluyendo hijos adoptivos, aunque no convivan bajo el mismo techo, comprendiendo, además, a todas las personas que en forma permanente integran una unidad doméstica”*¹⁹⁸.

De este modo, el concepto de violencia intrafamiliar, como criterio diferenciador de las competencias entre las comisarías y las defensorías de familia, está conformado por tres elementos: (i) la violencia, entendida como el hecho de infligir un daño (físico, psíquico, moral o a la integridad sexual), o de sufrir amenazas, agravios, ofensas o cualquier otra forma de maltrato o agresión; (ii) el vínculo familiar, esto es

193 “Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”.

194 “Por medio de la cual se reforma parcialmente la Ley 294 de 1996”.

195 “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”.

196 Ofensa, o también perjuicio en los derechos o intereses de alguien (RAE).

197 Acto contrario al derecho de otra persona (RAE).

198 Corte Constitucional, sentencia C- 776 de 2010. Referencia: expediente D-8027. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 13 (parcial) y 19 (parcial) de la Ley 1257 de 2008, “por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”. vet. Corte Constitucional sentencia C- 674 de 2005.

que tales conductas se den entre quienes conforman una familia y al interior de la misma, y (iii) la relación de causalidad entre la situación de violencia intrafamiliar y el daño o amenaza a los derechos. La ausencia de cualquiera de estos elementos supone que la competencia para el proceso de restablecimiento de derechos no se traslada a los comisarios de familia, sino que se mantiene en las defensorías de familia como organismos encargados, por regla general, de la protección de los derechos de la infancia y la adolescencia.

a) Primer elemento: la existencia de violencia

Como se señaló atrás, el artículo 4¹⁹⁹ de la Ley 294 de 2006 describió de manera general las conductas que pueden ser constitutivas de violencia intrafamiliar, entre las que se incluyen aquellas que comportan daño, amenaza o agravio a la integridad física, psíquica, sexual, de los miembros del grupo familiar. Con base en la definición legal, la Sala ha dicho en varias ocasiones que el concepto constitucional y legal de violencia intrafamiliar de ninguna manera se limita a la agresión o el ataque físico, pues los golpes, los empujones y las demás agresiones físicas no son la única forma de violencia intrafamiliar²⁰⁰, pues todas aquellas conductas activas y pasivas que describen el maltrato infantil, pueden tornarse en violencia intrafamiliar cuando son imputables a alguno de los miembros del grupo familiar. La Corte Constitucional, en sentencia C-674 de 2005, estableció con respecto a la violencia intrafamiliar:

“... la violencia intrafamiliar comprende todo tipo de violencia y en particular las modalidades de violencia física, psicológica y sexual, que están presentes en distintos ordenamientos internacionales, aunque, dentro de la diversidad de aproximaciones que es posible encontrar sobre la materia también se han aislado otras modalidades de maltrato que podrían ser objeto de una aproximación específica, como el maltrato económico o el maltrato social”.

Aunado a lo anterior, en la sentencia C-059 de 2005, se mencionaron como conductas constitutivas de violencia intrafamiliar:

“... “[p]or violencia intrafamiliar puede entenderse todo daño o maltrato físico, psíquico o sexual, trato cruel, intimidatorio o degradante, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión, producida entre miembros de una familia, llámese cónyuge o compañero permanente, padre o madre, aunque no convivan bajo el mismo techo, ascendientes o descendientes de éstos incluyendo hijos adoptivos, y en general todas las personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.”

En el ámbito de protección legal a las mujeres contra cualquier forma de violencia, la Ley 1257 de 2008 estableció que existen diversas formas de maltrato: físico, sexual, psicológico o patrimonial, de las cuales solo dos están incluidas en la descripción

¹⁹⁹ Modificado por el Artículo 16 de la ley 1257 de 2008 y el artículo 1 de la ley 575 de 2000.

²⁰⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Providencia de 30 de octubre de 2013. Exp. N° 11001-03-06-000-2013-00441-00. M.P. Dr. Augusto Hernández Becerra. En similar sentido, puede verse también la providencia de 5 de junio de 2014, Exp. N° 11001-03-06-000-2014-00070-00. M.P. Álvaro Namén Vargas.

típica del delito de violencia intrafamiliar: la física y la psicológica. Pero los artículos 2 y 3, de la citada ley definieron los actos que deben entenderse como formas de violencia física y psicológica contra las mujeres, los cuales vienen a ilustrar el concepto de violencia entre los miembros del mismo núcleo familiar. Señaló el artículo 2:

“Definición de violencia contra la mujer. Por violencia contra la mujer se entiende cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado.

Para efectos de la presente ley, y de conformidad con lo estipulado en los Planes de Acción de las Conferencias de Viena, Cairo y Beijing, por violencia económica, se entiende cualquier acción u omisión orientada al abuso económico, el control abusivo de las finanzas, recompensas o castigos monetarios a las mujeres por razón de su condición social, económica o política. Esta forma de violencia puede consolidarse en las relaciones de pareja, familiares, en las laborales o en las económicas.”

Y el artículo 3 de la Ley 1257 de 2008 estableció:

“Concepto de daño contra la mujer. Para interpretar esta ley, se establecen las siguientes definiciones de daño:

a. Daño psicológico: Consecuencia proveniente de la acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal.

b. Daño o sufrimiento físico: Riesgo o disminución de la integridad corporal de una persona.”

La legislación interna hasta aquí citada debe ser complementada con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño²⁰¹, que en su artículo 19 preceptuó:

“Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

201 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989 y aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 12 de 1991.

2. *Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.*" (Subrayamos).

Sobre la interpretación de esta norma, el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, en la Observación General No. 13 de 2011, manifestó lo siguiente sobre el derecho de los niños a ser protegidos contra toda forma de violencia:

"A los efectos de la presente observación general, se entiende por violencia "toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual" según se define en el artículo 19, párrafo 1, de la Convención. El término violencia utilizado en esta observación abarca todas las formas de daño a los niños enumeradas en el artículo 19, párrafo 1, de conformidad con la terminología del estudio de la "violencia" contra los niños realizado en 2006 por las Naciones Unidas, aunque los otros términos utilizados para describir tipos de daño (lesiones, abuso, descuido o trato negligente, malos tratos y explotación) son igualmente válidos. En el lenguaje corriente se suele entender por violencia únicamente el daño físico y/o el daño intencional. Sin embargo, el Comité desea dejar sentado inequívocamente que la elección del término "violencia" en la presente observación general no debe verse en modo alguno como un intento de minimizar los efectos de las formas no físicas y/o no intencionales de daño (como el descuido y los malos tratos psicológicos, entre otras), ni la necesidad de hacerles frente."

Ahora bien, como criterio legal de diferenciación de las competencias entre defensores y comisarios de familia, la definición de los conflictos fundados en situaciones que pueden o no configurar violencia intrafamiliar, llevó a la Sala a profundizar sobre el tema.

Así, por ejemplo, en decisiones del 12 de septiembre y el 30 de octubre de 2013, radicadas con los números 2013-00417 y 2013-00441, respectivamente, la Sala consideró que, a la luz de las normas citadas, no puede entenderse que la violencia intrafamiliar se limite solamente al maltrato o la agresión física, sino que incluye también la violencia psicológica, emocional o moral, como la manipulación, el abandono emocional, la indebida instrumentalización de los hijos en los conflictos de pareja, la permanente hostilidad entre los padres y otros miembros de la familia e, incluso, el descuido o negligencia de los padres o cuidadores de los menores de edad. En la segunda de las decisiones citadas, la Sala dijo textualmente:

"Ya ha quedado en el pasado la idea de que solamente es violencia la agresión o el maltrato físico, la cual, incluso, solía justificarse como una forma válida de castigo ante el mal comportamiento de los menores de edad. Actualmente la Constitución Política, la ley, la jurisprudencia, la doctrina y el derecho internacional reconocen

abiertamente que existen otras formas de violencia intrafamiliar, como el maltrato verbal, psicológico, moral o emocional, el cual, aun cuando no sea tan evidente, resulta frecuentemente igual o más destructivo que el ataque físico, por los efectos que produce en la convivencia y la armonía de la familia y, sobre todo, en el equilibrio psicológico y en el desarrollo de la personalidad de los menores de edad. Incluso, la negligencia grave y reiterada de los padres es considerada legalmente como una forma de violencia intrafamiliar.

*“En efecto, el artículo 44 de la Constitución Política dispone que los niños “serán protegidos contra **toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos**”. (Negrillas fuera del texto).*

*“En desarrollo de lo anterior, el artículo 18, segundo inciso del Código de la Infancia y la Adolescencia (ley 1098 de 2006) establece que, “para los efectos de este código se entiende por maltrato infantil toda forma de **perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona***

“Así mismo, tal como arriba se mencionó, el artículo 4 de la ley 294 de 1996, modificado por las leyes 575 de 2000 y 1257 de 2008, incluye dentro del concepto de violencia intrafamiliar, todo “...daño físico, psíquico, o daño a su integridad sexual, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión”, que sufra una persona (menor de edad o no) por parte de otro miembro de su familia.

*“Y en el derecho internacional, el artículo 19-1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ordena que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño **contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos** o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.*

“En este orden de ideas resulta claro que la vulneración de los derechos del adolescente... se ha dado y se presenta en un claro contexto de violencia intrafamiliar, que incluye... los siguientes hechos y omisiones: (i) malos tratos físicos y verbales entre los padres del joven, especialmente antes de su separación; (ii) la relación inadecuada de los padres, después de separados, al involucrar al menor en sus diferencias y utilizarlo para desdibujar la imagen que el mismo tenga de su padre y su madre; (iii) la falta de acuerdo y definición de aspectos que resultan esenciales para la estabilidad y el bienestar del joven, como su custodia, su lugar de habitación y las obligaciones alimentarias de sus padres; (iv) la falta de acompañamiento en su proceso formativo, que ha derivado en deserción escolar, y (v) el consumo frecuente de alcohol por parte de la madre y su novio, en presencia del menor de edad”. (Negrillas fuera del texto).

En línea con lo anterior, en decisión del 5 de junio de 2014, con radicado 2014-00070-00, la Sala frente a la violencia intrafamiliar, estableció que:

*“La definición de violencia intrafamiliar establecida en el artículo 4° de la Ley 294 de 1996, modificada por el artículo 1° de la Ley 575 de 2000 y por el artículo 16202 de la Ley 1257 de 2008, en consonancia con el inciso 2° del artículo 18 de la Ley 1098 de 2006, permite afirmar que no solo las agresiones o ataques físicos, psicológicos o la violencia sexual deben ser considerados como casos de violencia intrafamiliar; **sino que por el contrario un trato descuidado o negligente con carácter repetitivo tiene la capacidad de constituir violencia de este tipo.**”*

Múltiples situaciones han sido calificadas como maltrato por negligencia en el caso objeto de análisis. Resulta evidente que las condiciones de aseo descritas en el expediente del niño CDUM quizás puedan estar marcadas por la situación socio-económica que vive el entorno del infante. Pero lo que sí resulta reprochable y está documentado en el informe de la fundación y en las recomendaciones hechas por la psicóloga de la Defensoría de Familia del I.C.B.F Regional Antioquia -Centro Zonal Integral Suroriental- es la negligencia con la que la madre del niño encaró el tratamiento médico que el infante ha requerido por una persistente infección auditiva, así como la actitud despreocupada asumida frente a una caída sufrida por CDUM de la que ningún reporte hizo a la fundación. En este contexto, resulta evidente un caso de omisión o negligencia repetitiva que atenta contra el derecho a la salud del niño y constituye claramente un caso de violencia intrafamiliar.

Finalmente, vale la pena señalar que en el informe enviado por la Fundación Ximena Rico Llano a la Comisaría de Familia Comuna Nueve -Buenos Aires- de Medellín el 9 de octubre de 2013 (folios 57 y 58) se hace referencia a la inasistencia reiterada al niño CDUM sin que exista justificación alguna. Es importante resaltar que en el mencionado informe se encuentra la declaración de la abuela del infante en el que indicó el 8 de octubre de 2013 que la madre se quedó dormida y no quiso llevar al niño sabiendo que en la casa no había nada que ofrecerle. Es pues, una muestra más de una actitud negligente que a todas luces configura un caso de violencia intrafamiliar, teniendo en cuenta que el programa ofrecido por la fundación busca colaborar y suplir las necesidades básicas requeridas.” (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Posteriormente, en decisión del 26 de febrero de 2015, con radicado 2015-00018-00, la Sala de Consulta y Servicio Civil sostuvo que *“para esta Sala resulta indudable que existen ciertas situaciones de maltrato por omisión, esto es, de maltrato originado en el constante descuido o negligencia por parte de los padres. Piénsese por ejemplo en el caso de un menor lesionado que no recibe atención médica o en el caso de un menor al que sus padres omiten ofrecer alimentación, vestido y aseo”.*

202 “Artículo 16. El artículo 4° de la Ley 294 de 1996, modificado por el artículo 1° de la Ley 575 de 2000 quedará así:

“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.

Para finalizar, en la misma decisión la Sala, con respecto a la violencia intrafamiliar, reiteró que esta puede darse de múltiples formas, incluyendo el descuido, la negligencia o la omisión en los deberes básicos de protección y cuidado, sobre todo cuando se presenta de manera grave y repetitiva o reiterada:

*“En el caso concreto, se decretaron medidas provisionales de protección a favor del adolescente L.A.Z.A., quien consume sustancias psicoactivas desde los 7 años de edad. Para esta Sala resulta indudable que el hecho mismo de que un menor haya tenido acceso y consuma sustancias psicoactivas desde los 7 años de edad constituye una situación **de maltrato infantil originado en un descuido grave y un trato negligente por parte de sus padres. La negligencia y descuido bien pueden considerarse como una forma de maltrato y en ese sentido puede calificarse como una situación de violencia intrafamiliar** de acuerdo con lo establecido en el artículo 4° de la Ley 294 de 1996, modificado por el artículo 1° de la Ley 575 de 2000 y por el artículo 16 de la Ley 1257 de 2008”.* (Subrayas y negrillas fuera de texto).

(ii) Segundo elemento: la noción de “familia”, “miembros de la familia” y “personas integradas permanentemente a la unidad doméstica”

De manera particular, el artículo 42 de la Constitución se refirió a la familia como “el núcleo fundamental de la sociedad” y agregó que esta “se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla (...)” El artículo 2° de la Ley 294 de 1996 desarrolló el concepto de familia, que aparece consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política, para efectos de la prevención, corrección y represión de la violencia doméstica, y enumeró sus integrantes, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 2°. La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

“Para los efectos de la presente Ley, integran la familia:

- a) Los **cónyuges o compañeros permanentes**;
- b) El **padre y la madre** de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;
- c) Los **ascendientes o descendientes** de los anteriores y los hijos adoptivos;
- d) **Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.**” (Resalta la Sala).

Esta Sala destacó que la ley de violencia intrafamiliar tiene como objeto proteger y conservar la familia, para lo cual señaló que la autoridad competente para lograr este objetivo, es decir, las comisarías de familia, solo tendrían competencia para aplicar las medidas de prevención o de mitigación a la violencia intrafamiliar cuando

existan actos de violencia que vayan en detrimento de la unidad y armonía del núcleo familiar descrito en el artículo 2 de la Ley 294 de 1994²⁰³. En relación con la enumeración de los miembros de la familia que trae el artículo 2 de la Ley 294 de 1994 y particularmente sobre el literal d) que incluye a **“todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica”**, esta Sala concluyó que la permanencia de que habla la norma hizo referencia a *“la convivencia de la víctima y del victimario bajo un mismo techo y las relaciones de afecto existentes en razón de la coexistencia”*²⁰⁴. Esta noción fue reiterada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia²⁰⁵:

“Podría sostenerse que dentro del concepto de “unidad doméstica” previsto en la Ley 1257 es posible incluir al cuñado (...)//. Pese a que la Ley en referencia no definió puntualmente lo que debe entenderse por unidad doméstica ni detalló sus integrantes²⁰⁶, de su texto puede inferirse que para que ella se configure es irrelevante el parentesco, luego bien podrían hacer parte de ella cuñados, tíos, sobrinos, etc. No obstante, para que esa circunstancia de agravación se estructure es necesario que dentro del proceso se demuestre, por lo menos, la convivencia de la víctima y del victimario bajo un mismo techo y las relaciones de afecto existentes en razón de la coexistencia²⁰⁷.”

Asimismo, ha advertido la Sala de Consulta que la noción de permanencia se deriva de la posibilidad de tener acceso libre al sitio de habitación del núcleo familiar, que se obtiene por el alto grado de confianza²⁰⁸, o por relaciones sentimentales o de afecto, que otorgan tácitamente a otras personas la libertad de ingreso al hogar²⁰⁹. La Sala también ha explicado en relación con la circunstancia de que la persona afectada en sus derechos comparta el mismo lugar de habitación con el agresor (artículo 2º de la Ley 294 de 1996), que *“cuando la norma citada utiliza la expresión “unidad doméstica” no se refiere propiamente a la residencia, vivienda o lugar de habitación de la familia, sino a la familia misma, es decir, al grupo de personas unidas por lazos de parentesco, por matrimonio o por la decisión libre y responsable de conformarla”*, pues de lo contrario, la protección no podría extenderse a aquellas familias que por determinadas situaciones económicas, sociales o de otra índole, carezcan de vivienda o sitio permanente de habitación²¹⁰, o estén repartidos en diferentes lugares.

203 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado 2012-0038.

204 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conflicto de Competencias Administrativas Radicado: 2009-0069.

205 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 34510 del 4 de agosto de 2010.

206 Cita interna de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 34510 del 4 de agosto de 2010. “Tampoco lo hizo la Ley 294 de 1996”.

207 Cita interna de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 34510 del 4 de agosto de 2010. *“En criterio de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la convivencia bajo el mismo techo y de manera permanente es un elemento configurativo de la unidad doméstica a que se refiere el artículo 2 de la Ley 294 de 1996, y en ese orden la “cuidadora” de una menor hace parte de la unidad doméstica (Auto del 3 de diciembre de 2009. Radicación 11001-03-06-000-2009-00069-00 (C). Conflicto negativo de competencias entre la Comisaría Octava de Familia y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -Defensoría de Familia del Centro Integral para la familia de la comuna 8, adscrita al Centro Zonal Suroriental del municipio de Medellín”.*

208 La Corte constitucional en la sentencia C-029 de 2009, al definir la violencia intrafamiliar hizo énfasis en el elemento de la confianza e indicó *“es la violencia que de manera especial puede producirse entre quienes, de manera permanente, comparten el lugar de residencia o entre quienes se encuentran más expuestos a manifestaciones de violencia en razón de la relación de confianza que mantienen con otra persona, relación que, tratándose de parejas, surge del hecho de compartir un proyecto de vida en común”.*

209 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conflicto de Competencias Administrativas Radicado: 2013-0139.

210 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conflicto de Competencias Administrativas Radicado: 2012-0107.

Precisó también que *“si bien la Sala de Consulta y Servicio Civil ha manifestado, en ocasiones anteriores, que uno de los hechos indicativos de que la vulneración a los derechos fundamentales de los menores de edad se da en un contexto de violencia intrafamiliar, es cuando tal situación se presenta dentro de la vivienda o lugar de habitación de la familia, es necesario precisar que dicha circunstancia constituye, simplemente, un indicio o elemento de juicio que, junto con otros, permite inferir que los hechos han ocurrido en un contexto de violencia intrafamiliar”*²¹¹.

Y ha sostenido que, por el contrario, de *“ninguna manera puede llegarse a dicha conclusión por el simple hecho de que la violación a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes ocurra dentro del sitio de habitación, pues resulta evidente que los actos de violencia intrafamiliar pueden ser cometidos – y de hecho lo son - por fuera de los límites de la vivienda, y también que todos, algunos o alguno de los miembros de una familia pueden ser maltratados, violentados o amenazados por personas ajenas a la familia, dentro de los muros de su propia casa”*²¹².

(iii) Relación de causalidad entre el daño y el hecho de violencia

La Sala consideró que, para que la competencia se traslade a los comisarios de familia, no basta con probar y mucho menos con afirmar que un niño, niña o adolescente sufrió alguna clase de maltrato, vulneración o amenaza en sus derechos, y que previa o simultáneamente se haya presentado en su familia un acto o una situación continuada de violencia intrafamiliar, pues resulta necesario argumentar y demostrar que dicho acto o situación ocasionó el maltrato, la vulneración o la amenaza de la cual es víctima el menor de edad.

Esta carga argumentativa y procesal está en cabeza de los defensores de familia cuando, habiendo conocido del maltrato, la vulneración o la amenaza a los derechos de un niño, niña o adolescente, ya sea de oficio, por denuncia o en virtud del traslado efectuado por otra autoridad administrativo o judicial, pretendan desprenderse de su competencia general en esta materia y remitir el asunto a los comisarios de familia. A la conclusión anterior se llega por tres (3) razones fundamentales:

- i. Tal como se indicó previamente, la competencia general y residual para la protección, defensa y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, está radicada legalmente en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por conducto de las defensorías de familia. Por lo tanto, para desprenderse de dicha competencia ante la presunta existencia de una situación de maltrato, vulneración o amenaza a los derechos de un menor de edad, y trasladar el conocimiento del asunto a los comisarios de familia, cuya competencia en esta materia es, como se ha visto, excepcional, los defensores de familia deben cumplir con una carga argumental y probatoria mínima.

²¹¹ *Ibidem.*

²¹² *Ibidem.*

- ii. Aunque la Sala no desconoce la realidad fáctica y psicológica de que toda situación de violencia intrafamiliar afecta en forma negativa y en algún grado a los menores de edad que forman parte de la respectiva familia o unidad doméstica, también es cierto que el maltrato, la vulneración o la amenaza de los derechos que un niño, niña o adolescente sufra en un contexto de violencia intrafamiliar depende de la modalidad, intensidad, actualidad y frecuencia con la que se presenta dicha violencia, así como de otras circunstancias de hecho que resultan relevantes, como la edad del menor de edad, el apoyo o la protección que reciba de otros miembros de la familia, o la circunstancia de convivir o no con las personas entre las cuales se registran directamente las conductas violentas.

Así, por ejemplo, parece evidente que los actos de violencia física, psíquica, emocional o de cualquier otra clase, que recaen directamente sobre los niños, niñas o adolescentes, vulneran en forma directa e inmediata sus derechos fundamentales, mientras que las conductas violentas que se presentan entre otros miembros de su grupo familiar, pueden vulnerar o amenazar sus derechos, o constituir incluso formas de maltrato infantil, dependiendo de la modalidad, intensidad y cercanía con la que tales hechos se presenten en relación con el menor, así como en atención a la edad, las características físicas y psicológicas y el grado de madurez del niño, niña o adolescente, entre otros factores.

- iii. La Sala evidenció que en algunos casos se presentan situaciones de maltrato infantil o de vulneración o amenaza a los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se dan por fuera de un contexto de violencia intrafamiliar e, incluso, en circunstancias que resultan, en principio, completamente ajenas al ámbito familiar, como aquellas que ocurren en los colegios, en los parques o lugares abiertos al público, en la calle, en los hospitales, en los hogares de paso y en otras instituciones de protección, ocasionadas por personas (mayores o menores de edad) que no tienen vínculo de parentesco alguno con el niño, niña o adolescente que se busca proteger, ni forman parte de su familia o unidad doméstica. Lo anterior no pretende desconocer el deber permanente de protección, atención y cuidado que en relación con los menores de edad tienen sus padres y cuidadores.

Por lo tanto, como el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos (PARD) busca, en cada caso concreto, la protección y el restablecimiento de unos derechos específicos, que en cada evento se consideran vulnerados o amenazados en relación con un menor de edad, con el fin restablecer y garantizar la vigencia y eficacia integral de todos sus derechos, es necesario demostrar, lógica y probatoriamente, que esos derechos en particular han sido vulnerados o amenazados por una situación de violencia que afecte el núcleo familiar del niño, niña o adolescente.

No obstante, aclara la Sala que lo anterior no significa, tampoco, que para trasladar el asunto de que se trate a los comisarios de familia, cuando esto sea pertinente, los defensores deban contar con pruebas completas, irrefutables y plenamente

coincidentes entre sí sobre la situación de violencia intrafamiliar y el nexo causal entre esta y el maltrato infantil, la vulneración o la amenaza de los derechos del niño, niña o adolescente, ni agotar todo el procedimiento de restablecimiento de derechos (pues en dicho caso la remisión ya sería inútil), pero sí deben argumentar de una manera razonable, convincente y sustentada en informes técnicos, testimonios y otras pruebas practicadas dentro del proceso, en qué consiste la situación de violencia intrafamiliar y en qué medida esta constituye o genera en el caso concreto un maltrato infantil, una vulneración o una amenaza a los derechos del menor de edad que debe ser protegido.

En síntesis:

- a. La violencia intrafamiliar es un criterio diferenciador de competencias en el procedimiento de restablecimiento de derechos de menores de edad, cuando en un mismo municipio concurren comisarios y defensores de familia.
- b. La competencia de los comisarios de familia en asuntos relacionados con el restablecimiento de derechos de menores de edad se restringe a la circunstancia de que estos sean conculcados: (i) por situaciones de violencia en cualquiera de sus modalidades (ii) que tal situación se presente entre miembros de una misma familia o unidad doméstica y dentro de esta, y (iii) que el maltrato, la vulneración o la amenaza a los derechos sea consecuencia directa de la situación de violencia intrafamiliar. En los demás casos, conserva la competencia genérica el defensor de familia.
- c. La violencia intrafamiliar engloba toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y, en general, toda forma de violencia o agresión (activa o pasiva) sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de los miembros de su unidad familiar, o entre tales integrantes del grupo familiar, pero que son susceptibles de afectar al menor de edad.
- d. El contexto familiar está circunscrito a la noción de unidad doméstica que no se refiere exclusivamente a la residencia, vivienda o lugar de habitación, sino a la familia misma. Por lo tanto, la situación de violencia debe presentarse entre miembros de una familia, llámese cónyuge o compañero permanente, convivan o no bajo el mismo techo, padre o madre, ascendientes o descendientes de estos, incluyendo hijos adoptivos, y en general, todas las personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.
- e. La violencia intrafamiliar puede ocurrir fuera de los límites de la vivienda, siempre y cuando la afectación a los derechos sea perpetrada por miembros de la unidad doméstica o familiar.
- f. No hay violencia intrafamiliar cuando algún miembro o todos los miembros de la familia son amenazados o vulnerados en sus derechos, por una persona ajena

a la familia o sin vínculos de permanencia al núcleo familiar, aunque tal hecho ocurra dentro de los muros de su propia casa.

g. Cuando el asunto ha sido puesto en conocimiento de un defensor de familia o está siendo conocido por este, y el defensor pretende desprenderse de su competencia general, para trasladarlo a una comisaría de familia, por considerar que el maltrato infantil, la vulneración o la amenaza de derechos se presenta en un contexto de violencia intrafamiliar, tiene la carga de demostrar, argumentativa y probatoriamente, que dicho maltrato, vulneración o amenaza se da como consecuencia o efecto de una situación de violencia (en cualquiera de sus modalidades) que ocurre en la familia o unidad doméstica a la cual pertenece el menor de edad.

h. Con base en lo anterior pueden clasificarse los siguientes escenarios:

a. El maltrato infantil que demanda la acción del Estado ocurre por fuera de la familia y sin vinculación *prima facie* con situaciones de violencia intrafamiliar.

En este escenario es incontestable la competencia de la Defensoría.

b. El maltrato infantil ocurre dentro de la familia pero no es el producto directo e inmediato de la violencia intrafamiliar, por manera que la mera intervención en esta no posee la virtualidad que le permita constituirse en el medio idóneo para lograr una efectiva protección de los derechos conculcados al niño, niña o adolescente.

Este escenario también convoca la competencia de la Defensoría. Y al igual que en el escenario a. (*ut supra*), es independiente del hecho de que puedan encontrarse manifestaciones de violencia intrafamiliar, en cuya presencia se activan las competencias del Comisario para lo de su cargo, pero no se somete a ellas el restablecimiento pleno de los derechos del niño, niña o adolescente.

c. El maltrato infantil ocurre dentro de la familia, no reviste complejidades de especial gravedad, y es el producto directo e inmediato de la violencia intrafamiliar. En este tipo de casos debe entenderse que la intervención del Comisario, en ese dominio principal de su competencia que es la violencia intrafamiliar, puede ser un medio idóneo para lograr la efectiva protección de los derechos conculcados al niño, niña o adolescente. En consecuencia deberá abordar tal intervención, en desarrollo de la cual habrá de dar prioridad a quienes gozan de especial protección constitucional.

d. El maltrato infantil ocurre dentro de la familia y es producto, entre otras causas, de la violencia intrafamiliar, pero la etiología que lo produce es de mayor entidad y complejidad y trae por ende aparejado un nivel de maltrato de cierta mayor gravedad.

En este escenario, de nuevo, la mera intervención en la situación de violencia intrafamiliar no posee la virtualidad que le permita constituirse en el medio idóneo para lograr una efectiva protección de los derechos conculcados al niño, niña o adolescente, razón por la cual tal propósito demanda la entrada en acción de la Defensoría y predica su competencia. Dados los hechos constitutivos de violencia intrafamiliar, se activan de manera concurrente las competencias del Comisario para lo de su cargo, pero, evidentemente, no se somete a ellas el restablecimiento pleno de los derechos del niño, niña o adolescente.

Los escenarios en los que se activan o podrían activarse competencias concurrentes de Defensorías y Comisarias, tienen tal característica concurrente en lo que hace a la defensa de los derechos del niño, niña o adolescente. Es entendido que si en uno de tales escenarios existen múltiples víctimas y entre ellos alguna persona adulta, la competencia de autoridades diferentes del ICBF no concurre con las de esta institución sino en lo que respecta a niñez y adolescencia. La Comisaría habría de darles prioridad a estos últimos y coordinar acciones con la Defensoría.

CASO CONCRETO

Como se señaló antes, el artículo 79 del Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, establece que las Defensorías de Familia están “*encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes*”. Por su parte el artículo 83 de la misma ley dispone que las Comisarias de Familia tienen como misión “*prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar*”, lo cual es concordante con las funciones que les asigna el artículo 86 del mismo Código.

Esta última expresión es la que genera el problema jurídico a considerar dentro del presente conflicto: si la posible amenaza o violación de los derechos de la adolescente A.R.R.M. se originó en un contexto de violencia intrafamiliar, caso en el cual la competencia quedaría radicada en la Comisaría de Familia. Las evidencias que ofrece el expediente, indican que el proceso de restablecimiento de los derechos de la adolescente tuvo origen en la denuncia que su cuidadora presentó ante la Fiscalía General de la Nación por la evasión de la joven de su hogar (Cfr. folio. 1). De los informes del equipo interdisciplinario del Centro Zonal la Floresta Regional Santander sobre las circunstancias que rodean la situación de la adolescente, se extrae lo siguiente:

En el concepto psicológico de entrevista de verificación de estado de cumplimiento de derechos a la menor de edad se señaló: “*es una niña que se encuentra afectada por la muerte violenta del padre y el abandono de su madre, hechos que repercuten en su comportamiento adolescente, viéndose reflejados en actos de rebeldía, imposición de su voluntad, transgresión a las reglas establecidas, manipulación emocional ante su cuidadora A.P.R.C, hecho que le facilita sus comportamientos inadecuados y la incorporación a grupos pares de jóvenes también con comportamientos conflictivos. (...)// Considero esencial empoderar a la niña en su*

auto concepto, el manejo adecuado de las normas y el respeto por la autoridad más próxima, es decir, su tía. También se sugiere acompañamiento psicológico para la niña A.R.R.M. y su tía A.P.R.C.” (Cfr. f.8)

En la valoración nutricional que se le practicó se indicó: *“se encuentra en condiciones adecuadas de salud según valoración física, presenta afiliación al SGSSS con Salud Vida (...)” (Cfr. f.10)*

En el concepto de trabajo social se expuso: *“A.R.R.M, es una adolescente de 14 años de edad, que ante el fallecimiento de su progenitor(...) y el abandono de su progenitora, se ha criado bajo el cuidado y orientación de una tía y su familia extensa paterna, que en los últimos dos años ha presentado problemas de comportamiento, asociado a irrespeto de normas y abandono del proceso educativo, llegadas recurrentes a altas horas de la noche de la adolescente, situación que ha conllevado que el referente familiar que la tiene bajo su cuidado, acuda a castigos físicos para imponer su autoridad(...). Pero se encuentra que existen vínculos de afecto, que A.R.R.M, es tratada como una hija, se le han brindado oportunidades, que todo el grupo familiar con quien convive han sido respetuosos, colaboradores, el hecho de brindarle orientaciones y exigirle compromisos ha generado dificultades en el actuar de la adolescente, que es manipulada por su grupo de pares que han incidido para que abandone su hogar” (Cfr. f.19).*

En la diligencia de exposición rendida por la adolescente ante el Defensor de Familia, cuando se le preguntó el motivo por el cual se fue de la casa, la joven señaló: *“me daba rabia que mi tía A.P.R.C me pegaba porque yo no hacía caso y porque yo era desobediente y no hacía lo que ella me decía. Mi tía me llevó a la Comisaría del primero de Mayo, allá hablaron con un señor se demoraron mucho, salieron y me dijeron que si tenía hambre, comimos algo en la panadería y luego llegó la Policía y mi tía me dijo que me iba a una casa hogar y me puse a llorar y ella me dijo que allá estaría bien, yo la abracé y ella también se puso a llorar, y yo le dije que cuando saliera yo le iba a pedir perdón a todos los de la casa...”*

Las declaraciones de la adolescente A.R.R.M, la denuncia de su tía A.P.R.C y los distintos informes que adelantaron las autoridades del Centro Zonal la Floresta, permiten concluir que se presentó una situación de un *“acto de violencia”* ejercido por la tía de la joven como un método de corrección sobre su sobrina menor de edad, lo cual generó una reacción de huida de la adolescente. También es claro del relato de los hechos, que esta situación fue esporádica y no constituye el comportamiento habitual de la cuidadora.

De igual forma, se desprende de los testimonios y de los informes transcritos que la situación de vulnerabilidad de la adolescente tiene origen en la afectación que la menor de edad ha tenido por la muerte violenta de su padre y el abandono de su progenitora, circunstancias que sumadas a la etapa de desarrollo por la que atraviesa han hecho que modifique su conducta tornándose rebelde, desobediente e influenciado por jóvenes de su misma edad que la incitan a incumplir sus deberes escolares y a alejarse de su núcleo familiar.

De lo antes expuesto, entiende la Sala que aun cuando no puede desconocerse la gravedad que revisten las agresiones de cualquier tipo en el ámbito doméstico, incluso tratándose de actos que busquen reprimir los malos comportamientos de los menores de edad, pues estos episodios de castigo físico, sin duda, pueden desencadenar conflictos en el entorno familiar; debe precisarse que en este evento ese no fue el origen de la vulneración de los derechos de la adolescente.

Por ende, la Sala reitera que las autoridades administrativas vinculadas al procedimiento administrativo de restablecimiento de los derechos de los menores de edad, al adoptar una decisión en relación con sus competencias no deben perder de vista que, en primer lugar, la finalidad del procedimiento de restablecimiento de los derechos, no es otra que garantizar y efectivizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes conforme a los principios de interés superior y de prevalencia de sus derechos. Y en segundo término, que un componente importante en la asignación de competencias entre Comisarias y Defensorías de Familia, consiste en determinar si los derechos que deben protegerse, restablecerse y repararse son efectivamente *“conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar”*.

Así las cosas, en este asunto lo primero que deberá identificarse son los derechos que deben restablecerse. En este caso el Defensor de Familia concluyó al disponer como medida provisional de protección a favor de la joven, que esta se reintegrara a su lugar de origen, pues *“no existe factor de riesgo y los castigos físicos recibidos por la adolescente fueron fruto de la facultad de corrección que ejerce su cuidadora y no de una postura constante y alevosa, amonestando a la misma sobre su deber de vigilar y garantizar plenamente los derechos de su sobrina (...)”*. (Cfr. f. 19).

En los informes de verificación de estado de cumplimiento de derechos de la adolescente se indicó que son: *“factores de vulnerabilidad”* la *“no interiorización de las normas, rebeldía y facilismo”*, con lo cual es evidente que aun cuando se evidenció un episodio de violencia perpetrado por la tía para amonestar el comportamiento de la adolescente, no es este el factor determinante en la potencial vulneración de los derechos de la joven, como si lo fue el hecho de que la joven estuviera desescolarizada y por fuera de su núcleo familiar. En otras palabras, al quedar desvirtuado el origen de la vulneración o conculcación de los derechos de la adolescente por *“situaciones de violencia intrafamiliar”*, debe descartarse también la competencia de la Comisaría de Familia en este asunto.

Por consiguiente, las acciones que tengan que adelantarse para continuar en el proceso de restablecimiento de la adolescente A.R.R.M. son de competencia del Defensor de Familia de la Regional Santander Centro Zonal La Floresta, quien a pesar de que dispuso como medida provisional la entrega de la joven a su cuidadora y la comprometió a *“brindar a la adolescente todos los cuidados necesarios, a realizar los respectivos controles médicos y vinculación académica que requiera”*, y dejó constancia de que *“no se evidencia ningún trastorno o vulneración de derechos fundamentales”* de la menor de edad (cfr. folio 15), deberá atender las recomendaciones del área de psicología y de trabajo social de su centro zonal en el sentido de trabajar con la joven en temas como, el uso adecuado del tiempo libre, la

interiorización de normas, la autoestima, el proyecto de vida; y con la tía de la joven en asuntos como la comunicación asertiva y la forma de evitar castigos físicos como formas de corrección (Cfr. folio. 19).

Por tanto, la Sala declarará que la competencia para continuar conociendo del mencionado proceso de restablecimiento de derechos corresponde a la Defensoría de Familia del Centro Zonal La Floresta Regional Santander. Además, recuerda la Sala que conforme al artículo 96 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en concordancia con el artículo 11 del Decreto 4840 de 2007²¹³, el seguimiento de las medidas de protección o de restablecimiento adoptadas por los Defensores de Familia está a cargo del respectivo coordinador del centro zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

En virtud de lo expuesto, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través del Coordinador del Centro Zonal de la Regional Santander, debe efectuar el seguimiento de dichas medidas y brindar su colaboración y apoyo a la Defensoría de Familia del Centro Zonal La Floresta Regional Santander, para que lleve a buen término el restablecimiento de los derechos de la adolescente A.R.R.M.

5. TÉRMINOS LEGALES

Cabe precisar finalmente que el procedimiento especialmente regulado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, para que la Sala de Consulta y Servicio Civil decida los conflictos de competencias que pudieren ocurrir entre autoridades administrativas, obedece a la necesidad de definir en toda actuación administrativa la cuestión preliminar de la competencia. Puesto que la Constitución prohíbe a las autoridades actuar sin competencia, so pena de incurrir en responsabilidad por extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6°), y el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 prevé que la expedición de actos administrativos sin competencia dará lugar a su nulidad, mientras no se determine cuál es la autoridad obligada a conocer y resolver, no corren los términos previstos en las leyes para que decidan los correspondientes asuntos administrativos.

Debido a estas razones de orden constitucional y legal, mientras la Sala de Consulta y Servicio Civil dirime la cuestión de la competencia no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones. De ahí que, conforme al artículo 39, *“mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”*²¹⁴.

213 Compilado en el Decreto 1069 de 2015. *“Por medio del cual se expide el Decreto Único reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”*. Artículo 2.2.4.9.2.5. Seguimiento de las medidas de protección o de restablecimiento.

214 La Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituyó el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 por el siguiente texto: *“Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: //1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes. // 2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.//* Parágrafo. *Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta*

El artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, sustituyó el artículo 21 de la Ley 1437 de 2011 en relación con el funcionario sin competencia, y dispuso que “[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remisorio al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente.” Por esta misma razón, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que “[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que la presente decisión sea comunicada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar competente a la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal La Floresta de Barrancabermeja, Regional Santander para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la adolescente A.R.R.M.

SEGUNDO: Remitir el expediente de la referencia a la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal La Floresta de Barrancabermeja, Regional Santander para que continúe la actuación administrativa de manera inmediata.

TERCERO: Remitir copia del expediente al Coordinador del Centro Zonal Regional Santander, para que haga el seguimiento de las medidas de protección o de restablecimiento que adopte la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal La Floresta de Barrancabermeja, Regional Santander.

CUARTO: Comunicar la presente decisión a la Comisaría de Familia del Municipio de Barrancabermeja, al Coordinador del Centro Zonal Regional Santander y a la señora A.P.R.C. tía de la adolescente.

QUINTO: Los términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que se comunique la presente decisión.

La anterior decisión se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Comuníquese y cúmplase

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Germán Alberto Bula Escobar, Presidente de la Sala. Álvaro Namén Vargas, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

15. Comisaría de Familia del Municipio de Curillo (Caquetá) y la Defensoría de Familia del Centro Zonal Belén de los Andaquíes de la Regional Caquetá del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).**Radicado 2015-00087**

Fecha: 07/12/2015

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas (E)*

Define la Sala el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría de Familia del Municipio de Curillo (Caquetá) y la Defensoría de Familia del Centro Zonal Belén de los Andaquíes de la Regional Caquetá del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) con el objeto de determinar cuál es la autoridad administrativa competente para prestar asistencia personal y jurídica de la señora Rubiela Castillo Martínez, en situación de discapacidad mental.

I. Antecedentes

Con base en la documentación aportada, los antecedentes del presente conflicto de competencias se pueden sintetizar en la siguiente forma:

1. El 26 de agosto de 2014, un número significativo de habitantes del Municipio de Curillo (Caquetá) elevó una petición ante la Personería Municipal solicitando la internación en un centro psiquiátrico de tres personas con aparente discapacidad mental, entre ellas la señora Rubiela Castillo Martínez.

2. Ese mismo día, el Personero Municipal de Curillo (Caquetá) remitió la petición ciudadana a la Defensoría de Familia del Centro Zonal Belén de los Andaquíes de la Regional Caquetá del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) para que tomara las medidas administrativas necesarias para la protección de los derechos de esas personas.

3. El 9 de septiembre de 2014, la Comisaría de Familia de Curillo (Caquetá) mediante Oficio CF 250-02-02-092 dirigido a la Coordinadora del Centro Zonal Belén de los Andaquíes (Caquetá) del ICBF, en ese oficio la Comisaría no solo reiteró el contenido de la petición del 26 de agosto sino que además trajo a colación (2) dos casos más de personas con aparente discapacidad mental para un total de cinco (5) personas en esa condición. Asimismo, señaló que “ (...) *corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como Institución, tomar las medidas administrativas de restablecimiento de derechos o interponer las acciones judiciales pertinentes a favor de las personas con discapacidad mental y no, a las Comisarías de Familia, que se encuentran adscritas es (sic) a los distintos entes territoriales y no al ICBF.*”

4. El 15 de septiembre de 2014, la Defensoría de Familia del Centro Zonal Belén de los Andaquíes respondió a la Comisaría de Familia de Curillo que de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 4840 de 2007, en la Ley 1098 de 2006 y en los lineamientos

técnicos del ICBF, la protección de los derechos de estas personas con aparente discapacidad mental es de su competencia.

5. El 14 de octubre de 2014, la Comisaría de Familia de Curillo propuso ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Caquetá un conflicto negativo de competencias administrativas con el objeto de establecer la autoridad competente para prestar asistencia personal y jurídica de las personas descritas como discapacitadas mentales entre ellas la señora Rubiela Castillo Martínez.

6. El 3 de febrero de 2015, el Tribunal Contencioso Administrativo del Caquetá – Despacho Segundo de Oralidad mediante Auto Interlocutorio No. 00050/2015 evidenció que *“Dada la naturaleza de las entidades entre quienes ha surgido el conflicto de competencia administrativa, esto es, por un lado la Comisaría de Familia del municipio de Curillo (sic) Caquetá, entidad de orden municipal y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, autoridad de orden nacional; es (sic) Corporación no es la encargada de proferir la decisión de fondo en el presente asunto.”* En consecuencia ordenó remitir “el expediente a la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado.

7. El 17 de febrero de 2015, la Secretaría de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado recibió el expediente y lo radicó en el sistema de reparto correspondiéndole el número único de radicación 11001030600020150002800 y su estudio al Despacho del doctor Álvaro Namén Vargas.

8. Luego de examinar la documentación que obra en el expediente, el Despacho consideró que se configuran cinco (5) casos particulares de sujetos sobre los cuáles se solicita su protección a la Sala, y por tanto mediante auto del doce (12) de marzo de 2015, se insta a la Comisaría de Familia de Curillo (Caquetá) para que dentro de diez (10) días hábiles se sirva aclarar al Despacho el caso específico sobre el cual se solicita pronunciamiento de la Sala (folios 47 a 49).

9. El 10 de abril de 2015, la Secretaría de la Sala recibió la Comunicación C.F. 250-02-02-045 suscrita por la Comisaria de Familia de Curillo, donde realiza una descripción de los comportamientos agresivos de las cinco (5) personas mencionadas en el Oficio CF 250-02-02-092 del 9 de septiembre de 2014, entre las que se encuentra la señora Rubiela Castillo Martínez .

10. El 6 de mayo de 2015 y luego de examinar la documentación aportada, el Despacho del doctor Álvaro Namén Vargas concluye que se hace necesaria la conformación de expedientes separados para facilitar el estudio de aquellos casos en donde se configure un conflicto de competencias administrativas.

II. Actuación procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, por el término de cinco (5) días hábiles se fijó edicto en la Secretaría de la Sala, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran

sus alegatos en el trámite del conflicto. Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado por el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011.

Según el Informe Secretarial, dentro del término de fijación del edicto las partes o terceros interesados no allegaron alegatos ni consideraciones. Sin embargo, se observa que en el trámite del conflicto de competencias administrativas radicado con el número único 11001030600020150002800, intervinieron el Personero Municipal de Curillo, la Defensora de Familia del Centro Zonal Belén de los Andaquíes y la Comisaria de Familia del Municipio de Curillo, como lo hace constar el Informe Secretarial que obra en aquel expediente.

Mediante Auto del 3 de julio de 2015, el suscrito Ponente ordenó oficiar por conducto de la Secretaría a la Comisaría de Familia de Curillo (Caquetá), con el fin de que dicha entidad, con la colaboración de la Personería Municipal de Curillo, *“adelanten las gestiones correspondientes en aras de practicar dentro del término señalado, los exámenes neurológicos respectivos que permitan acreditar la presunta condición de la señora Rubiela Castillo Martínez.”* En respuesta a dicha solicitud, el 24 de julio de 2015 se recibió una comunicación electrónica (folio 73) suscrita por la doctora Zuly Andrea Quinayas Collazos, Comisaria de Familia de Curillo (Caquetá) en la cual se adjuntan las valoraciones correspondientes a los estudios psiquiátricos y neuropsiquiátricos practicados a la señora Rubiela Castillo Martínez.

Luego de revisar los estudios psiquiátricos y neuropsiquiátricos aportados por la Comisaria de Familia de Curillo, se observó que no se calificó como absoluta o relativa, la discapacidad de la señora Rubiela Castillo Martínez, por lo tanto en Auto del 31 de julio de 2015, se dispuso que por intermedio de la Secretaría de la Sala se oficiara a la Comisaría de Familia de Curillo para que en un término de (15) quince días hábiles, solicitara a los profesionales de la salud que valoraron a la señora Castillo Martínez, calificar en esos términos su discapacidad. El día 3 de septiembre de 2015, la Secretaria de la Sala hace constar que luego de requerir a la Comisaría de Familia de Curillo en dos (2) oportunidades, esa entidad no allegó la calificación solicitada por el Despacho en el auto de 31 de julio de 2015.

El 17 de septiembre de 2015, la Comisaria de Familia de Curillo remitió a la Secretaría de la Sala, una certificación de la Médica Especialista en Siquiatría, Katia Margarita Sierra Olaya, en la cual indica no poder efectuar la calificación la condición de la señora Castillo Martínez (folio 90). Asimismo, la comisaria envía un examen de escanografía cerebral simple practicado a la señora Rubiela Castillo Martínez, sin embargo en esta prueba tampoco se indica expresamente que la señora en mención sea discapacitada mental absoluta o relativa. En consecuencia, mediante Auto del 28 de septiembre de 2015, se solicitó a la Comisaria de Familia de Curillo, informar nuevamente a los profesionales de la salud que atendieron a la señora Rubiela Castillo Martínez de la necesidad perentoria de calificar su condición.

Finalmente, el día 29 de octubre de 2015, como lo hace constar el Informe Secretarial que obra en el expediente, la Secretaria de la Sala recibió un memorial

de la doctora Dina Misley Muñoz Perdomo, quien se identificó como la Comisaria de Familia del Municipio de Curillo, anotó nuevamente la imposibilidad de los médicos tratantes para efectuar la calificación de la condición de la señora Rubiela Castillo Martínez.

III. Argumentos de las partes

A. Posición de la Personería Municipal de Curillo (Caquetá)

La Personería Municipal de Curillo (Caquetá) explica que su intervención está reglamentada por el artículo 7 de la Ley 1306 de 2009 que dispone la obligación del Ministerio Público de ejercer la vigilancia y el control de las actuaciones públicas de quienes tengan a su cargo personas con discapacidad mental absoluta. Afirma que el artículo 20 de la Ley 1306 de 2009 señala que las personas con discapacidad mental absoluta podrán gozar de su plena libertad, salvo que, por su salud o por la tranquilidad y seguridad ciudadana sea necesario su internamiento.

Resalta que el artículo 18 de la citada ley indica que le corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mediante el Defensor de Familia, prestar la asistencia personal y jurídica a las personas con discapacidad mental absoluta de cualquier edad, de oficio o por denuncia que sobre ello realice cualquier persona ante la entidad. También menciona que si bien el párrafo del artículo 18 establece la adopción de los procedimientos y medidas de restablecimiento del Código de Infancia y la Adolescencia para la protección de los derechos de las personas con discapacidad mental absoluta, esta disposición no debe ser entendida como parte de la competencia subsidiaria que la ley le impone a los Comisarios de Familia e Inspectores de Policía de los municipios en donde no exista Defensor de Familia.

Así las cosas, la Personería Municipal de Curillo considera que la competencia para prestar la asistencia personal y jurídica que requieren las personas descritas como discapacitadas mentales absolutas corresponde a la Defensoría de Familia del Centro Zonal Belén de los Andaquíes de la Regional Caquetá del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

B. Posición de la Defensoría de Familia del Centro Zonal Belén de los Andaquíes de la Regional Caquetá.

La Defensoría de Familia del Centro Zonal Belén de los Andaquíes destaca lo dispuesto en el artículo 98 del Código de la Infancia y la Adolescencia frente a la competencia subsidiaria de las Comisarías de Familia y las Inspecciones de Policía en los municipios en donde no exista un Defensor de Familia asignado. Esta competencia faculta a esas entidades para desempeñar sus funciones, salvo la declaración de adoptabilidad de un niño, niña o adolescente, la cual es privativa del Defensor de Familia.

Expresa que la Ley 1306 de 2009 dispone que las normas sobre la vulneración de los derechos, los procedimientos y las medidas de restablecimiento contenidas en

el Código de la Infancia y la Adolescencia son aplicables también a las personas con discapacidad mental absoluta en las materias que correspondan. Bajo ese entendido, precisa que en el caso concreto debe tenerse en cuenta el criterio de competencia subsidiaria toda vez que al municipio de Curillo no se le ha asignado un Defensor de Familia que desempeñe sus funciones de forma permanente y continua, de conformidad con el parágrafo 2 del artículo 7 del Decreto 4840 de 2007. Finalmente enfatiza en que las disposiciones contenidas en el Código de la Infancia y la Adolescencia que sean aplicables a las personas con discapacidad mental absoluta deben ser interpretadas armónicamente con las preceptuadas en la Ley 1306 de 2009, en aras de garantizar la plena protección de sus derechos.

C. Posición de la Comisaría de Familia del municipio de Curillo (Caquetá)

La Comisaría de Familia del municipio de Curillo, afirma que según el artículo 18 de la Ley 1306 de 2009, compete al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de los Defensores de Familia brindar protección a las personas con discapacidad mental absoluta. En consecuencia, considera que no es posible predicar que exista una competencia subsidiaria en cabeza de las Comisarías de Familia o de las Inspecciones de Policía en los municipios en donde no se encuentre asignado un Defensor de Familia sobre esta materia, ya que la protección a esas personas fue reglada mediante una norma especial posterior a la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia, que asigna su protección específicamente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Luego la Comisaría de Familia agrega que asumir la competencia para adelantar la protección de los derechos de las personas con discapacidad mental absoluta sin considerar lo prescrito en la Ley 1306 de 2009, implica una extralimitación de las funciones que le han sido conferidas.

IV. Consideraciones

1. Competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil

El artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, asigna a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, entre otras, la siguiente función:

“... 10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.”

Asimismo, dentro del procedimiento general administrativo, el inciso primero del artículo 39 del código en cita estatuye:

“Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime

competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional... En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales... conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.”

Teniendo en cuenta lo anterior, ha de concluirse que la Sala es competente para conocer de la presente actuación por tratarse de un conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre una autoridad pública del orden territorial, la Comisaría de Familia de Curillo (Caquetá), y una del orden nacional, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de una dependencia suya, la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Belén de los Andaquíes de la Regional Caquetá

2. Problema jurídico

En el presente conflicto negativo de competencias administrativas, corresponde a la Sala de Consulta y Servicio Civil definir cuál es la autoridad competente para prestar asistencia personal y jurídica a la señora Rubiela Castillo Martínez, advierte la Sala que en los documentos puestos para su análisis no obra prueba de las condiciones mentales de la señora Castillo Martínez, sin embargo de los mismos las autoridades involucradas infieren que padece una discapacidad, lo cual les sirve de fundamento para negar su competencia a partir de la interpretación que cada autoridad hace de la misma norma legal, esto es, de la Ley 1306 de 2009 expedida para la protección de las personas con discapacidad mental y para regular la representación legal de los incapaces emancipados.

Definir la competencia requiere entonces, en primer término, establecer si la ley 1306 exige o no que la discapacidad mental esté calificada con autoridad para hacer efectivas las normas de protección. En segundo término, las interpretaciones de la Comisaría de Familia y de la Defensoría de Familia difieren en el alcance de la remisión que hace la ley 1306 de 2009 a las disposiciones del Código de la Infancia y la Adolescencia, de manera que es necesario clarificar el punto en mención.

3. La Ley 1306 de 2009

La Ley 1306 de de 2009²¹⁵ contiene disposiciones especiales para la protección de las personas con discapacidad mental, su representación legal y la administración de su patrimonio. Resulta pertinente el siguiente análisis de la Corte Constitucional en la sentencia C-438-11²¹⁶ acerca de Ley 1306 en cita:

“La Ley 1306 de 2009, de la cual hace parte el fragmento acusado, está dirigida a la protección de personas en estado de incapacidad o de disminución física o mental.

215 Ley 1306 de 2009 (junio 5), “Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados.” D. O. No. 47.371 (junio 5/09).

216 Corte Constitucional. Sentencia C-438-11 (mayo 25), Referencia: expediente D-8327, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 82, inciso tercero (parcial) de la Ley 1306 de 2009 “por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de representación legal de incapaces emancipados.”

Su objeto es plural: (i) la protección e inclusión social de toda persona natural con discapacidad mental o que adopte conductas que la inhabiliten para su normal desempeño en la sociedad y (ii) la rehabilitación y el bienestar del afectado, a través del ejercicio de las guardas, de las consejerías y de los sistemas de administración patrimonial. Procura claramente, modernizar las normas de protección de individuos con discapacidad mental y adaptarlas a la Carta Política vigente y a las diversas convenciones internacionales sobre personas con discapacidad adoptadas por Colombia, pero especialmente para lograr que la sociedad cumpla con su función de proteger e incluir a todos los sujetos como corresponde a un Estado Social de Derecho.

El cambio más relevante previsto en la ley desde esta perspectiva, es el modo de abordar jurídicamente el tema de la discapacidad mental, en la medida en que se sustituye el término “demente” por la expresión persona con discapacidad mental con lo cual se pone en evidencia que para el ordenamiento jurídico quien padezca una discapacidad mental es persona y ha de ser tratada como tal.”

La Ley 1306 de 2009²¹⁷ como lo expone la Corte Constitucional en Sentencia C-438 de 2011 (...) “está dirigida a la protección de personas en estado de **incapacidad o de disminución física o mental**. Su objeto es plural: (i) la protección e inclusión social de toda persona natural con discapacidad mental o que adopte conductas que la inhabiliten para su normal desempeño en la sociedad y (ii) la rehabilitación y el bienestar del afectado, a través del ejercicio de las guardas, de las consejerías y de los sistemas de administración patrimonial. Procura claramente, modernizar las normas de protección de individuos con discapacidad mental y adaptarlas a la Carta Política vigente y a las diversas convenciones internacionales sobre personas con discapacidad adoptadas por Colombia, pero especialmente para lograr que la sociedad cumpla con su función de proteger e incluir a todos los sujetos como corresponde a un Estado Social de Derecho.”

Con relación a los asuntos que configuran los problemas jurídicos insitos en el conflicto planteado a la Sala, interesa detenerse en los Capítulos I y II de la Ley 1306 en cita. El Capítulo I, “Consideraciones Preliminares”, regula de manera general el objeto de la ley, sus destinatarios, los principios que orientan la interpretación y alcance de la misma ley, los derechos de las personas con discapacidad mental, y las obligaciones y responsabilidades de la familia, la sociedad y el Estado.

El Capítulo II desarrolla las diferencias entre la discapacidad mental absoluta y la discapacidad mental relativa, las medidas de protección de acuerdo con el tipo de discapacidad mental y las competencias de las autoridades administrativas y judiciales. Ambos capítulos incluyen la remisión expresa al Código de la Infancia y la Adolescencia, su alcance y finalidad.

Así pues, la síntesis de la norma legal que a continuación se incluye, se orienta a destacar: (i) los destinatarios de la norma; (ii) la calificación de la discapacidad;

²¹⁷ “Por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados”.

(iii) las competencias; (iii) los procedimientos y las medidas; (iv) el internamiento, que corresponde a la petición que un grupo de habitantes del municipio de Curillo dirigió al Personero Municipal (folios 15 a 21)

3.1 Los destinatarios de la norma

El artículo 1° de la Ley 1306 señala su objeto y sus destinatarios:

Artículo 1°. “Objeto de la presente ley: la presente ley tiene por objeto la protección e inclusión social de toda persona con discapacidad mental o que adopte conductas que la inhabiliten para su normal desempeño en la sociedad. La protección de la persona con discapacidad mental y de sus derechos fundamentales será la directriz de interpretación y aplicación de estas normas, El ejercicio de las guardas y consejerías y de los sistemas de administración patrimonial, tendrán como objetivo principal la rehabilitación y el bienestar del afectado.”

El artículo 2° describe a las personas con discapacidad mental, así:

“Una persona natural tiene discapacidad mental cuando padece limitaciones psíquicas o de comportamiento, que no le permite comprender el alcance de sus actos o asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio. La incapacidad jurídica de las personas con discapacidad mental será correlativa a su afectación, sin perjuicio de la seguridad negocial y el derecho de los terceros que obren de buena fe.”

El artículo 15 establece la diferencia entre la discapacidad mental absoluta y la relativa:

“Capacidad jurídica de los sujetos con discapacidad: Quienes padezcan discapacidad mental absoluta son incapaces absolutos. Los sujetos con discapacidad mental relativa, inhabilitados conforme a esta ley, se consideran incapaces relativos respecto de aquellos actos y negocios sobre los cuales recae la inhabilitación. En lo demás se estará a las reglas generales de capacidad.”

El artículo 16 se refiere a “otras personas con discapacidad”; no tipifica la discapacidad, y remite al ordenamiento general la valoración de sus actos en la hipótesis de que pueden tener afectada su lucidez por trastornos temporales y no son sujetos de protección:

“Actos de otras personas con discapacidad: La valoración de la validez y eficacia de actuaciones realizadas por quienes sufran trastornos temporales que afecten su lucidez y no sean sujetos de medidas de protección se seguirá rigiendo por las reglas ordinarias.”

Así las cosas, el artículo 15 de la Ley 1306 incorpora la distinción entre incapaces absolutos e incapaces relativos del Código Civil, y remite a las normas generales los asuntos que respecto de ellos no quedan regulados en la misma Ley 1306; remisión

que igualmente hace en el artículo 16 para las personas con dificultades temporales de lucidez. Ambos artículos giran en torno a la eficacia y validez de los actos de sus destinatarios.²¹⁸

3.2 La calificación de la discapacidad

Los artículos 9 y 17 permiten inferir con claridad que para efectos de las medidas de protección y demás garantías objeto de la ley, no es suficiente que respecto de una persona se afirme que tiene discapacidad mental. Dispone el artículo 9º, respecto de las personas con discapacidad mental, sin distinguir entre absoluta y relativa:

“Identidad y filiación: Los sujetos con discapacidad mental deberán tener definida su identidad y filiación, con sus correspondientes asientos en el Registro del Estado Civil. Toda medida de protección estará precedida de las diligencias y actuaciones necesarias para determinar plenamente la identidad de quien tiene discapacidad y su familia genética o jurídica, según el caso, y la Inscripción de estos datos en el Registro del Estado Civil.

Cuando no sea posible probarlos, el funcionario competente deberá dar aviso inmediato al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que éste tome las medidas previstas en la Ley para su determinación.”

Respecto de las personas con discapacidad mental absoluta, el artículo 17 dispone:

“El sujeto con discapacidad mental absoluta: Se consideran con discapacidad mental absoluta quienes sufren una afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental. La calificación de la discapacidad se hará siguiendo los parámetros científicos adoptados por el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación²¹⁹ y utilizando una nomenclatura internacionalmente aceptada.”

Destaca la Sala el segundo inciso de la norma transcrita, conforme al cual la discapacidad debe ser calificada bajo parámetros científicos y con la nomenclatura universalmente aceptada. Asimismo, las decisiones judiciales relacionadas con las personas con discapacidad mental requieren el pronunciamiento de peritos o personal médico, pues así expresamente lo exigen los artículos 14 (acciones

²¹⁸ Advierte la Sala que en la sentencia C-021-15 (enero 21) Demanda de inconstitucionalidad contra: el artículo 1º de la Ley 1306 de 2009 (parcial), Referencia: Expediente D-10328, la Corte Constitucional afirmó: “4.1. La Ley 1306 de 2009, en la cual se enmarca la disposición acusada, derogó el régimen de guardas del Código Civil, regulado anteriormente en los Títulos XXII a XXXV del Libro Primero, adecuando esta materia al nuevo modelo social de discapacidad propuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas. / 4.2. Así las cosas, la Ley 1306 de 2009 introduce varias modificaciones al régimen del Código Civil incorporando principios modernos, adaptando la legislación a la Constitución y a las convenciones internacionales sobre personas con discapacidad adoptadas por Colombia, dinamizando la administración de los bienes de los incapaces, otorgándoles mayor libertad, permitiendo su inclusión social y promoviendo el reconocimiento y el respeto de su dignidad...”

²¹⁹ También advierte la Sala que el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación fue constituido por el artículo 6º de la Ley 361 de 1997 como un órgano asesor institucional para el seguimiento y la verificación de las políticas, estrategias y programas en materia de discapacidad; y fue derogado por el artículo 19 de la Ley 1145 de 2007 que organizó el Sistema Nacional de Discapacidad y creó el Consejo Nacional de Discapacidad.

populares y tutela) 21 (internamiento psiquiátrico autorizado judicialmente y sus prórrogas), 27, 28, 29 y 30 (interdicción provisoria y definitiva, su revisión y la rehabilitación del interdicto).

Esta exigencia no es nueva en la legislación puesto que la Ley 361 de 1997²²⁰, sobre mecanismos para la integración de las personas con discapacidad, en su artículo 5°, incisos primero y segundo, dispuso:

“Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificación a través de diagnóstico médico en caso de que dicha limitación no sea evidente.

*Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley.*²²¹

El inciso tercero del artículo 5° en cita ordenó al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud hacer las modificaciones necesarias en los formularios de afiliación y los carnets del sistema de Seguridad Social en Salud.

Así pues, la legislación especial sobre protección a las personas con discapacidad mental absoluta, y la ley general en materia de inclusión de las personas con discapacidad, prevén la calificación de la discapacidad para los efectos previstos en cada uno de los ordenamientos legales.

3.3. Las competencias

Sabido es que la fuente de las competencias de las autoridades públicas es la ley, no solo por el mandato constitucional sino por el principio de representatividad que debe legitimar el ejercicio de la autoridad. No es discutible entonces que las competencias que la ley asigna se entienden ligadas al cumplimiento de funciones públicas y se constituyen en una condición necesaria para la actuación del agente público correspondiente. Esa condición además: i) puede ser suficiente para efectos de la respectiva actuación y, en consecuencia se estará frente al caso en el que el funcionario no solo está habilitado para actuar sino que puede hacerlo en forma oficiosa –tanto como a petición de parte, por supuesto-; o ii) puede requerir petición de parte.

²²⁰ Ley 361 de 1997 (febrero 7) “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”

²²¹ La frase “Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley”, fue declarada exequible en la sentencia C-606 de 2012, en cuanto “... la existencia y exhibición del carné no se entienda como un requisito sine qua non para acceder al goce y ejercicio de los derechos establecidos en la Ley 361 de 1997”.// Asimismo, la Sentencia C-458-15 declaró exequible el vocablo “limitación”, en el entendido de que debe remplazarse por las expresiones “discapacidad” o “situación de discapacidad”.

En el primer caso –competencia como condición suficiente-, la competencia asignada puede implicar un deber correlativo insoslayable en el terreno operacional, vale decir que el funcionario no puede menos que encargarse de las situaciones cuya facticidad encaje en la norma y que se le presenten durante el desempeño de su función. En el evento de que la norma no tenga el carácter antedicho debe entenderse que la asignación hecha por el legislador comporta por lo menos una obligación de corte general de atención, dirección, vigilancia o control. Así pues, aun cuando la competencia se pueda ejercer en forma discrecional –vale decir que no sea de tipo insoslayable en el terreno operacional-, puede afirmarse que tal discrecionalidad no empece a considerarla como una obligación que debe ser ejecutada si la mencionada obligación de corte general así lo demanda.

En el segundo caso –cuando debe mediar solicitud de parte-, la competencia en principio aparece como condición necesaria no suficiente, y por ende apenas en potencia, y se vuelve acto en la medida en que alguna persona acuda al Estado en procura de que este actúe en la materia que corresponda a la competencia de que se trate.

Como al tenor del CPACA el impulso de la actividad del Estado por los particulares, independientemente del nombre que se le dé, debe entenderse como la formulación del derecho de petición correspondiente, es evidente que la competencia así accionada fuerza al servidor a responder y a informar. Los funcionarios públicos están en el deber de manifestar su falta de competencia en la medida en que no les es permitido actuar sin esa condición necesaria. La ley que sirve para identificar la competencia fundamenta también los instrumentos que puede usar su titular en aras de la debida atención al ciudadano y a la eficacia del ejercicio de la función pública.

Los precedentes comentarios para hacer notar que la Ley 1306 de 2009 asigna competencias al Ministerio Público, al ICBF, a las Defensorías de Familia, y a los jueces, bajo matices que incluyen mandatos específicos directos a servidores concretos, de ejercicio claramente oficioso, y competencias que en los términos de la norma no solo comparten por lo menos dos autoridades sino que parecen exigir la iniciativa de persona habilitada o interesada para que alguna de las autoridades asuma conocimiento y excluya la acción de las restantes. La asignación de funciones a las instituciones lleva a diluir las responsabilidades y a generar confusión sobre la autoridad responsable de determinada actuación. Veamos:

(i) Para el Ministerio Público:

- El artículo 7° le asigna “la vigilancia y control de las actuaciones públicas relacionadas con todos aquellos que tienen a su cargo personas con discapacidad mental”.

- El artículo 14 lo faculta para que por su conducto toda persona pueda “solicitar cualquier medida judicial tendiente a favorecer la condición personal del que sufre discapacidad mental”.

- El artículo 25 le asigna el deber de “provocar el internamiento” de la persona con discapacidad mental absoluta.

- El artículo 26 también le asigna el deber de pedir la interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta, “una vez llegada a la pubertad y en todo caso antes de la mayoría de edad”, a fin de que opere la prórroga de la patria potestad.

(ii) Para el ICBF y las Defensorías de Familia:

- El artículo 9°, referente a la definición de la identidad y filiación y sus asientos en el Registro del Estado Civil ordena que cuando no sea posible determinar plenamente la identidad de la persona con discapacidad y su familia genética o jurídica, “el funcionario competente deberá dar aviso inmediato al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que este tome las medidas previstas en la ley para su determinación”.

- El artículo 14 prevé que toda persona puede solicitar cualquier medida judicial para favorecer la condición personal de la persona con discapacidad mental, directamente “o por intermedio de los defensores de familia”.

- El artículo 18 dispone: *“Protección de estas personas: Corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del Defensor de Familia, prestar asistencia personal y jurídica a los sujetos con discapacidad mental absoluta de cualquier edad, de oficio o por denuncia que cualquier persona haga ante la entidad. El funcionario del ICBF o cualquier otro ciudadano que reciba noticia o denuncia sobre alguna persona con discapacidad mental absoluta que requiera asistencia, deberá informar inmediatamente al Defensor de Familia, a efectos de que éste proceda a tomar las medidas administrativas de restablecimiento de derechos o a interponer las acciones judiciales pertinentes.”*

- El artículo 19 señala que los cambios de domicilio o las salidas al exterior de las personas con discapacidad mental absoluta, deberán ser informados al Defensor de Familia quien deberá dar traslado de la información al juez de familia y al registrador del estado civil correspondientes.

- Los artículos 25 y 26 le asignan al defensor de familia los deberes de provocar la interdicción de las personas con discapacidad mental absoluta y de los menores púberes para efectos de la prórroga de la patria potestad.

Observa la Sala que de manera clara y precisa la Ley 1306 asigna competencias y funciones al Ministerio Público, al ICBF y a los defensores de familia. En síntesis:

- Algunas competencias y funciones se configuran como obligaciones o deberes, v.gr., las de los artículos 7, 25 y 26; y dentro de estas, unas son exclusivas, como la del artículo 7° (la vigilancia y el control a cargo del Ministerio Público) y otras se comparten en su titularidad pero en su ejercicio son excluyentes (el deber de

provocar la interdicción, que está asignado a los defensores y al Ministerio Público, pero sin que esté prevista ni ordenada la concurrencia en su ejercicio).

- Otras competencias y funciones aparecen en la Ley 1306 como una especie de facultad porque su ejercicio está mediado por una noticia o denuncia, pero a la vez están asignadas de manera exclusiva a un empleo público concreto. Tal es la regulada en el artículo 18, inciso segundo, que confiere a los defensores de familia la función de adelantar las actuaciones administrativas correspondientes a la asistencia a una persona con discapacidad mental absoluta, cuando reciben noticia o información de su necesidad.

- Y otras competencias y funciones que también pueden tomarse como una especie de facultad porque están señaladas para dos empleos pero su ejercicio se activa según a quien se dirija la solicitud de persona habilitada. Como la prevista para el Ministerio Público y para el defensor de familia, en el artículo 14, sobre el inicio de actuaciones judiciales.

3.4. Los procedimientos y las medidas

El artículo 4° de la Ley 1306 en estudio ratifica el reconocimiento de las personas con discapacidad mental como sujetos de derechos, acoge el principio de prevalencia de la norma más favorable por razón de la discapacidad, ordena la complementación de sus propias disposiciones con las de los instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, y remite al Código de la Infancia y la Adolescencia y a las normas de protección a la familia, con una finalidad muy precisa. Con relación a las personas con discapacidad mental absoluta, el parágrafo del artículo 18 reitera la remisión al Código de la Infancia y la Adolescencia en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 18. Protección de estas personas: (...) PARÁGRAFO: Las normas sobre vulneración de los derechos, procedimientos y medidas de restablecimiento de los derechos contenidas en el Código de la Infancia y la Adolescencia, serán aplicables a las personas con discapacidad mental absoluta, en cuanto sea pertinente y adecuado a la situación de éstas.”

Recuérdese que el citado artículo 18 es el que da al “al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del Defensor de Familia” la función de prestar asistencia personal y jurídica a los sujetos con discapacidad mental absoluta de cualquier edad, de oficio o por denuncia que cualquier persona haga ante la entidad.” Esta Sala en el pronunciamiento de fecha 2 de febrero de 2014²²², hizo el siguiente análisis sobre el alcance de la remisión al Código de la Infancia y la Adolescencia:

222 Consejo de Estado, Sala de consulta y Servicio Civil, Radicación No. 11001-03-06-000-2013-00198-00, Referencia: CONFLICTO NEGATIVO DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- Regional Antioquia- Centro Zonal Suroriental- Defensoría de Familia adscrita al CAIVAS y la Comisaría de Familia del Municipio de Medellín Corregimiento de Altavista.

“El artículo 4° de la Ley 1306 ratifica el reconocimiento de las personas con discapacidad mental como sujetos de derechos para lo cual, bajo el principio de prevalencia de la norma más favorable por razón de la discapacidad, ordena la complementación de sus propias disposiciones con las de los instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, a la vez que remite al Código de la Infancia y la Adolescencia y a las normas de protección a la familia, con una finalidad muy precisa. Dice el citado artículo 4°:

“DIMENSIÓN NORMATIVA. La presente ley se complementa con los Pactos, Convenios y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos relativos a las personas en situación de discapacidad aprobados por Colombia, que integran el bloque de constitucionalidad.

No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos y vigentes a favor de las personas con discapacidad mental en la legislación interna o de Convenciones Internacionales, con el pretexto de que la presente ley no los reconoce o los reconoce en menor grado. Para la determinación e interpretación de las obligaciones de protección y restablecimiento de los derechos de las personas con discapacidad mental por quienes se encargan de su protección, se tomarán en cuenta las disposiciones del Código de la Infancia y la Adolescencia y en general, en las demás normas de protección de la familia, siempre que estas no sean contrarias en su letra o en su espíritu a la presente ley.

Para efectos de la interpretación, se aplicará el principio de prevalencia de la norma más favorable al individuo con discapacidad.”

“Obsérvese que los destinatarios del inciso tercero del artículo transcrito son las personas que se encargan de la protección de las personas con discapacidad mental y la remisión al Código de la Infancia y la Adolescencia y a las normas de protección de la familia tiene como finalidad determinar e interpretar las obligaciones de protección y de restablecimiento de los derechos de las personas con discapacidad mental.

“Nótese también que el artículo 4° no alude ni a la competencia ni al procedimiento, asuntos ambos que requieren disposiciones legales expresas por mandato constitucional. Agrega la Ley 1306 en su artículo 8°:

“DERECHOS FUNDAMENTALES. Los individuos con discapacidad mental tendrán los derechos que, en relación con los niños, niñas y adolescentes, consagra el Título I del Código de la Infancia y la Adolescencia –Ley 1098 de 2006– o las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicione y, de igual manera, los que se consagren para personas con discapacidad física, de la tercera edad, desplazada o amenazada y demás población vulnerable, en cuanto la situación de quien sufre discapacidad mental sea asimilable. Para el disfrute y ejercicio de estos derechos se tendrá en consideración la condición propia y particular del sujeto afectado. En la atención y garantía de los derechos de los individuos en discapacidad mental se tomarán en cuenta los principios de que trata el artículo 3o de la presente ley.”

“También con expresa prevalencia de la discapacidad mental como criterio diferenciador, el artículo 8° transcrito dispone que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que otras leyes reconocen a los individuos de grupos poblacionales caracterizados por condiciones de vulnerabilidad.

“Es enfática la norma cuando precisa “... en cuanto la situación de quien sufre discapacidad mental sea asimilable”. Este mandato, además, es explícito al indicar que la asimilación se predica de la situación y no de las personas y que tiene como finalidad la aplicación del Código de la Infancia y la Adolescencia y las normas relativas a los derechos de otras personas en condiciones de vulnerabilidad, cuando sea necesario clarificar los derechos de las personas con discapacidad mental, su disfrute y ejercicio. Y el artículo no trae, por lo demás, remisión al procedimiento ni a las competencias reguladas en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

“Los artículos 15 y 16 de la Ley 1306 adoptan la distinción entre incapaces absolutos e incapaces relativos del Código Civil, que corresponde a la legislación ordinaria y a las reglas generales a las cuales remiten los citados artículos 15 y 16 para efectos de la capacidad de las personas con discapacidad mental y de la eficacia y validez de sus actos.²²³ Sobre las personas con discapacidad mental absoluta dispone la Ley 1306:

“ARTÍCULO 17. EL SUJETO CON DISCAPACIDAD MENTAL ABSOLUTA. Se consideran con discapacidad mental absoluta quienes sufren una afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental.

La calificación de la discapacidad se hará siguiendo los parámetros científicos adoptados por el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación y utilizando una nomenclatura internacionalmente aceptada.”

“ARTÍCULO 18. PROTECCIÓN DE ESTAS PERSONAS. Corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del Defensor de Familia, prestar asistencia personal y jurídica a los sujetos con discapacidad mental absoluta de cualquier edad, de oficio o por denuncia que cualquier persona haga ante la Entidad.

El funcionario del ICBF o cualquier otro ciudadano que reciba noticia o denuncia sobre alguna persona con discapacidad mental absoluta que requiera asistencia, deberá informar inmediatamente al Defensor de Familia, a efectos de que este proceda a tomar las medidas administrativas de restablecimiento de derechos o a interponer las acciones judiciales pertinentes.

223 Ley 1306/ 09, artículo 15. “CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS SUJETOS CON DISCAPACIDAD. Quienes padezcan discapacidad mental absoluta son incapaces absolutos. / Los sujetos con discapacidad mental relativa, inhabilitados conforme a esta ley, se consideran incapaces relativos respecto de aquellos actos y negocios sobre los cuales recae la inhabilitación. En lo demás se estará a las reglas generales de capacidad. // Artículo 16. “ACTOS DE OTRAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. La valoración de la validez y eficacia de actuaciones realizadas por quienes sufran trastornos temporales que afecten su lucidez y no sean sujetos de medidas de protección se seguirá rigiendo por las reglas ordinarias.”

PARÁGRAFO. Las normas sobre vulneración de los derechos, procedimientos y medidas de restablecimiento de los derechos contenidas en el Código de la Infancia y la Adolescencia, serán aplicables a las personas con discapacidad mental absoluta, en cuanto sea pertinente y adecuado a la situación de estas.”

“Calificada como absoluta la discapacidad mental de una persona, bajo los parámetros científicos exigidos por el artículo 17 transcrito, el artículo 18 asigna al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la función de asistirlos como personas y como sujetos de derechos y de protección especial, con la precisión de que esta función será ejercida por conducto de los Defensores de Familia y con aplicación del Código de la Infancia y la Adolescencia en materia de derechos, procedimientos y medidas de restablecimiento.

“El artículo 18 de nuevo hace la precisión de que la aplicación del Código en mención deber ser pertinente y adecuada a la situación de discapacidad, porque se trata de dotar a los Defensores de Familia de un instrumento legal que garantice la eficacia de las normas de reconocimiento y protección de los derechos de las personas con discapacidad mental absoluta y no de asimilarlas a los niños, las niñas o los adolescentes.

“Además, la especificidad y prevalencia de la discapacidad mental absoluta como criterio para la aplicación del Código de la Infancia y la Adolescencia se reitera en la Ley 1306 cuando en su artículo 25 adiciona las medidas administrativas de protección con la interdicción²²⁴ que puede ser solicitada por cualquier persona y que es un deber legal para un grupo determinado de personas entre ellas el Defensor de Familia.

“Con relación al “sujeto con discapacidad mental relativa”, el artículo 32 de la Ley 1306 dispone:

“ARTÍCULO 32. LA MEDIDA DE INHABILITACIÓN. Las personas que padezcan deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez comercial y que, como consecuencia de ello, puedan poner en serio riesgo su patrimonio, podrán ser inhabilitadas para celebrar algunos negocios jurídicos, a petición de su cónyuge, el compañero o compañera permanente, los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y aún por el mismo afectado.

Los procesos de inhabilitación se adelantarán ante el Juez de Familia.

²²⁴ ARTÍCULO 25. INTERDICCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL ABSOLUTA. La interdicción de las personas con discapacidad mental absoluta es también una medida de restablecimiento de los derechos del discapacitado y, en consecuencia, cualquier persona podrá solicitarla. / Tienen el deber de provocar la interdicción: 1. El cónyuge o compañero o compañera permanente y los parientes consanguíneos y civiles hasta el tercer grado (3o). 2. Los Directores de clínicas y establecimientos de tratamiento psiquiátrico y terapéutico, respecto de los pacientes que se encuentren internados en el establecimiento. 3. El Defensor de Familia del lugar de residencia de la persona con discapacidad mental absoluta; y, 4. El Ministerio Público del lugar de residencia de la persona con discapacidad mental absoluta. / PARÁGRAFO. Los parientes que, sin causa justificativa, no cumplan con el deber de provocar la interdicción y, de ello, se deriven perjuicios a la persona o al patrimonio de la persona con discapacidad mental absoluta, serán indignos para heredarlo; los Directores de establecimientos y los funcionarios públicos incurrirán en causal de mala conducta.”

PARÁGRAFO. Para la inhabilitación será necesario el concepto de peritos designados por el Juez.”

“Describe la norma unas conductas y condiciones específicas, taxativas y con unos efectos determinados, y a partir de allí estructura el concepto de discapacidad mental relativa. Esta categoría legal de la discapacidad mental puede dar lugar a un proceso judicial de inhabilitación, de competencia del Juez de Familia, que solo puede ser instaurado por unas personas determinadas, no por cualquier persona, e incluso por la misma persona afectada. El artículo 35225 de la Ley 1306 en comento precisa que el inhabilitado conserva su libertad y se reconoce como jurídicamente capaz en todo lo que no haya sido objeto de inhabilitación.

“Significa entonces que la inhabilitación es una restricción parcial y específica al ejercicio de los derechos de la persona natural y es en sí misma una medida de protección de competencia exclusiva del Juez de Familia. En consecuencia, el ejercicio de los derechos no restringidos, su garantía, su protección y su restablecimiento se regulan por la Ley 1306, y la remisión que esta ley hace al Código de la Infancia y la Adolescencia y a las leyes aplicables a otras personas en condiciones de vulnerabilidad, se entiende en los términos de los artículos 4° y 8° de la misma Ley 1306 ya comentados. A partir de allí las personas inhabilitadas son también destinatarias de la legislación ordinaria y de las leyes especiales por razón de condiciones o situaciones diferentes a la discapacidad.”

En el mismo pronunciamiento la Sala se refirió al Código de la Infancia y la Adolescencia²²⁶ para destacar:

“La Ley 1098 de 2006 por la cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia, dispuso en su artículo tercero lo siguiente:

“ARTÍCULO 3o. SUJETOS TITULARES DE DERECHOS. Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad.”

“La norma transcrita delimita el universo de destinatarios del Código de la Infancia y la Adolescencia con base en dos períodos etarios que concluyen legalmente con la edad de 18 años a partir de la cual la legislación colombiana reconoce la ciudadanía. Significa entonces que cumplida la edad de 18 años los derechos de las personas se garantizan protegen y resarcan conforme a las normas generales o a regímenes especiales que atienden situaciones o condiciones específicas, distintas a la edad, sin perjuicio de las remisiones al Código de la Infancia y la Adolescencia, por ejemplo, que el mismo legislador dispone como ocurre en el caso en estudio según se verá. ...”

²²⁵ Artículo 35. “SITUACIÓN DEL INHABILITADO. El inhabilitado conservará su libertad personal y se mirará como capaz para todos los actos jurídicos distintos de aquellos sobre los cuales recae la inhabilitación.”

²²⁶ Ley 1098 de 2006 (noviembre 8), “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, D.O. No. 46.446 (Nov. 8 /06)

Finalmente en la decisión citada la Sala concluyó:

“a. Los derechos de las personas, su reconocimiento, las garantías para su ejercicio, las medidas de protección y de restablecimiento, son objeto y finalidad de distintas leyes que se tornan especiales en la medida en que sus destinatarios se identifican en atención a condiciones personales o situaciones específicas que requieren respuestas jurídicas específicas, con lo cual adquiere eficacia la igualdad real y efectiva que es mandato y propósito constitucional conforme a las previsiones del artículo 13.

b. Las leyes especiales se complementan con otras también especiales y con la legislación ordinaria o general, de manera que su cumplimiento sea también factible y eficaz.

c. La competencia de las autoridades administrativas en todos los casos debe estar fijada de manera expresa en la ley; y los conflictos que, como en el caso en estudio se presentan por las condiciones personales de quien debe ser protegido o restablecido en sus derechos, requieren ser analizados y resueltos dentro del marco de la normatividad especial que por razón de tales condiciones sea la aplicable.”

3.4. La medida de internamiento

El artículo 20 de la Ley 1306 reconoce expresamente la libertad de locomoción de las personas con discapacidad mental absoluta y prevé su restricción, en los siguientes términos:

“Libertad e internamiento: Las personas con discapacidad mental absoluta gozarán de libertad, a menos que su internamiento por causa de su discapacidad sea imprescindible para la salud y terapia del paciente o por tranquilidad y seguridad ciudadana. El internamiento de los pacientes será de urgencia o autorizado judicialmente.

PARÁGRAFO: La libertad de locomoción que se reconoce en el presente artículo incluye la posibilidad de trasladarse a cualquier lugar del país y del exterior, para lo cual, las autoridades proporcionarán los documentos y el apoyo que sea necesario para el efecto y tomarán referencia de su ubicación únicamente para efectos de su protección.”

Conforme a la norma transcrita, el internamiento está precedido por urgencia o por autorización judicial. El artículo 21 se refiere al “internamiento psiquiátrico de urgencia”, cuando dicha urgencia está “*calificada por el médico tratante o un perito del organismo designado por el Gobierno Nacional para el efecto o del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.*” El mismo artículo 21 establece como deber del director del establecimiento médico, dar aviso al Instituto de Bienestar Familiar del internamiento y sus condiciones. El artículo 22 regula el internamiento por autorización judicial:

“Internamiento psiquiátrico autorizado judicialmente: Cuando la situación no fuere de urgencia, corresponderá al Juez de Familia autorizar el internamiento de carácter psiquiátrico de las personas con discapacidad mental absoluta. Esta autorización estará precedida de concepto del médico tratante o un perito del organismo designado por el Gobierno Nacional para el efecto sobre su necesidad o conveniencia para el paciente. El Juez ordenará el internamiento en instituciones adecuadas y que cuenten con los medios para la atención y terapia del paciente, según la entidad de la enfermedad.”

Es claro que el artículo 22 transcrito no incluye disposición acerca de la iniciativa para concurrir a la autoridad judicial en aras de que se autorice el internamiento de una persona con discapacidad mental absoluta. Pero no se trata de un vacío legal, pues como se reseñó en el punto sobre competencias, el artículo 14 de la Ley 1306 en su inciso primero establece:

*“Acciones Populares y de tutela: Toda persona está facultada para solicitar directamente o por intermedio de los defensores de familia o del Ministerio Público, **cualquier medida judicial** tendiente a favorecer la condición personal del que sufre discapacidad mental.”* (Destaca la Sala).

Hace notar la Sala que si bien el artículo 14 se titula “acciones populares y de tutela”, su contenido abarca “*cualquier medida judicial*”, de manera que comprende sin lugar a duda la solicitud de autorización judicial para el internamiento psiquiátrico.

4. Conclusiones de la Sala

La Ley 1306 de 2009:

a. Reconoce los derechos de las personas con discapacidad mental y contiene la regulación de medidas de variada índole destinadas a garantizarles de manera efectiva el ejercicio de sus derechos, a partir de la calificación científica y bajo los parámetros universalmente aceptados, de la discapacidad mental y el grado de afectación.

b. Exige para todas las actuaciones administrativas y judiciales, la calificación de la discapacidad.

c. Asigna competencias al Ministerio Público, al ICBF y a las Defensorías de Familia, unas como deberes exclusivos para cada institución o empleo, otras que para su ejercicio son facultativas porque están fijadas para ambos empleos pero se activan por uno de los dos en razón de la solicitud dirigida por persona habilitada por la misma ley.

d. Equipara los derechos de las personas con discapacidad a los derechos de los menores y otros grupos poblacionales que por razones de vulnerabilidad manifiesta son sujetos de especial protección constitucional. Esta equiparación tiene por finalidad la atención prevalente de las personas con discapacidad mental

y se refiere a los derechos para efectos de su ejercicio y disfrute. En el texto de la ley no se encuentra elemento alguno que lleve a interpretar que la equivalencia de los derechos significa que las personas con discapacidad, cualquiera sea su edad, son menores o de la tercera edad, o que son desplazados, amenazados o sujetos de otro tipo de vulnerabilidad. Significa que integran el grupo de personas que por distintas situaciones o condiciones fácticas o jurídicas son, se repite, sujetos de especial protección constitucional.

e. Por la misma razón, la remisión al Código de la Infancia y la Adolescencia es clara y explícita en cuanto a que se trata de dar aplicación al procedimiento administrativa de protección y de restablecimiento de derechos allí regulado, así como a la adopción de las medidas que, atendida la situación de discapacidad, sean pertinentes. El Código al hacer la remisión no está transmutando a las personas con discapacidad, cualquiera sea su edad, en menores.

f. La competencia de las autoridades públicas es materia de reserva legal porque así lo establece un conjunto de disposiciones constitucionales. En particular el artículo 121 de la Constitución prohíbe a las autoridades del Estado “ejercer funciones distintas de las que atribuyen la Constitución y la ley”. Significa entonces que la reglamentación del ejercicio de las competencias establecidas en el Código de la Infancia y la Adolescencia para las defensorías y las comisarías de familia, no pueden ser extendidas a ordenamientos legales diferentes en los cuales, como ocurre con la Ley 1306, se asignan de manera clara y expresa competencias y funciones a autoridades determinadas.

g. Se advierte, además, que la Ley 1306 de 2009 no contiene disposición alguna que asigne competencias a las comisarías de familia, y dado que la competencia no se puede inferir porque debe ser expresa por mandato constitucional carece de fundamento la interpretación que pretenda ampliar a la materia de la citada Ley 1306 las regulaciones legales y reglamentarias correspondientes a otros ordenamientos.

5. El caso en estudio

La decisión que adopta la Sala parte de los términos de la petición que inició las actuaciones administrativas en las cuales se plantea el conflicto de competencia sometido a su conocimiento. Un grupo de habitantes del municipio de Curillo presentó a la Personería Municipal una solicitud en los siguientes términos:

“Nosotros los abajo firmantes, manifestamos a las autoridades competentes que hagan lo posible para que sean reclusos en un lugar especial tres personas con discapacidad mental, quienes son la señora Rubiela, Carlos el hermano de Omaira y Hamilton quien tiene por sobre nombre (sic) (perra loca), ellos están (sic) enfermos mentales y no son aptos para mantener (sic) en la calle debido a que frecuentemente perjudican a las demás personas con malas palabras o golpes. Ejemplo de esto, uno de los tantos que ya han pasado, el sábado anterior Rubiela agredió físicamente al señor Balanta y este respondió igualmente.

Solicitamos que tomen cartas en el asunto con el fin de evitar que ellos realicen un acto grave o que alguien cometa un accidente con ellos al ver afectada su seguridad; hay sitios especiales para recluirlos donde tendrán un tratamiento adecuado y especial. Hacemos responsable a la autoridad competente de lo que suceda a las personas afectadas bien sean (sic) a los enfermos o particulares.”

Los peticionarios actuaron conforme a las previsiones del artículo 14 de la Ley 1306 de 2009, esto es, acudieron al Ministerio Público²²⁷ para que por su intermediación se solicitara al juez la autorización de internamiento psiquiátrico de la señora Rubiela Castillo Martínez. De manera que correspondía al señor Personero Municipal de Curillo dar curso a la petición de la comunidad acudiendo directamente al señor juez municipal para activar la actuación judicial de autorización del internamiento psiquiátrico solicitado. No obstante, con fundamento en el artículo 18 de la Ley 1306, el señor Personero remitió la petición a la defensoría de familia.

La defensora de familia desconoció el citado artículo 14 de la Ley 1306, y con una interpretación ajena al alcance, sentido y propósitos de dicha ley, resolvió extender al ámbito de esta el reglamento sobre las competencias subsidiarias previstas en el Código de la Infancia y la Adolescencia respecto de los asuntos propios de ese Código.

El conflicto de competencia se planteó entre la defensora de familia y la comisaria de familia, habida consideración de que el señor personero municipal se fundamentó en el artículo 18 de la Ley 1306 de 2009 que asigna al ICBF la función de prestar asistencia personal y jurídica protección de las personas con discapacidad mental y remitió a la defensora de familia la petición de los habitantes del municipio de Curillo. El señor Personero igualmente desconoció el artículo 14 de la Ley 1306. Con base en los documentos allegados, la Sala hace las siguientes consideraciones:

iii) De las valoraciones médicas en cita no se desprende que la señora Rubiela Castillo Martínez esté calificada científicamente como persona con discapacidad mental absoluta, como tampoco se hace mención alguna de esta condición por parte de los servidores públicos ni de la comunidad que apoya la petición.

En consecuencia, no es aplicable el artículo 18 de la Ley 1306 que asigna al ICBF a través de los defensores de familia la competencia para prestar asistencia personal y jurídica a las personas con discapacidad mental absoluta. El señor Personero Municipal afirma que la señora Castillo Martínez es una persona con discapacidad mental absoluta para invocar el artículo 18 de la Ley 1306 y fundamentar el traslado a la defensora de familia, de la petición de internamiento psiquiátrico que hiciera la comunidad.

(iii) La petición es clara y concreta: “... manifestamos a las autoridades competentes que hagan lo posible para que sean recluidos en un lugar especial tres personas con discapacidad mental, quienes son la señora Rubiela...” Es

²²⁷ Recuerda la Sala que conforme al artículo 118 de la Constitución Política en los municipios el Ministerio Público se ejerce por los personeros municipales.

decir, se solicita una medida judicial, que en los términos del artículo 14 de la Ley 1306, así como fue dirigida al Personero Municipal habría podido ser dirigida a la defensoría de familia. En uno u otro caso, el servidor destinatario está facultado por el citado artículo 14 para solicitar “la medida judicial”, esto es para acudir ante el juez, que es la autoridad competente para adelantar el proceso correspondiente y decidirlo previa calificación de la condición de discapacidad, en este caso, de la señora Rubiela Castillo Martínez conforme lo prevé el artículo 22 de la pluricitada Ley 1306.

b) La ubicación territorial de las autoridades involucradas

(i) En cuanto al Ministerio Público, está documentado en el expediente que el Municipio de Curillo cuenta con el cargo de Personero Municipal y dicho cargo tiene titular en ejercicio.

(ii) El traslado de la petición y la revisión de las defensorías de familia del ICBF en el Departamento de Caquetá permiten afirmar sin duda que en Curillo no hay defensoría de familia. Las diligencias dan cuenta de las actuaciones de la Defensora de Belén de los Andaquíes.

(iii) Según la Ley 1306, el juez competente para autorizar el internamiento psiquiátrico solicitado por la comunidad del municipio de Curillo es el de familia. Consultada la información sobre los despachos judiciales, en Curillo no hay juez de familia pero hay juez civil municipal y, de acuerdo con el Código General del Proceso:

“Artículo 17. Competencia de los jueces civiles municipales en única instancia. Los jueces civiles municipales conocen en única instancia: (...)

6. De los asuntos atribuidos al juez de familia en única instancia, cuando en el municipio no haya juez de familia o promiscuo de familia.”

c) La decisión de la Sala y su fundamento:

Primero:

Debe señalarse que el conflicto negativo de competencias administrativas puesto a consideración de la Sala está planteado entre la Comisaría de Familia de Curillo y la Defensoría de Familia de Belén de los Andaquíes. Como se explicó, la Comisaría de Familia carece de competencia porque el asunto que se debate tiene regulación propia en la Ley 1306 de 2009, y la remisión que esta ley hace al Código de la Infancia y la Adolescencia no comprende la aplicación de las normas sobre competencias subsidiarias para atender los asuntos regulados en el código en mención por cuanto las personas con discapacidad no son destinatarias del mismo código ni la remisión las trasmuta en menores, como tampoco se está ante un caso de violencia intrafamiliar.

Por el contrario, es la Ley 1306 de 2009 la norma que expresamente confiere a la defensoría de familia varias competencias entre ellas la de iniciar ante el juez la actuación solicitada por los habitantes de Curillo en relación con la señora Rubiela Castillo Martínez.

Segundo:

Debe tomarse en consideración que de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 1306 también el Ministerio Público, para el caso el Personero Municipal de Curillo, es competente para acudir ante el juez con el mismo objeto. Un número significativo de habitantes de Curillo se dirigió al Personero Municipal, que por consiguiente debió ejercer la competencia asignada en el artículo 14 en comento, actuando ante el juez competente para conocer de la solicitud de autorización.

Tercero:

Vista en el mapa la ubicación geográfica de Curillo y de Belén de los Andaquíes, es evidente que la distancia y las rutas entre Belén de los Andaquíes y Curillo hacen ineficiente e ilógica la decisión de asignar la competencia a la Defensora de Familia cuando el Personero de Curillo está facultado para actuar ante el juez del mismo Municipio.

Cuarto:

Además de tener fijada competencia expresa por la Ley 1306 de 2009, artículo 14, el Personero Municipal de Curillo conoce y ha intervenido en las presentes diligencias y en los trámites adelantados por la Sala de Consulta desde el recibo de la solicitud genérica inicial a que se hizo referencia en los antecedentes. En consecuencia la Sala declarará competente al Personero Municipal de Curillo para que atienda la petición de atención a la señora Rubiela Castillo Martínez elevada por la comunidad y actúe ante el Juez municipal para la decisión que a este corresponde en cuanto al internamiento psiquiátrico impetrado.

La Sala también dispondrá el envío de copia de esta decisión a la señora directora general del ICBF solicitándole, con el respeto que le merece la autonomía institucional, que instruya a sus regionales, centros zonales y defensorías de familia sobre los alcances y el significado de las remisiones contenidas en la Ley 1306 de 2009 respecto de las personas calificadas como discapacitadas mentales absolutas o relativas y las personas con comportamientos no considerados normales.

6. Definición de competencia y términos legales

El inciso final del artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ordena:

“Mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 se suspenderán”.

En consecuencia, el procedimiento consagrado en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para el examen y decisión de los asuntos que se plantean a la Sala como conflictos negativos o positivos de competencias administrativas, prevé la suspensión de los términos de las actuaciones administrativas, de manera que no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones.

A partir del 30 de junio de 2015, fecha de promulgación y entrada en vigencia de la Ley (estatutaria) 1755 de 2015, la remisión al artículo 14 del CPACA debe entenderse hecha al artículo 14 de la misma Ley 1755 en armonía con el artículo 21 ibídem. La interpretación armónica de los artículos 2 y 34 del CPACA implica que los vacíos de los regímenes especiales se suplen con las normas del procedimiento administrativo general. Así entonces la remisión al artículo 14, que hace el artículo 39 del CPACA, es aplicable a todas las actuaciones administrativas que deben regirse por la Parte Primera de dicho Código.

El mandato legal de suspensión de los términos es armónico y coherente con los artículos 6° de la Constitución Política y 137 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto el ejercicio de funciones administrativas por autoridades carentes de competencia deviene en causal de anulación de las respectivas actuaciones y decisiones.

Como la suspensión de los términos es propia del procedimiento y no del contenido o alcance de la decisión que deba tomar la Sala, en el presente caso se declarará que en la actuación administrativa los términos suspendidos se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de la presente decisión.

Por lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar competente al señor Personero Municipal de Curillo, Departamento de Caquetá, para dar trámite ante el Juez competente del mismo Municipio, a la petición de autorización judicial para internamiento psiquiátrico que le fuera presentada por su comunidad, en relación con la señora Rubiela Castillo Martínez

SEGUNDO: Enviar la actuación a la Personería Municipal de Curillo, Departamento de Caquetá.

TERCERO: Comunicar esta decisión a la Defensoría de Familia y a la Coordinación del Centro Zonal de Belén de los Andaquíes, al Director de la Regional Caquetá del ICBF, y a la Comisaría de Familia del Municipio de Curillo.

CUARTO: Remitir, por conducto del Presidente de la Sala, copia de la presente decisión a la Directora General del ICBF con la respetuosa solicitud de instruir a los

servidores de la Institución sobre el contenido y alcance de la Ley 1306 de 2009 respecto del Código de la Infancia y la Adolescencia.

QUINTO: Los términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de la presente decisión.

La anterior decisión se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Comuníquese y cúmplase

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Germán Alberto Bula Escobar, Presidente de la Sala. Álvaro Namén Vargas, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.



Tercera Parte

**Conceptos de la Sala de Consulta
y Servicio Civil publicados en el
año 2015**

ESTRUCTURA,
ORGANIZACIÓN
Y FUNCIONAMIENTO
DEL ESTADO



ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO

1. Intervención del Estado en los servicios públicos. Principios generales del derecho administrativo sancionatorio. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Facultad para sancionar a personas naturales. Suspensión y destitución de alcaldes.

Radicado 2190

Fecha: 21/08/2014

Consejero Ponente: *Augusto Hernández Becerra*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 2 de marzo de 2015

La Directora del Departamento Nacional de Planeación solicita a la Sala concepto en relación con la potestad sancionatoria de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, en particular, con las sanciones que dicha entidad puede imponer a personas naturales.

I. Antecedentes

Inicialmente la consulta transcribe el artículo 81 de la Ley 142 de 1994²²⁸, el cual consagra las sanciones que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios puede aplicar. Sobre este particular cita el concepto N° 931 de 1997 de esta Sala²²⁹, en el cual se manifiesta que la Superintendencia puede imponer sanciones a los administradores y empleados de las empresas de servicios públicos domiciliarios, como lo dispone el artículo 81 de la Ley 142, atribución que resulta normal dentro del ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo del Estado, y que es común a la actividad de otras superintendencias (como sucedía, en su momento, con las Superintendencias Bancaria y de Valores). Destaca que en dicho concepto se sostiene que el legislador, al consagrar la posibilidad de que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios imponga “sanciones personales”, es decir, a las personas naturales que dirigen o trabajan en las empresas de servicios públicos y los demás prestadores de dichos servicios, parte del presupuesto de que tales entidades celebran los actos y realizan las operaciones que constituyen su objeto por intermedio de aquellas personas naturales.

La consulta menciona también una sentencia del 7 de septiembre de 2000, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado²³⁰, en la cual, con apoyo en el citado concepto de la Sala de Consulta, se afirma que el artículo 81 de la Ley 142 de 1994 consagra tanto sanciones institucionales como personales, pero que estas últimas sólo pueden aplicarse contra los administradores de las entidades prestadoras y no contra sus empleados que no tengan ese carácter, ya que debido a su rango jerárquico y a las funciones que desempeñan, tales trabajadores no

²²⁸ “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”.

²²⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 931 del 16 de junio de 1997.

²³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 7 de septiembre de 2000, radicación interna N° 6214.

están en condiciones de fijar las políticas ni de dirigir la gestión de las respectivas empresas.

Así mismo menciona que el artículo 6° de la Ley 142 de 1994 faculta expresamente a la Superintendencia para sancionar a los alcaldes de los municipios que presten directamente servicios públicos domiciliarios, y a los respectivos administradores, cuando violen en forma grave la normatividad a la cual están obligados.

De las razones expuestas la consulta deduce que, aun cuando parece claro que la Superintendencia de Servicios Públicos puede sancionar a personas naturales, particularmente a los administradores de las empresas y de los otros prestadores de dichos servicios, no resulta igualmente claro cuáles de las sanciones previstas en el artículo 81 de la Ley 142 puede imponer a tales individuos ni por qué conductas, ya que la citada ley “*no prevé un decálogo de conductas que pueden infringir los administradores*” (negrillas y subraya del original). En este orden de ideas manifiesta que sobre este problema jurídico han surgido dos posiciones:

(i) La primera, que al parecer defiende la Superintendencia, consiste en que dicha entidad podría sancionar a personas naturales únicamente cuando la ley lo prevé en forma expresa y taxativa, lo cual procede solo en los siguientes casos: a) A los administradores de las empresas de servicios públicos domiciliarios, a quienes se puede sancionar con la separación de sus cargos y la prohibición de trabajar en empresas similares hasta por diez (10) años. Sin embargo en este evento subsiste la duda respecto de cuáles serían las conductas que darían lugar a dicha sanción. b) A los alcaldes y “administradores” de aquellos municipios que están facultados para prestar directamente servicios públicos domiciliarios, a quienes se podrían imponer aquellas sanciones consagradas en el artículo 81 de la Ley 142 que “*por su naturaleza*” sean aplicables a personas naturales. c) A las personas naturales que adelanten actividades como productores marginales o auto-generadores, en los términos del artículo 15, numeral 15.2 ibídem.

(ii) La segunda posición consiste en que, al hacer una interpretación más amplia y de conjunto de varias normas de la Ley 142, tales como los artículos 3, 79, 81 y 19, numeral 19.5, este último en armonía con el artículo 200 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995²³¹, podría concluirse que los administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios son responsables, a título de culpa (la cual se presumiría), por las infracciones al régimen de los servicios públicos en que incurran las personas jurídicas para las cuales prestan sus servicios y que, por tanto, dichos administradores podrían ser sancionados por la Superintendencia.

Son estas las razones que llevan a la Directora del Departamento Nacional de Planeación a formular las siguientes **PREGUNTAS**:

231 “Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de Procesos Concursales y se dictan otras disposiciones”.

1. ¿Cuáles son las sanciones establecidas en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, y cuya naturaleza así lo permite, son (sic) susceptibles de ser impuestas a personas naturales por parte de la SSPD en ejercicio de su potestad sancionatoria?
2. ¿Es posible que la SSPD determine qué conductas desplegadas por los administradores de las empresas de servicios públicos son objeto de sanción o se requiere una clasificación taxativa de las mismas, y de ser así cuál sería la clasificación aplicable? ¿En caso de no requerirse una clasificación taxativa, qué criterios mínimos deben adoptarse a la hora de determinar su procedencia?
3. ¿El análisis de la culpa del inciso final del artículo 81, puede equipararse a la presunción de culpa del artículo 200 del Código de Comercio, y en consecuencia cualquier infracción del prestador, extiende la responsabilidad al representante legal y a los administradores?
4. En qué sentido debe entenderse la sanción contemplada en el artículo 81.4, cuando indica: “Orden de separar a los administradores de una empresa de servicios públicos de los cargos que ocupan; y prohibición a los infractores de trabajar en empresas similares hasta por diez años”.
 - a. ¿Debe entenderse como una sanción mixta, esto es que contempla una sanción a la empresa (orden de separar a los administradores de una empresa de servicios públicos) y una sanción de índole personal (al administrador al prohibirle trabajar en empresas similares hasta por 10 años) como sujetos pasivos distintos?
 - b. De ser afirmativa la respuesta anterior, ¿Debe adelantarse una sola actuación sancionatoria contra el prestador y sus administradores o dos actuaciones separadas? En éste (sic) último escenario, ¿ambas actuaciones pueden ser concomitantes, o se requiere sanción en firme contra el prestador para iniciar actuación contra el administrador como persona natural?
 - c. ¿Debe entenderse como una sanción exclusivamente de índole personal, compuesta por dos órdenes distintas en contra del administrador (la separación del cargo y la prohibición de trabajar en empresas similares)?
 - d. ¿De ser afirmativa la respuesta anterior, estas órdenes pueden ser aplicadas independientemente una de la otra? O deben ser aplicadas de forma concomitante esto es, que una resulte consecuencia de la otra?

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Para responder a estas preguntas la Sala analizará los siguientes aspectos: (i) La intervención del Estado en los servicios públicos y las potestades de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; (ii) los principios generales del derecho administrativo sancionador, y en especial el principio de legalidad; (iii) el procedimiento administrativo sancionatorio, y (iv) las facultades de la Superintendencia para sancionar a personas naturales. En este

último capítulo se abordarán en concreto las diferentes cuestiones que propone la consulta.

A. Intervención del Estado en los servicios públicos. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

El tema de los servicios públicos en general, y el de los domiciliarios en particular, fue objeto de especial consideración por parte del Constituyente de 1991, a punto tal que la Carta Política le dedicó un capítulo entero (el V del Título XII), además de significativas alusiones en otras de sus disposiciones.

En primer lugar el artículo 365 dispone que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado; que es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional; que dichos servicios estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley; que podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares; que el Estado mantendrá, en todo caso, la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios, y que el Estado, por razones de soberanía o de interés social y mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, podrá reservarse la prestación de determinados servicios públicos, debiendo indemnizar a las personas que se vean privadas de ejercer una actividad lícita.

De acuerdo con el artículo 366 el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, y será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable.

El artículo 367 preceptúa que la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación. Igualmente determina que los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen.

El artículo 369 estatuye que la ley señalará los deberes y derechos de los usuarios, su régimen de protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten servicios públicos domiciliarios, así como la participación de los municipios o de sus representantes en tales entidades.

El artículo 370 determina que *“corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, inspección y vigilancia de las entidades que los presten”* (se resalta).

En armonía con las disposiciones citadas, el artículo 334 establece que el Estado “*intervendrá, por mandato de la ley... en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano*” (Negrilla fuera del texto). Así mismo, entre las funciones que le competen al Congreso de la República mediante la elaboración de las leyes, el artículo 150 le asigna las siguientes:

“(...) 7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios... superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades... señalando sus objetivos y estructura orgánica...”.

“8. Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución”.

“(...)

“21. Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica”.

“(...)

“23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos (...)”. (Se destaca).

En armonía con las normas mencionadas, el artículo 189 dispone que al Presidente de la República, como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, le compete, entre otras funciones, la de “*ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos*” (numeral 22). De este conjunto de normas constitucionales se pueden extraer las siguientes conclusiones que son relevantes para absolver la consulta:

- i. El Estado debe intervenir en la prestación de los servicios públicos para conseguir los fines señalados en el artículo 334 de la Constitución, así como para garantizar la prestación eficiente de los mismos a todos los habitantes del territorio nacional (artículo 365), el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de la población y la solución de las necesidades insatisfechas de salud, saneamiento ambiental y agua potable (artículo 366).
- ii. Uno de los mecanismos con los cuales se ejerce dicha intervención consiste en la inspección, vigilancia y control de las personas que prestan servicios públicos, función que la Constitución Política asigna directamente al Presidente de la República y que éste debe ejercer por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, cuando se trate de esa clase de servicios públicos.

- iii. Los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, de acuerdo con lo que disponga la ley.
- iv. Independientemente de quien preste dichos servicios, el Estado conserva la potestad de regularlos, controlarlos y vigilarlos, así como de reservarse la prestación exclusiva de algunos de ellos, por razones de soberanía o de interés social.
- v. La prestación de los servicios públicos (domiciliarios o no) y la intervención del Estado en dicha actividad están sujetas al régimen que establezca la ley. Sobre este último punto la Corte Constitucional manifestó en la sentencia C- 293 de 1996:

“La competencia para la “regulación” de las actividades que constituyen servicios públicos se concede por la Constitución a la ley, a la cual se confía la misión de formular las normas básicas relativas a: la naturaleza, extensión y cobertura del servicio, su carácter de esencial o no, los sujetos encargados de su prestación, las condiciones para asegurar la regularidad, permanencia, constancia, calidad y eficiencia en su prestación, las relaciones con los usuarios, en lo que atañe a sus deberes, derechos, al régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que presten el servicio, el régimen tarifario, y la manera como el Estado ejerce el control, la inspección y la vigilancia para asegurar su prestación eficiente (arts. 1, 2, 56, 150-23, 365, 367, 368, 369 y 370 C.P).”²³²

En relación con la inspección, vigilancia y control de los servicios públicos domiciliarios y las personas que los prestan, el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001²³³, establece que “*las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos*”. La misma disposición incluye, entre las funciones de la Superintendencia, las siguientes:

“(…) 1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.

2. Vigilar y controlar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, y apoyar las labores que en este mismo sentido desarrollan los “comités municipales de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios”; y sancionar sus violaciones. “(…)

²³² Corte Constitucional. Sentencia C- 263 del 13 de junio de 1996. Expediente No. D-1059.

²³³ “Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994”.

9. Mantener un registro actualizado de las entidades que prestan los servicios públicos.

10. Tomar posesión de las empresas de servicios públicos, en los casos y para los propósitos que contemplan el artículo 59 de la Ley 142 de 1994 y las disposiciones concordantes.

11. Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores de servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, de acuerdo con los indicadores definidos por las Comisiones de Regulación...

“(...) 22. Verificar la consistencia y la calidad de la información que sirve de base para efectuar la evaluación permanente de la gestión y resultados de las personas que presten servicios públicos sometidos a su control, inspección y vigilancia...”

“(...) 25. Sancionar a las empresas que no respondan en forma oportuna y adecuada las quejas de los usuarios.

(...) 27. Pedir a las autoridades competentes, en el evento de toma de posesión, que declaren la caducidad de los contratos de concesión, en los términos del artículo 121 de la Ley 142 de 1994. “(...)”

Y el párrafo segundo del mismo artículo establece las funciones del Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, entre las cuales se destaca:

“2. Sancionar, en defensa de los usuarios y para proteger la salud y bienestar de la comunidad, a los alcaldes y administradores de aquellos municipios que presten en forma directa uno o más servicios públicos cuando incumplan las normas de calidad que las Comisiones de Regulación exijan de modo general, o cuando suspendan el pago de sus obligaciones, o cuando carezcan de contabilidad adecuada o, cuando violen en forma grave las obligaciones que ella contiene.

“(...) 5. Adelantar las investigaciones, cuando las Comisiones de Regulación se lo soliciten en los términos del artículo 73.18 de la Ley 142 de 1994, e imponer las sanciones de su competencia. (...)”

“(...) 7. Imponer las sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, en los términos de los artículos 81 de la Ley 142 de 1994 y 43 de la Ley 143 de 1994”.

Para el cabal entendimiento de lo dispuesto por el numeral 2 del párrafo 2° de la norma citada ha de recordarse que el artículo 6° de la Ley 142 consagra los eventos en los cuales los municipios pueden prestar en forma directa uno o varios servicios públicos domiciliarios. El inciso segundo de dicho artículo estatuye que, en tales casos,

“los municipios y sus autoridades quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley misma, a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las Comisiones y al control, inspección, vigilancia y contribuciones de la Superintendencia de servicios públicos y de las Comisiones”.

En consonancia con lo dispuesto en el artículo 79, parágrafo segundo, numeral 5° de la Ley 142 de 1994, antes citado, las comisiones de regulación están facultadas para *“pedir al Superintendente que adelante las investigaciones e imponga las sanciones de su competencia, cuando tenga indicios de **que alguna persona** ha violado las normas de esta Ley”*, tal como lo prevé el artículo 73, numeral 18 ibídem.

Estas funciones se encuentran reiteradas, desarrolladas y repartidas, entre las diferentes dependencias de la Superintendencia, en el Decreto 990 de 2002²³⁴. El artículo 3° de dicho decreto señala que *“la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en desarrollo de la finalidad social del Estado, ejercerá la función Presidencial (sic) de inspección, vigilancia y control, de acuerdo con el nivel de riesgo, características y condiciones **de las personas prestadoras**, atendiendo los siguientes principios: (...)”*. (Se resalta).

El artículo 5° enumera las funciones de la Superintendencia en términos similares a los utilizados por el artículo 79 de la Ley 142 y le asigna las siguientes funciones especiales:

“(...) 3. Vigilar las empresas que no sean de servicios públicos en los términos del artículo 73, numeral 2 de la Ley 142 de 1994.

“(...) 10. Sancionar a las empresas de servicios públicos domiciliarios, cuando no apliquen al cobro de sus tarifas residenciales, las estratificaciones adoptadas por decretos de los alcaldes, máximo cuatro (4) meses después de vencidos los plazos previstos en el artículo 3° de la Ley 732 de 2002.

“(...) 45. Ordenar, cuando a ello haya lugar, la separación de los gerentes o miembros de las juntas directivas de las empresas cuando éstas incumplan de manera reiterada los índices de eficiencia, los indicadores de gestión y las normas de calidad definidos. (...)”.

En relación con el numeral 3 es importante señalar que, conforme al artículo 73, numeral 2° de la Ley 142 de 1994, las comisiones de regulación de los diferentes servicios públicos pueden

*“... someter a su regulación, **a la vigilancia del Superintendente**, y a las normas que esta Ley contiene en materia de tarifas, de información y de actos y contratos, a **empresas determinadas que no sean de servicios públicos**, pero respecto de*

²³⁴ “Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”.

las cuales existan pruebas de que han realizado o se preparan para realizar una de las siguientes conductas:

- a) *Competir deslealmente con las de servicios públicos;*
- b) *Reducir la competencia entre empresas de servicios públicos;*
- c) *Abusar de una posición dominante en la provisión de bienes o servicios similares a los que éstas ofrecen” (se resalta).*

De todo lo hasta aquí considerado puede concluirse que la función de inspección, vigilancia y control que la propia Constitución Política asignó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como delegataria del Presidente de la República, recae sobre las personas que prestan dichos servicios, bien sea que lo hagan en forma legal, pública y con las debidas autorizaciones del Estado, o ya de manera irregular, ilegal y/o clandestina, previo el sometimiento que de estas últimas ordenen las respectivas comisiones de regulación.

Esta función incluye la atribución de llevar a cabo investigaciones administrativas e imponer las sanciones previstas en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, las cuales, como se infiere, deben recaer sobre los citados prestadores, y en algunos casos específicos sobre los administradores y empleados de los prestadores, como más adelante se verá. Es de relevancia, por lo tanto, determinar quiénes pueden prestar válidamente servicios públicos domiciliarios, tema que regula el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 en los siguientes términos:

“Artículo 15. Personas que prestan servicios públicos. Pueden prestar los servicios públicos:

15.1. Las empresas de servicios públicos.

15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.

15.6. *Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17”.*

En relación con las “empresas de servicios públicos” mencionadas en el numeral 15.1 se recuerda que deben constituirse como sociedades por acciones, tal como lo ordena el artículo 17 ibídem, y que, dependiendo de la composición de su capital social, pueden ser empresas de servicios públicos oficiales, mixtas o privadas, de la forma en que están definidas en los numerales 5, 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, y en el artículo 84 de la Ley 489 de 1998²³⁵. Respecto de los prestadores indicados en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 142 de 1994 es pertinente aclarar que se trata de aquellos que el artículo 14 numeral 5 de la misma ley denomina “*productor marginal, independiente o para uso particular*” y que define como

“la persona natural o jurídica que utilizando recursos propios y técnicamente aceptados por la normatividad vigente para cada servicio, produce bienes o servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos para sí misma o para una clientela compuesta exclusivamente por quienes tienen vinculación económica directa con ella o con sus socios o miembros o como subproducto de otra actividad principal”.

En cuanto a las “organizaciones autorizadas” para prestar servicios públicos en municipios menores, zonas rurales y áreas o zonas urbanas específicas, a las cuales alude el numeral 15.4 de la misma norma, se trata de personas jurídicas sin ánimo de lucro, como lo dispone el artículo 1º del Decreto Reglamentario 421 de 2000²³⁶, y así lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C- 741 de 2003²³⁷.

Finalmente es de tener en cuenta que las entidades públicas descentralizadas que venían prestando servicios públicos domiciliarios antes de la Ley 142, y que pretendían seguir haciéndolo, debieron transformarse en una empresa de servicios públicos (sociedad por acciones) o en una empresa industrial y comercial del Estado, como lo mandaban los artículos 17 y 180 ibídem y la Ley 286 de 1996²³⁸.

235 “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades y organismos 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”.

236 “Por el cual se reglamenta el numeral 4 del artículo 15 de la Ley 142 de 1994, en relación con las organizaciones autorizadas para prestar los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico en municipios menores, zonas rurales y áreas urbanas específicas”.

237 Corte Constitucional. Sentencia C-741 del 28 de agosto de 2003. En esta sentencia, la Corte manifestó sobre estas asociaciones: “La referencia a “organizaciones autorizadas” que hace el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, está estrechamente vinculado (sic) con la permisión de prestar servicios públicos a las comunidades organizadas que consagra el artículo 365 Superior. “Si bien el artículo 365 de la Carta, al autorizar que las “comunidades organizadas” pudieran prestar directa o indirectamente servicios públicos, no estableció una forma jurídica específica bajo la cual éstos participarían, sí distinguió su actividad de aquella que pudieran prestar los particulares, como lo evidencia el que el artículo hable tanto de “comunidades organizadas” como de “particulares.” Así lo entendió el Legislador en la Ley 142 de 1994, que al señalar que las “organizaciones autorizadas” podían participar en la prestación de servicios públicos domiciliarios, las separó del régimen aplicable a las empresas de servicios públicos y de otras formas de organización, inspiradas principalmente por un interés empresarial. El desarrollo posterior de la Ley 142 de 1994 en materia de participación de las “organizaciones autorizadas” en la prestación de servicios públicos refleja la especificidad de este ánimo solidario. (...)”

238 “Por la cual se modifican parcialmente las Leyes 142 y 143 de 1994”. Esta ley señaló el deber de convertirse en empresas de servicios públicos a las entidades descentralizadas que todavía se encontraban prestando servicios públicos domiciliarios y que no se hubieran transformado en empresas industriales y comerciales del Estado, como lo explicó esta Sala en el concepto N° 1003 del 10 de septiembre de 1997.

Es claro, por lo tanto, que de los prestadores de servicios públicos domiciliarios citados en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, los únicos que podrían tener la calidad de personas naturales son los “*productores marginales, independientes o para uso particular*”, sin contar a aquellas personas naturales que, por realizar de forma ilegal, irregular y/o clandestina actividades propias de las empresas de servicios públicos, sean sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por orden de la respectiva comisión de regulación, como ya se explicó.

B. Principios generales del derecho administrativo sancionatorio

Dado que la consulta se refiere a las potestades de la Superintendencia para sancionar a personas naturales, es inevitable hacer alusión a los principios generales que orientan el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado en el campo administrativo, y hacer énfasis, para los efectos de esta consulta, en el principio de legalidad. En relación con este asunto y el siguiente, relativo al procedimiento administrativo sancionatorio, la Sala reiterará los lineamientos expuestos en el concepto N° 2159 de 2013²³⁹. Sobre el poder sancionador del Estado, en general (“*ius puniendi*”), la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

“4. Esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que el derecho sancionador del Estado en ejercicio del ius puniendi, es una disciplina compleja que envuelve, como género, al menos cuatro especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario y el derecho correccional. Salvo la primera de ellas, las demás especies del derecho punitivo del Estado corresponden al denominado derecho administrativo sancionador.

“El derecho administrativo sancionador, en términos de la doctrina y la jurisprudencia constitucional, supone una ruptura del principio clásico de la tridivisión de poderes, en la medida en que la represión de los ilícitos ya no corresponde de manera exclusiva al poder judicial, y más concretamente a la justicia penal. En efecto, el modelo absoluto de separación de funciones del poder público, se reveló como insuficiente ante el incremento de deberes y obligaciones de los particulares, como de funciones públicas de los servidores del Estado, que ante su incumplimiento merecían la imposición de una sanción. Sin embargo, no todas las infracciones eran susceptibles del mismo tratamiento, pues en atención a los intereses que se pretendían proteger con cada una las disciplinas del derecho punitivo del Estado, se distinguieron aquellas que serían objeto de sanción directa por la Administración, y aquellas otras que se reservarían para la justicia penal. (...)”²⁴⁰

En cuanto a la finalidad de la potestad sancionadora de la administración puntualizó la Corte en la misma sentencia:

²³⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N° 2159 del 30 de octubre de 2013.

²⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 2005.

“En la actualidad, es innegable que a través del derecho administrativo sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no sólo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas. En consecuencia, a juicio de esta Corporación, la potestad sancionadora de la Administración permite asegurar la realización de los fines del Estado, al otorgarle a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal (C.P. arts. 1°, 2°, 4° y 16). (...)”

El derecho administrativo sancionador no se manifiesta solamente en el plano interno de la Administración Pública, como sucede con la potestad de control disciplinario, pues se proyecta hacia todo el conglomerado social sin que sea necesario que exista en todos los casos una relación de sujeción especial entre el Estado y las personas pasibles de sanción.

Esta potestad de la administración ha tenido un desarrollo importante en los últimos tiempos debido al incremento de las funciones estatales de intervención, planeación, vigilancia, inspección y control de distintos sectores económicos, con el fin de redistribuir el ingreso, garantizar la satisfacción de las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos fundamentales, asegurar la prestación de los servicios públicos, proteger el medio ambiente, fomentar el acceso de las personas a la propiedad de la tierra y de las empresas, entre otras. La multiplicación de estas competencias ha generado, a su vez, un correlativo aumento de los poderes sancionatorios del Estado.

La potestad sancionatoria es potestad del Estado y la ejercen no solo las entidades y servidores públicos sino también los particulares que ejercen funciones administrativas, quienes en tales casos actúan como autoridades.

El ejercicio de esta potestad sancionatoria se puede observar en muy diversos campos de la vida económica y social. A manera de ejemplo cabe citar las regulaciones ambientales (Ley 1333 de 2009), las urbanísticas (Ley 388 de 1997), las tributarias (Estatuto Tributario), las cambiarias (Decreto 2245 de 2011), las bursátiles (Ley 964 de 2005), las del sistema financiero (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), las deportivas (Decreto 1228 de 1995), las referentes a la protección de datos personales (Ley 1581 del 2012) y las de protección del consumidor (Ley 1480 de 2011), entre muchas otras.

Más allá de las diferencias que puedan existir en cada uno de estos ámbitos en cuanto al procedimiento, al tipo de sanciones, a sus propósitos particulares, a los criterios para su graduación y aplicación, y a los sujetos activo y pasivo, esta

manifestación del poder soberano del Estado se encuentra gobernada por unos principios generales o comunes que la jurisprudencia, la doctrina y la ley han decantado cada vez con mayor precisión.

Hasta antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011 la jurisprudencia y la doctrina coincidían en señalar que los procedimientos administrativos sancionatorios estaban guiados principalmente por el artículo 29 de la Constitución Política, que ordena la aplicación del “*debido proceso*” en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y en virtud del cual “*nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*”.

Ya con el nuevo código se tiene que el numeral 1 del artículo 3° de Ley 1437 menciona expresamente los principios que deben guiar la actividad sancionatoria del estado, esto es, los principios de legalidad de las faltas y sanciones, de presunción de inocencia, de la prohibición de hacer más gravosa la situación del apelante único y la prohibición de investigar y sancionar dos veces la misma falta.

De estos principios resalta la Sala el de legalidad, que constituye la columna vertebral de la actuación administrativa sancionatoria, y representa para los administrados una doble garantía. La primera, de carácter *material*, conforme a la cual no puede haber infracción ni sanción administrativa sin que la ley las determine previamente (*lex previa*), por lo cual no es posible que las faltas o las sanciones se creen *ex post facto*, *ad hoc* o *ad personam*. Implica también que debe haber certeza (*lex certa*) sobre la sanción que se impone, en la medida en que esta debe estar consagrada en forma clara y expresa en una norma preexistente al hecho que se imputa, lo cual descarta la imposición de sanciones por simple analogía o extensión²⁴¹.

En segundo término la legalidad envuelve una garantía de tipo “*formal*”, indispensable si se tiene en cuenta, de una parte, que la falta administrativa define y limita el ámbito de lo lícito y que, de otra parte, la sanción habilita a la administración para privar a un particular de determinados bienes o derechos o para limitarlos. Dicha garantía consiste en que la facultad sancionadora debe ser conferida por la ley,²⁴² y por consiguiente no puede un simple acto administrativo u otra norma de rango inferior a la ley instituir facultades sancionatorias, crear faltas o penas ni instrumentar los procedimientos administrativos para imponerlas. Sobre este punto la Corte Constitucional ha señalado:²⁴³

241 Al respecto ver sentencia del 22 de octubre de 2009 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”. Radicación No. 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738). También las sentencias C-948 de 2002, C-917 de 2001, C-616 de 2002, C-181 de 2002, C-712 de 2002, C897 de 2005, C-507 de 2006 de la Corte Constitucional, entre muchas otras.

242 No obstante, en materia administrativa esta garantía, así como todas aquellas que hacen parte del derecho al debido proceso, tienen una aplicación más flexible, en atención a las características especiales que presenta la Administración Pública. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-860 de 2006 señaló: “*Cuando se trata del derecho administrativo sancionador, el principio de legalidad de las sanciones administrativas sólo exige que una norma con fuerza material de ley contemple una descripción genérica de las conductas sancionables, las clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a los actos administrativos la descripción pormenorizada de las conductas reprochables, sin que pueda decirse en este caso que las normas de carácter reglamentario complementan los enunciados legales, pues se trata de una remisión normativa contemplada específicamente por la disposición legal de carácter sancionador*”.

243 Corte Constitucional, sentencia C-1161 del 6 de septiembre de 2000. Expediente D-2851.

“10- Uno de los principios esenciales en el derecho sancionador es el de la legalidad, según el cual las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa (tipicidad) sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa²⁴⁴. Además, es claro que el principio de legalidad implica también que la sanción debe estar predeterminada ya que debe haber certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta pues, como esta Corporación ya lo había señalado, las normas que consagran las faltas deben estatuir “también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquéllas”²⁴⁵

11- Las sanciones administrativas deben entonces estar fundamentadas en la ley, por lo cual, no puede transferirse al Gobierno una facultad abierta en esta materia...”

C. El procedimiento administrativo sancionatorio

Antes de la expedición del procedimiento aplicable para cada régimen sancionatorio administrativo se encontraba disgregado en numerosos estatutos especiales, afectados de vacíos, incongruencias y contradicciones. Para resolver este estado de cosas la Ley 1437 de 2011 reguló y organizó por primera vez un procedimiento administrativo sancionatorio general, en seis artículos que conforman el capítulo III del título III, los cuales sirven de eje básico para el ejercicio de esta potestad estatal. Al respecto el artículo 47 del nuevo código dispuso:

“Artículo 47. Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.

“Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado.

“Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso.

“Los investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentar los descargos y solicitar o aportar las

244 “[7] Ver, entre otras, la sentencia C-597 de 1996. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento 12”.

245 “[8] Sentencia C-417/93. MP José Gregorio Hernández Galindo. Consideración de la Corte No 3. En el mismo sentido, ver sentencia C-280 de 1996”.

pruebas que pretendan hacer valer. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.

“Parágrafo. *Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia”.*

Del artículo transcrito se pueden extraer las siguientes notas características de este procedimiento general:

(i) No se derogan los procedimientos regulados por leyes especiales, por lo cual tales regulaciones continúan rigiendo.

(ii) Se excluyen del ámbito de aplicación de este procedimiento el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) y las reglas sancionatorias en materia contractual.

(iii) Se establece el carácter subsidiario del procedimiento cuando no exista ley especial que regule la materia.

(iv) Se otorga carácter supletorio a este procedimiento frente a los vacíos que puedan presentar los procedimientos especiales.

(v) Se regulan, entre otras cuestiones, la forma de iniciación de la actuación (de oficio o por solicitud de parte) y las etapas en las que se divide el trámite administrativo (instrucción y decisión).

(vi) Se consagran las formalidades para el inicio de la investigación y para la expedición y notificación del pliego de cargos, el cual debe contener, entre otros puntos: los hechos que originan la actuación; las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, es decir los sujetos a quienes se imputan los hechos o conductas; las disposiciones que se consideran vulneradas, y las sanciones o medidas que serían procedentes, conforme a lo previsto en la ley.

(vii) Contra el pliego de cargos no se contempló la posibilidad de interponer recurso alguno, bajo la consideración de que se trata de un acto administrativo de trámite, y que el investigado puede ejercer su derecho de defensa contra dicho documento mediante la respuesta a los cargos que se le imputan.

(viii) Igualmente, el investigado puede hacer uso de su derecho de contradicción al cuestionar las pruebas que en su contra tenga la administración, al aportar y solicitar nuevas pruebas, al desvirtuar las normas que el Estado considere infringidas y, en general, al oponerse a los argumentos y a las conclusiones fácticas y jurídicas que estén contenidas en el pliego de cargos.

(ix) Se establece como garantía para el investigado que, al solicitar y aportar nuevas pruebas, la administración sólo podrá rechazarlas de manera motivada.

Ahora bien, el artículo 48 de la Ley 1437 diferencia y regula dos etapas del proceso sancionador: el periodo probatorio y el traslado al investigado para que presente sus alegatos²⁴⁶. Una vez concluyan los trámites descritos en los artículos 47 y 48 citados, la autoridad que adelanta la actuación debe adoptar la decisión definitiva²⁴⁷, que puede ser de exoneración, caso en el cual se archivará el expediente, o de declaratoria de responsabilidad, con la imposición de la respectiva sanción. Para una y otra situaciones la administración tiene un plazo de treinta (30) días después de la presentación de los alegatos. Por tratarse de un acto administrativo definitivo, contra este proceden los recursos de que trata el artículo 76²⁴⁸ del mismo código.

Al adoptar la decisión definitiva la administración deberá mantener las mismas garantías formales establecidas para el pliego de cargos, acto con el cual deberá guardar coherencia, en virtud de los principios de congruencia y del debido proceso. El nuevo código también consagra una serie de criterios que debe tener en cuenta la administración al definir la gravedad de la falta y la correspondiente sanción a imponer. Para el efecto se establecen las causales que agravan o atenúan la conducta y la respectiva sanción, según el caso²⁴⁹.

Por otro lado, la Ley 1437 faculta a la autoridad que lleva a cabo el procedimiento administrativo sancionatorio para adelantar el trámite incidental descrito en el artículo 51, frente a particulares renuentes a suministrar información en el curso de las investigaciones, o que oculten, impidan o no autoricen el acceso de los funcionarios competentes a los archivos, o remitan la información con errores significativos o en forma incompleta. Estas conductas, por atentar contra el principio de la buena fe que debe regir las relaciones entre los administrados y la administración (artículo 3, numeral 9 ibídem), pueden ser sancionadas con multa de hasta cien (100) salarios mínimos mensuales vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos.

246 "Artículo 48. Periodo probatorio. Cuando deban practicarse pruebas se señalará un término no mayor a treinta (30) días. Cuando sean tres (3) o más investigados o se deban practicar en el exterior el término probatorio podrá ser hasta de sesenta (60) días. Vencido el periodo probatorio se dará traslado al investigado por diez (10) días para que presente los alegatos respectivos".

247 "Artículo 49. Contenido de la decisión. El funcionario competente proferirá el acto administrativo definitivo dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de los alegatos.

El acto administrativo que ponga fin al procedimiento administrativo de carácter sancionatorio deberá contener:

1. La individualización de la persona natural ó jurídica a sancionar.
2. El análisis de hechos y pruebas con base en los cuales se impone la sanción.
3. Las normas infringidas con los hechos probados.
4. La decisión final de archivo o sanción y la correspondiente fundamentación".

248 "Artículo 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso (...)".

249 "Artículo 50. Graduación de las sanciones. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables:

1. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados.
2. Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.
3. Reincidencia en la comisión de la infracción.
4. Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.
5. Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.
6. Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.
7. Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente
8. Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas".

Por otra parte, en este capítulo el legislador reguló la caducidad de la acción y de la prescripción de la sanción, como salvaguardas de la seguridad jurídica que condicionan el ejercicio de cualquier potestad sancionatoria²⁵⁰.

Finalmente, una de las consideraciones más importantes que tuvo la Ley 1437 de 2011 frente al procedimiento administrativo sancionatorio fue la de ordenar que su interpretación y aplicación se hiciera conforme a los principios consagrados en el artículo 3° y en la Constitución Política.

D. El caso concreto

Las consideraciones precedentes dejan en claro que la determinación de las sanciones que puede imponer la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control, es un asunto reservado a la ley. La reserva de ley obra de manera especial en lo relacionado con la tipificación de las conductas que constituyen infracción administrativa, la fijación de las sanciones, los criterios de graduación de las sanciones, la definición de los sujetos activo y pasivo y el señalamiento del procedimiento que deba seguirse.

Ahora bien, las sanciones que puede imponer la Superintendencia de Servicios Públicos están consagradas en el artículo 81 de la Ley 142 así:

*“Artículo 81. Sanciones. La Superintendencia de servicios públicos domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones **a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas**, según la naturaleza y la gravedad de la falta:*

81.1. Amonestación.

81.2. Multas hasta por el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales. El monto de la multa se graduará atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público, y al factor de reincidencia. Si la infracción se cometió durante varios años, el monto máximo que arriba se indica se podrá multiplicar por el número de años. Si el infractor no proporciona información suficiente para determinar el monto, dentro de los treinta días siguientes al requerimiento que se le formule, se le aplicarán las otras sanciones que aquí se prevén. Las multas ingresarán al patrimonio de la Nación, para la atención de programas de inversión social en materia de servicios públicos, salvo en el caso al que se refiere el numeral 79.11. Las empresas a las que se multe podrán repetir contra quienes hubieran realizado los actos u omisiones que dieron lugar a la sanción. La repetición será

²⁵⁰ “Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiese ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.

Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria”.

obligatoria cuando se trate de servidores públicos, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución.

81.3. Orden de suspender de inmediato todas o algunas de las actividades del infractor, y cierre de los inmuebles utilizados para desarrollarlas.

81.4. Orden de separar a los administradores o empleados de una empresa de servicios públicos de los cargos que ocupan; y prohibición a los infractores de trabajar en empresas similares, hasta por diez años.

81.5. Solicitud a las autoridades para que decreten la caducidad de los contratos que haya celebrado el infractor, cuando el régimen de tales contratos lo permita, o la cancelación de licencias así como la aplicación de las sanciones y multas previstas pertinentes.

81.6. Prohibición al infractor de prestar directa o indirectamente servicios públicos, hasta por diez años.

*81.7. Toma de posesión en una **empresa de servicios públicos**, o la suspensión temporal o definitiva de sus autorizaciones y licencias, cuando las sanciones previstas atrás no sean efectivas o perjudiquen indebidamente a terceros.*

“Las sanciones que se impongan a personas naturales se harán previo el análisis de la culpa del eventual responsable y no podrán fundarse en criterios de responsabilidad objetiva”. (Las subrayas no son del texto original).

Es indudable, como señaló la Sala en el concepto N° 931 de 1997, y también la Sala Contencioso Administrativa de esta Corporación en la sentencia del 7 de septiembre de 2000, que la norma transcrita permite aplicar sanciones a personas jurídicas y a personas naturales. Si no fuera así, resultaría completamente inútil e inexplicable lo que preceptúa el inciso final de esta disposición, en el sentido de que debe analizarse la culpabilidad del eventual responsable cuando se pretenda imponer alguna sanción a una persona natural. Con todo, esta conclusión preliminar no es suficiente para esclarecer a cuáles personas naturales puede sancionar la Superintendencia ni para determinar cuáles de las sanciones previstas en la referida disposición puede imponerles.

La interpretación puramente literal y aislada del primer inciso de esta norma en la parte que se subraya, es decir, cuando señala que las sanciones se impondrán “a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas”, tampoco resulta suficiente, pues con dicha hermenéutica podría concluirse que la Superintendencia podría aplicar **todas** las sanciones allí previstas, no sólo a los administradores de las empresas y los demás prestadores de servicios públicos, sino también a cualquiera de sus empleados e, incluso, a los propios usuarios de los servicios públicos domiciliarios, pues es indudable que todos ellos están sujetos a las disposiciones de la Ley 142 de 1994 y a las demás normas que regulan dichos servicios, por lo cual están obligados a conocerlas y respetarlas.

En este punto la Sala hace suyas las palabras de la Sección Primera de esta Corporación, cuando en el citado fallo del 7 de septiembre de 2000 expresó:

“... para la Sala es evidente que, en virtud de la especificidad del precepto transcrito, en cuanto contempla la infracción que motivó la investigación que culminó con los actos demandados, determinando expresamente como consecuencia de la misma, la obligación de sancionar a la empresa prestadora del servicio, no procedería la sanción de índole personal. En efecto, en atención al principio de taxatividad de los hechos, acciones u omisiones elevados a rango de infracciones, como de las sanciones imponibles, no podría la administración decidir la imposición de una medida coercitiva de naturaleza personal, sin incurrir en violación del canon legal que definió expresamente la sanción institucional para esta infracción específica”.

En armonía con estos criterios, por ejemplo, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 633 de 1993) señala con precisión las personas naturales que pueden ser objeto de este tipo de sanciones por parte de la Superintendencia Financiera e, incluso, de la Superintendencia Nacional de Salud, esto último en el caso de las clínicas, hospitales y demás instituciones de salud que incumplan su deber de atender a las víctimas de accidentes de tránsito. En efecto, el artículo 209 ibídem, bajo el título de “*sanciones administrativas personales*”, estatuye que la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) puede imponer las sanciones previstas en dicha normatividad a “*los directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales u otros funcionarios o empleados de una institución sujeta a su vigilancia, cuando incurran en cualquiera de los siguientes eventos: (...)*”. Las sanciones que la referida autoridad puede aplicar en tales casos son las consagradas en el artículo 208, numeral 3 del mismo Estatuto, en relación con el cual vale la pena observar, a título de ejemplo, que el literal b) distingue el monto máximo de las multas que pueden ser impuestas a personas naturales, de aquel que corresponde a las personas jurídicas.

Así mismo el artículo 195 numeral 3 de dicho Estatuto dispone que “*los representantes legales, administradores, funcionarios y, en general, los responsables del incumplimiento en la atención obligatoria de las víctimas en los establecimientos hospitalarios o clínicos y las entidades de seguridad y previsión social de los subsectores oficial y privado del sector salud, serán sancionados con multas hasta por el equivalente a trescientos (300) salarios mínimos legales diarios vigentes, o, incluso, con la cesación de su vínculo legal y reglamentario y, en su caso, con la destitución*”, castigos que pueden ser impuestos por la Superintendencia Nacional de Salud.

Así entonces, en el caso de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es necesario precisar cuáles personas naturales pueden ser objeto de sanciones administrativas por parte de dicha entidad y cuáles sanciones les pueden ser aplicadas.

Como ya se explicó, las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios recaen sobre los prestadores

de dichos servicios, y buscan asegurar el cumplimiento efectivo de las normas que regulan tales actividades, con el fin último de lograr los objetivos que la Constitución establece: la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del país; el mejoramiento de la calidad de vida de las personas; la satisfacción de las necesidades básicas insatisfechas en materia de salud, saneamiento básico y agua potable; la defensa de los derechos de los usuarios, y la protección de la libre competencia económica, entre otros.

Algunos de los instrumentos mediante los cuales se ejerce dicha función de inspección, vigilancia y control consisten en la realización de visitas, la solicitud de información y documentos, la apertura de indagaciones e investigaciones administrativas **y la imposición de sanciones.**

En cuanto a las sanciones aplicables a los prestadores de dichos servicios públicos, señalados y regulados en la Ley 142 de 1994, debe observarse que si bien algunos numerales del artículo 81 de la Ley 142 se refieren específicamente a “empresas de servicios públicos” o “empresas”, tal disposición y por ende todas las sanciones allí previstas, son aplicables también a los demás prestadores de servicios públicos domiciliarios, así no hayan adoptado la forma específica de sociedades por acciones ni se hayan constituido o transformado, por lo tanto, en “empresas de servicios públicos domiciliarios”, ya que la misma ley, en sus artículos 3, 6, 17, 58, 75 y 79, entre otros, dispone expresamente que **los otros** prestadores de servicios públicos domiciliarios (municipios, empresas industriales y comerciales del Estado etc.) estarán sometidos al mismo régimen que se aplica a las empresas de servicios públicos domiciliarios y sus administradores, en todo lo que no resulte contrario a la Constitución Política y la ley.

En consecuencia, para referirse a las sanciones “personales” que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios puede imponer, es necesario distinguir: (i) las sanciones que puede imponer a personas naturales que por cualquier razón presten directamente servicios públicos domiciliarios, y (ii) las sanciones que puede imponer a los administradores y empleados de los prestadores de dichos servicios. En relación con este segundo punto debe tenerse en cuenta la situación particular de los alcaldes de aquellos municipios que prestan directamente esta clase de servicios, y de sus respectivos administradores, ya que la Ley 142 les dedica una norma especial (el artículo 6°).

1. Personas naturales que prestan servicios públicos domiciliarios

Tal como se indicó en la parte inicial de las consideraciones, las únicas personas naturales que pueden tener válidamente la condición de prestadores de servicios públicos domiciliarios son los que la ley denomina “*productor marginal, independiente o para uso particular*”, ya que para todos los demás la Ley 142 y sus decretos reglamentarios exigen tener la calidad de personas jurídicas (públicas o privadas, con ánimo de lucro o sin éste, según el caso).

Adicionalmente es necesario recordar el caso excepcional de aquellas personas naturales que por ofrecer ilegalmente servicios públicos domiciliarios o actividades propias de los mismos, o realizar conductas que, de otra forma, puedan competir deslealmente con los prestadores de servicios públicos domiciliarios, o reducir la competencia en este sector, o abusar de su posición dominante en la provisión de bienes o servicios similares, sean sometidas por la respectiva comisión de regulación a la vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Por lo tanto, esa Superintendencia solamente podría sancionar a los siguientes prestadores de servicios públicos, cuando se trate de personas naturales: (i) a los productores marginales, independientes o para uso particular, y (ii) a las personas naturales que llegaren a ser sometidas a la vigilancia de la Superintendencia por orden de la comisión de regulación correspondiente.

Tales individuos, en su calidad de prestadores de servicios públicos domiciliarios (legales o ilegales) pueden ser sujetos pasivos de cualquiera de las sanciones previstas en el artículo 81 de la Ley 142, pues la Sala no encuentra que alguna de dichas sanciones sea, por su naturaleza, imposible de aplicar a una persona natural. En efecto, nótese que incluso la toma de posesión podría aplicarse a una persona natural, en la medida en que esta constituya o se comporte económicamente como una empresa.²⁵¹

2. Sanciones a los administradores y empleados de los prestadores de servicios públicos domiciliarios

La consulta plantea dos cuestiones adicionales. En primer lugar, si la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios puede aplicar a los administradores y empleados de los prestadores de servicios públicos, en su condición de personas naturales, **cualquiera** de las sanciones previstas en el citado artículo 81, y en segundo lugar si cualquiera de dichas sanciones podría ser impuesta a los alcaldes y a los administradores de tales servicios, en aquellos casos de los municipios que prestan directamente uno o varios servicios públicos domiciliarios.

a. Sanciones a los administradores y empleados de los prestadores de servicios públicos domiciliarios diferentes de los municipios

En relación con lo primero es importante reiterar que quienes son sujetos de la inspección, vigilancia y control del Presidente de la República, por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, son los prestadores de dichos servicios (sean personas jurídicas o naturales) y no los administradores ni los empleados de los mismos. Si bien los prestadores y sus empleados, al igual que otras personas, están obligados a conocer y cumplir las normas de la Ley 142 de 1994 y las demás que regulan los servicios públicos, esto no los convierte por igual

²⁵¹ A este respecto, vale la pena recordar que más allá de la definición de “empresa de servicios públicos domiciliarios” que trae la Ley 142 de 1994, y la cual necesariamente implica la calidad de sociedad por acciones, el artículo 25 del Código de Comercio dispone que “se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios”, actividad que puede ser desarrollada por una persona natural.

en sujetos de la inspección, vigilancia y control que ejerce dicha Superintendencia ni, por ende, en destinatarios de todas las sanciones que ésta puede aplicar.

En esa medida el inciso final del artículo 3° de la Ley 142, cuando señala que **“todos los prestadores quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley, a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las Comisiones, al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos, y a las contribuciones para aquéllas y ésta”** (se resalta), no puede interpretarse como lo propone la consulta, es decir, como si los administradores de los prestadores de servicios públicos estuvieran sujetos a las mismas normas, procedimientos, requisitos y controles que la ley señala para dichos prestadores (incluyendo las sanciones). Lo que tal precepto establece es, por una parte, el deber que todos los prestadores y sus respectivos administradores tienen de cumplir las normas contenidas en la Ley 142 de 1994, aquellas emanadas de las comisiones de regulación y las órdenes e instrucciones de la Superintendencia, y por otra parte que todos los prestadores y sus administradores están sujetos, en cuanto sea posible y no resulte incompatible con la Constitución y la ley, al mismo régimen jurídico que se aplica a las empresas de servicios públicos domiciliarios (sociedades por acciones) y sus administradores, inclusive en lo relacionado con la inspección, vigilancia y control que sobre dichas empresas ejerce la Superintendencia del ramo.

De lo contrario podría llegarse al absurdo de concluir, por ejemplo, que no solamente los prestadores de servicios públicos deben pagar contribuciones a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por la vigilancia que esta ejerce sobre ellos, sino que también los administradores, en forma personal, deberían hacerlo por ser también sujetos (según esta tesis) de la inspección, vigilancia y control efectuada por dicha entidad.

Así las cosas, en relación con los administradores y empleados de las empresas y demás prestadores de servicios públicos, el artículo 81 de la Ley 142 de 1994 solamente faculta a la Superintendencia para imponerles las sanciones previstas en el numeral 81.4, que consiste en la orden de separarlos de sus cargos y en la prohibición de trabajar en empresas similares hasta por diez (10) años. Debido a que algunas de las preguntas formuladas en la consulta giran en torno a la interpretación de este numeral, es procedente hacer las siguientes aclaraciones en relación con los sujetos pasivos de estas sanciones y con su contenido o alcance material:

- i. En relación con los sujetos, la norma dispone que las sanciones consisten en la orden que la Superintendencia da al prestador de servicios públicos de separar a los administradores o empleados respectivos de sus cargos, y la prohibición de trabajar en empresas similares hasta por diez (10) años.

No desconoce la Sala que estas sanciones (sobre todo la primera) generan efectos indirectos para el prestador de servicios públicos, por cuanto se ve forzado a reemplazar a los administradores o empleados que deban ser separados de

sus cargos. Sin embargo el efecto directo y principal de dichas sanciones recae sobre las personas de los administradores o empleados involucrados, quienes no solamente pierden su empleo o posición actual sino que además quedan impedidos para trabajar en empresas similares por el término que fije la Superintendencia de Servicios Públicos, dentro del límite máximo previsto en la ley. En esa medida debe concluirse que se trata de sanciones esencialmente personales.

Por lo tanto, debido a la obligación de respetar los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa, si la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios estimare procedente aplicar estas sanciones en un determinado caso a administradores o empleados, debe comunicar el inicio de la investigación y luego notificar personalmente el pliego de cargos, tanto al prestador de servicios públicos, por intermedio de su representante legal, como a los administradores y empleados involucrados, en la forma que señala el artículo 47 del CPACA. Estas personas tienen, en adelante, todos los derechos y garantías que consagra el título III, capítulo III del citado código.

Dado que la responsabilidad de las personas naturales en este caso no puede ser objetiva, sino que debe basarse en la culpabilidad, como expresamente lo dispone el artículo 81 de la Ley 142 en su inciso final, el pliego de cargos que se formule a los administradores y empleados debe precisar, entre otros aspectos, su participación o intervención en la falta que se imputa y el grado de culpabilidad con el que hayan actuado presuntamente.

Ahora bien, si la Superintendencia pretendiera aplicar estas sanciones en forma exclusiva, o también si proyectara imponerlas en conjunto con otras penalidades al respectivo prestador de servicios públicos, por los mismos hechos y faltas, habría lugar a iniciar y llevar a cabo un solo procedimiento administrativo sancionatorio, de acuerdo con los principios de eficacia, economía y celeridad, que gobiernan, junto con otros, las actuaciones y procedimientos administrativos, según lo ordenado por el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011. Dicha actuación debe respetar y hacer valer en todo caso los derechos a la defensa y al debido proceso tanto del prestador como de los empleados y administradores concernidos.

Aunque las sanciones que se proponga aplicar sean solamente las del numeral 4° del artículo 81, las cuales, como se mencionó, son esencialmente personales, al procedimiento administrativo debe vincularse al respectivo prestador de servicios públicos domiciliarios (y no sólo a las personas naturales), ya que los hechos y las conductas a investigar necesariamente involucran y afectan al citado prestador, y eventualmente los mismos hechos y las mismas pruebas que se practiquen o aporten en la investigación podrían servir de fundamento para imponer otras sanciones, estas sí netamente institucionales, al prestador de servicios públicos, previa la formulación del correspondiente pliego de cargos.

Una segunda precisión sobre este punto consiste en que las sanciones previstas en el numeral 4° del artículo 81 citado pueden recaer sobre cualquier administrador o empleado de una empresa, pues así lo dispone la norma de manera expresa, y no

exclusivamente sobre uno o varios administradores, siempre que el administrador o el empleado de que se trate haya participado directamente en la comisión de la falta.

No ignora la Sala que la Sección Primera de esta Corporación, en la sentencia del 7 de septiembre de 2000, antes citada, manifestó para un caso concreto que las sanciones previstas en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994 sólo podrían ser aplicadas a los administradores de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, mas no a sus empleados, bajo la consideración de que *“tratándose de las faltas en que incurran empleados que, en razón de posición (sic) jerárquica dentro de la empresa, y esencialmente, por no detentar la calidad de administradores, no inciden en la dirección de la gestión a cargo de la empresa, desplegarán su función los órganos de control disciplinario que funcionen al interior de la entidad”*. Sin embargo la Sala de Consulta y Servicio Civil no encuentra razón suficiente para concluir, en contra de lo señalado expresamente en el artículo 81, numeral 4 de la Ley 142, que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no puede sancionar a cualquier empleado de un prestador de servicios públicos, como lo había manifestado la misma Sala en el concepto N° 931 de 1997, y como también lo expuso el Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo en su salvamento de voto a la citada decisión de la Sección Primera.

Sobre este punto se recuerda que, según el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, *“son administradores (de una sociedad), el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones”*.

Tales personas pueden ser o no empleados de la respectiva sociedad, y de hecho, en el caso del liquidador, del factor y de los miembros de las juntas o consejos directivos, generalmente se trata de personas vinculadas mediante contratos de mandato o de prestación de servicios profesionales. Por lo tanto, no todo administrador es un empleado de la respectiva persona jurídica, ni todos los empleados que ejercen cargos y funciones directivas al interior de una sociedad y que, por lo tanto, pueden fijar y ejecutar políticas o directrices, tomar decisiones importantes e incidir efectivamente en la gestión y en el desempeño de la entidad, tienen la calidad de “administradores”.

En efecto, puede haber empleados de los prestadores de servicios públicos domiciliarios que, a pesar de no ser administradores, ni ocupar incluso cargos en la alta gerencia o dirección de la respectiva entidad (subgerentes, vicepresidentes, directores etc.), tengan una participación directa y decisiva en la realización de una conducta que constituya infracción al régimen de los servicios públicos. Piénsese, por ejemplo, en el empleado encargado de organizar la facturación, o en el coordinador de la oficina encargada de recibir y tramitar quejas, recursos y reclamos de una empresa.

En consecuencia ratifica la Sala su concepto en el sentido de que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios está facultada legalmente

para sancionar a cualquier administrador o empleado de una empresa de servicios públicos domiciliarios y, en general, a un prestador de los mismos servicios, de acuerdo con lo previsto en el artículo 81.4 de la Ley 142, siempre que haya participado (por acción u omisión) en la comisión de la falta y se demuestre su responsabilidad subjetiva mediante un procedimiento administrativo sancionatorio adelantado con la observancia de las garantías, derechos y trámites consagrados en el CPACA.

- ii. En relación con el contenido o alcance material de la sanción o sanciones previstas en el citado numeral, la consulta pregunta si esta norma consagra, en realidad, dos sanciones administrativas diferentes, las cuales, por lo tanto, podrían aplicarse de manera separada: la orden de remover al funcionario y la prohibición a este de ocupar cargos en empresas similares hasta por diez (10) años.

Estima la Sala que el numeral 4º del artículo 81 de la Ley 142 de 1994 contiene dos sanciones que, aunque teóricamente serían separables, no pueden aplicarse de manera independiente o autónoma, como se deduce tanto del análisis gramatical de la disposición como de su estudio finalista. En efecto, dicha norma consagra: (i) una sanción principal, consistente en la orden que se da al prestador de separar de su cargo al administrador o empleado, y (ii) otra accesoria o derivada, consistente en la prohibición o inhabilidad que se impone al administrador o empleado removido para ocupar cargos en empresas similares hasta por diez (10) años.

Desde el punto de vista lingüístico, la utilización de la conjunción copulativa “y” (“orden de separar a los administradores o empleados... de los cargos que ocupan; y prohibición a los infractores de trabajar en empresas similares...”), así como el hecho de que las dos medidas estén previstas en un solo numeral, denotan que no se trata de dos sanciones separadas o independientes, entre las cuales la Superintendencia pueda escoger la aplicable en cada caso, sino de dos sanciones que deben aplicarse en forma conjunta y consecucional: la una como resultado de la otra. Se hace notar que estas mismas sanciones aparecen redactadas de igual forma en el artículo 43, literal d) de la Ley 143 de 1994²⁵².

Desde un punto de vista finalista debe observarse que el propósito de las sanciones consagradas en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994 es el de garantizar el cumplimiento del régimen legal al que están sometidos los servicios públicos domiciliarios con el fin, a su vez, de asegurar la prestación eficiente de tales servicios a todos los habitantes, defender a los usuarios, proteger el medio ambiente y cubrir las necesidades insatisfechas de la población en materia de saneamiento ambiental, agua potable y salud, entre otros objetivos constitucionales, razón por la cual resultaría inexplicable e incoherente que una persona que sea removida de su cargo como administrador o empleado de un prestador de servicios públicos domiciliarios, por haber infringido alguna norma del régimen de los servicios

252 “Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia de energética”.

públicos, pudiera vincularse inmediatamente como empleado o, peor aun, como administrador de otro prestador de esta clase de servicios.

Por otro lado, si se prohibiera a esa persona natural trabajar en empresas similares hasta por diez (10) años pero no fuera removida de su cargo actual, resultaría más ilógico todavía, ya que ese individuo, aunque no pudiera prestar sus servicios personales a *otro* prestador de servicios públicos domiciliarios, sí podría seguir haciéndolo para *el mismo* prestador en cuyo servicio cometió la falta, quedando además dicho prestador totalmente impune, pues su conducta no tendría en ese evento ninguna consecuencia. Adelanta la Sala que lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo que se concluirá en el siguiente literal sobre la situación particular de los alcaldes municipales y distritales, por las razones constitucionales y legales que allí se desarrollan.

En conclusión, el numeral 4° del artículo 81 de la Ley 142 consagra dos sanciones consecuenciales e interdependientes, que no pueden aplicarse, por lo tanto, de manera separada: la orden al prestador de servicios públicos de remover de su cargo al administrador o empleado, y la prohibición a este de trabajar al servicio de otros prestadores de servicios públicos domiciliarios hasta por diez (10) años.

En todo caso debe tenerse en cuenta que el término de diez (10) años que la disposición consagra para esta medida es el plazo máximo que puede señalar la Superintendencia, por lo cual dicha entidad podría imponer la prohibición de trabajar en entidades similares desde un (1) día hasta diez (10) años, en atención a la naturaleza y gravedad de la falta, a las circunstancias con las cuales se haya cometido y a los demás factores señalados en el artículo 50 del CPACA.

b. Sanciones a los alcaldes y administradores, cuando los municipios prestan en forma directa servicios públicos

El artículo 6° de la Ley 142 de 1994, en armonía con el artículo 15 de la misma ley, permite a los municipios prestar en forma directa servicios públicos domiciliarios, en los eventos y con las condiciones que la primera de las normas citadas señala, lo cual, dicho sea de paso, constituye un desarrollo de lo dispuesto en el artículo 365 de la Constitución Política, en el sentido de que el Estado puede prestar directamente dichos servicios. Los incisos segundo y tercero del artículo 6° de la Ley 142 disponen lo siguiente sobre la responsabilidad de los alcaldes y los “administradores” de tales servicios:

“En el evento previsto en el inciso anterior, los municipios y sus autoridades quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley misma, a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las Comisiones y al control, inspección, vigilancia y contribuciones de la Superintendencia de servicios públicos y de las Comisiones. Pero los concejos determinarán si se requiere una junta para que el municipio preste directamente los servicios y, en caso afirmativo, ésta estará compuesta como lo dispone el artículo 27 de esta ley.”

“Cuando un municipio preste en forma directa uno o más servicios públicos e incumpla las normas de calidad que las Comisiones de Regulación exijan de modo general, o suspenda el pago de sus obligaciones, o carezca de contabilidad adecuada después de dos años de entrar en vigencia esta Ley o, en fin, viole en forma grave las obligaciones que ella contiene, el Superintendente, en defensa de los usuarios y para proteger la salud y bienestar de la comunidad, además de sancionar los alcaldes y administradores, podrá invitar, previa consulta al comité respectivo, cuando ellos estén conformados, a una empresa de servicios públicos para que ésta asuma la prestación del servicio, e imponer una servidumbre sobre los bienes municipales necesarios, para que ésta pueda operar” (se subraya).

En armonía con esta disposición el párrafo segundo del artículo 79 de la Ley 142, adicionado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, estableció las funciones del Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, y en su numeral 2 le asignó la facultad de:

*“2. Sancionar, en defensa de los usuarios y para proteger la salud y bienestar de la comunidad, a los alcaldes y administradores de aquellos municipios que presten en forma directa uno o más servicios públicos cuando incumplan las normas de calidad que las Comisiones de Regulación exijan de modo general, o cuando suspendan el pago de sus obligaciones, o cuando carezcan de contabilidad adecuada o cuando violen en forma grave las obligaciones que ella contiene”.*²⁵³

Como bien puede apreciarse, estas normas especiales otorgan expresamente a la Superintendencia la facultad de sancionar a los alcaldes y “administradores” de aquellos municipios facultados para prestar directamente uno o varios servicios públicos y hayan decidido hacerlo. Sin embargo, dado que estas normas no indican cuáles son las sanciones que la Superintendencia puede aplicar a dichos alcaldes y “administradores”, surgen dos interpretaciones posibles:

- i. La primera consistiría en que la Superintendencia puede aplicar a los alcaldes y “administradores” **cualquiera** de las sanciones previstas en el artículo 81 de la Ley 142, en atención a la naturaleza y gravedad de la falta, pero solamente cuando se presente alguna de las circunstancias enunciadas en el tercer inciso del artículo 6° de la misma ley, esto es: cuando los respectivos municipios incumplan las normas de calidad que las Comisiones de Regulación exijan de modo general, o suspendan el pago de sus obligaciones, o carezcan de contabilidad adecuada, o violen en forma grave las obligaciones que establece la ley.
- ii. Conforme a la segunda interpretación, cuando se presente cualquier violación a la ley o a los contratos de prestación de los servicios públicos domiciliarios (artículo 79 de la Ley 142), cuya gravedad así lo amerite, la Superintendencia podría aplicar a los alcaldes y “administradores” mencionados únicamente las sanciones consagradas en el **numeral 81.4** de la misma norma, ya que las

²⁵³ Esta misma función se encuentra en el artículo 5° numeral 11 y en el artículo 7° numeral 6 del Decreto 990 de 2002.

otras penas que establece la citada disposición solamente se pueden aplicar a los prestadores de tales servicios, calidad que corresponde a los municipios, como entidades territoriales, y no a sus alcaldes y “administradores” como personas naturales que son.

De estas dos interpretaciones la Sala encuentra plausible la segunda, por las razones que se expresan a continuación:

- i. Si se adoptara la primera, se rompería el equilibrio o igualdad relativa que la Ley 142 quiso establecer entre los distintos prestadores de esta clase de servicios (empresas de servicios públicos, municipios, “organizaciones autorizadas” y empresas industriales y comerciales del Estado, principalmente), tal como se puede deducir de lo previsto en el inciso tercero del artículo 3º, en el inciso 2 del artículo 6º, en el párrafo 1º del artículo 17 y en los artículos 58 y 79 de la referida ley, entre otras normas, por dos motivos principales: a) Porque a los administradores y empleados de los demás prestadores de servicios públicos solamente se les podría sancionar con orden de remoción y con la prohibición de trabajar en empresas similares hasta por diez (10) años, mientras que a los alcaldes y “administradores” de aquellos municipios que presten directamente servicios públicos se les podría imponer cualquiera de las sanciones consagradas en el artículo 81 de la Ley 142 (que incluyen, además de la sanción citada, multas, amonestación, etc.); y b) porque los administradores y empleados de los otros prestadores podrían ser sancionados ante cualquiera de los incumplimientos previstos en el artículo 79 de la Ley 142, especialmente en sus numerales 1, 2 y 25, y en el Decreto 990 de 2002, siempre que la gravedad de la falta lo amerite, a juicio de la Superintendencia, mientras que a los alcaldes y “administradores” de los municipios prestadores de servicios públicos domiciliarios solo se les podría sancionar por alguna de las causales que establecen los artículos 6º, tercer inciso y 79, párrafo 2º, numeral 2 de la Ley 142.
- ii. Tal como se explicó atrás, las sanciones consagradas en el artículo 81 de la Ley 142 están dirigidas y son imponibles, en principio, **a los prestadores** de servicios públicos domiciliarios, con excepción de las previstas en el numeral 4 de la misma norma, las cuales, por tener un carácter esencialmente personal, pueden ser aplicables a las personas naturales que tengan la calidad de administradores o empleados de cualquiera de dichos prestadores. Por lo tanto, como los alcaldes y los “administradores” de los servicios públicos domiciliarios en aquellos municipios que los ofrezcan directamente son los máximos responsables de la adecuada prestación de tales servicios en su territorio, la Superintendencia podría sancionarlos de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 81 de la Ley 142, pero no podría imponer a estos funcionarios ninguna de las otras sanciones consagradas en ese artículo, las cuales solamente se podrían aplicar **al respectivo municipio**, como prestador de los servicios públicos.

Ahora bien, en relación con la aplicación de las sanciones mencionadas a los alcaldes y “administradores” de los municipios que presten directamente servicios públicos domiciliarios, la Sala considera necesario hacer, en todo caso, las siguientes aclaraciones:

- i. Por “administradores” no puede entenderse lo mismo que se entiende para las empresas de servicios públicos, que son sociedades por acciones, e incluso para las empresas industriales y comerciales del Estado que prestan directamente tales servicios, de acuerdo con la definición contenida en el artículo 22 de la Ley 122 de 1995, pues los municipios son entidades públicas territoriales que tienen un régimen propio, consagrado en la Carta Política y en leyes especiales, razón por la cual no pueden asimilarse en casi nada a las sociedades. En consecuencia, para estos efectos debe entenderse que los “administradores” son aquellos servidores públicos del municipio cuya función principal y directa sea dirigir la prestación de los servicios públicos domiciliarios por parte del municipio, independientemente de que tengan la denominación de gerentes, directores, secretarios etc., o que formen parte de una junta o consejo directivo.
- ii. Los alcaldes, como jefes de la administración local y representantes legales de los municipios (artículos 314 y 323 de la Constitución), están sometidos a un régimen constitucional y legal especial, que debe respetar la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por mandato de la Carta Política y de la propia Ley 142 (artículo 6°). En esa medida es necesario analizar qué significa, a la luz de dicho régimen, que la Superintendencia llegare a dictar una “orden de separar” a un alcalde municipal o distrital, y quién estaría llamado a hacer efectiva dicha sanción.

A este respecto debe recordarse que, conforme a lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 314 de la Carta, “*el presidente y los gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes*” (se resalta), y de acuerdo con el penúltimo inciso del artículo 323 ibidem, “*en los casos taxativamente señalados por la ley, el Presidente de la República suspenderá o destituirá al alcalde mayor*” (subrayamos).

Al examinar el régimen legal de los municipios y de los distritos se observa, en primer lugar, que según el artículo 98 de la Ley 136 de 1994²⁵⁴, uno de los eventos en los que se produce la falta absoluta de los alcaldes es cuando se ordena su destitución (literal f.), y conforme al artículo 99 ejusdem, una de las circunstancias que genera la falta temporal de los mandatarios locales es cuando se ordena “*la suspensión provisional en el desempeño de sus funciones dentro de un proceso disciplinario, fiscal o penal*” (literal e.).

254 “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”.

Los artículos 104 y 105 de la misma normatividad, modificados por los artículos 33 y 34 de la Ley 1551 de 2012²⁵⁵, respectivamente, consagran las causales de destitución y de suspensión de los alcaldes en los siguientes términos:

*“Artículo 104. Causales de destitución. Una vez en firme **la sentencia penal proferida en contra del alcalde**, aun habiéndose decretado a su favor cualquier beneficio, el juez la comunicará al Presidente de la República en tratándose de Alcaldes Distritales, y a los Gobernadores en los demás casos, **con el fin de ordenar la destitución** y proceder conforme a lo dispuesto para la falta absoluta del Alcalde.*

“Artículo 105. Causales de suspensión. El Presidente de la República en el caso del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, y los gobernadores en los demás casos, suspenderán a los alcaldes en los siguientes eventos:

*1. Por haberse dictado en su contra **sentencia debidamente ejecutoriada con privación de la libertad**, aunque se decrete a su favor la suspensión condicional de la ejecución de la pena.*

*2. Por haberse dictado en su contra, **medida de aseguramiento, con privación efectiva de la libertad**, siempre que esté debidamente ejecutoriada.*

*3. **A solicitud de autoridad jurisdiccional competente** de acuerdo con el régimen disciplinario previsto en la ley.*

4. (Declarado inexecutable)

*5. **Cuando la Contraloría solicite la suspensión provisional de conformidad a lo establecido en el numeral 8o., del artículo 268 de la Constitución Política.** La Contraloría bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios **mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.***

“Parágrafo. En caso de delitos culposos, solamente habrá lugar a la suspensión de que trata el numeral 2o., cuando no se decrete en favor del alcalde la excarcelación u otro beneficio que implique la libertad física.” (Se subraya).

Es importante precisar que algunos numerales y apartes o expresiones de estas normas han sido declarados inexecutable por la Corte Constitucional en varias sentencias, razón por la cual el texto transcrito corresponde a la parte de dichas disposiciones que continúa vigente y de la forma como han quedado redactadas. Justamente, en una de dichas sentencias, la C-229 de 1995²⁵⁶, la Corte manifestó lo siguiente sobre la aplicación de las sanciones de suspensión y destitución a los alcaldes:

²⁵⁵ “Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”.

²⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia C- 229 del 25 de mayo de 1995. Expediente D-706.

“9- La taxatividad de las causales legales exigidas por los artículos 314 y 323 de la Carta tiene entonces un doble sentido: de un lado, ella busca preservar la potestad de supervigilancia disciplinaria de la Procuraduría, puesto que no puede la ley desconocer la función de este órgano autónomo de control de imponer sanciones disciplinarias; y, de otro lado, la definición legal de las causales no puede tampoco vulnerar el contenido esencial de la autonomía territorial de los municipios.

“En ese orden de ideas, la Corte considera que esas causales son constitucionales, en primer término, cuando hacen referencia a aquellos casos en los cuáles (sic) el alcalde sigue actuando como un agente del Presidente o del gobernador, como sucede en relación con el orden público (CP art. 296). (...).

“(…) 10- De otro lado, también considera la Corte que estas causales son legítimas cuando hacen referencia a otros casos definidos por el Legislador, siempre y cuando se respete la potestad de supervigilancia disciplinaria del Ministerio Público y no se vulnere el contenido esencial de la autonomía territorial, puesto los artículos 314 y 323 autorizan al Congreso a definir taxativamente tales causales. Así, para la Corte tales causales proceden también cuando la suspensión o destitución no deriva, en estricto sentido, de una potestad de supervigilancia disciplinaria sino de otras hipótesis jurídicas, como sucede cuando ellas son el desarrollo y la consecuencia de investigaciones judiciales contra los alcaldes respectivos. En efecto, en esos casos no se vulnera la función de supervigilancia de la Procuraduría ni se desconoce la autonomía territorial, puesto que la destitución o suspensión por el Presidente o el gobernador aparecen como expresión del deber de colaboración de estas autoridades con la administración de justicia”. (Negrillas ajenas al texto).

Estas mismas causales se aplican para la destitución o suspensión de los alcaldes distritales, en la medida en que la Ley 1617 de 2013²⁵⁷, que contiene el régimen especial de los distritos, con excepción del Distrito Capital de Bogotá, no consagra causales adicionales o diferentes²⁵⁸. En todo caso, el artículo 32 de la misma ley dispone que la autoridad competente para hacer efectiva la **suspensión** o destitución de estos alcaldes es el Presidente de la República²⁵⁹. En el caso de Bogotá los artículos 44 y 51 del Decreto–Ley 1421 de 1993²⁶⁰ disponen lo siguiente sobre la destitución y la suspensión del Alcalde Mayor, respectivamente:

“Artículo 44. Destitución. El Presidente de la República destituirá al Alcalde Mayor:

- 1. Cuando contra él se haya dictado sentencia condenatoria de carácter penal.**
- 2. Cuando así lo haya solicitado el Procurador General de la Nación, y**

²⁵⁷ “Por la cual se expide el Régimen para los Distritos Especiales”.

²⁵⁸ De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2 y 123 de la Ley 1617 de 2013, las situaciones y los aspectos no regulados en dicha ley que conciernan a los distritos especiales, estarán sometidos a las disposiciones generales que regulan los municipios.

²⁵⁹ “Artículo 32. Competencia presidencial para la designación del reemplazo. El Presidente de la República será la autoridad competente para hacer efectiva la suspensión o destitución, designar su reemplazo y designar al alcalde encargado (...)”. (Se resalta).

²⁶⁰ “Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá”.

3. *En los demás casos previstos por la Constitución y la ley*".

"Artículo 51. Suspensión. El Presidente de la República suspenderá al alcalde mayor cuando así lo soliciten el Procurador General de la Nación, un juez de la República o cualquier otra autoridad facultada para ello por la ley, y designará su reemplazo temporal conforme a las previsiones de este decreto.

"Cuando la jurisdicción contencioso administrativa suspenda provisionalmente la elección del alcalde, el Presidente de la República declarará la vacancia temporal y designará la persona que deba reemplazar al titular. De igual manera, procederá en los casos de desaparición forzada o involuntaria del Alcalde".

Conforme a las disposiciones anteriores, debe tenerse en cuenta que cuando el artículo 81.4 de la Ley 142 se refiere a la "orden de separar" a los administradores o empleados del prestador del servicio público (en este caso el municipio), tal expresión podría significar, con relación a los alcaldes municipales o distritales, que la Superintendencia de Servicios Públicos solicitara al gobernador respectivo o al Presidente de la República, según el caso, la suspensión o la destitución de dichos servidores públicos (pues ambas son formas de separarlos de sus cargos). Sin embargo, ni la mencionada ley, ni la Constitución Política, ni las normas que consagran el régimen legal de los municipios y distritos, establecen cuál de las dos medidas (destitución o suspensión) sería la aplicable en este evento particular.

Así mismo, ninguna de tales disposiciones consagra expresa y taxativamente, como lo exige la Constitución Política, que constituya causal de suspensión o de destitución de los alcaldes el hecho de que dichos funcionarios violen alguna norma referente al régimen de los servicios públicos domiciliarios, o que la Superintendencia del ramo ordene su remoción o separación del cargo como resultado de una investigación administrativa llevada a cabo por dicho organismo.

Obsérvese, en contraste, que el artículo 99, numeral 4 de la Ley 142 de 1994, por ejemplo, sí dispone expresamente que "el Presidente y los gobernadores podrán suspender a los alcaldes cuando sean negligentes en la aplicación de las normas relativas al pago de los subsidios; o cuando las infrinjan de cualquier otra manera".

Lo expuesto permite concluir que en el estado actual de la legislación no sería viable suspender o destituir a un alcalde por solicitud de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, con base en lo dispuesto en los artículos 6, 79 y 81, numeral 4º de la Ley 142, cuando el respectivo municipio preste directamente uno o varios servicios públicos domiciliarios, pues tal decisión no solamente vulneraría el principio de legalidad de las faltas y las sanciones, al cual se ha hecho referencia precisamente en este concepto, sino que también desconocería la taxatividad que en esta materia específica (suspensión o destitución de alcaldes) exigen los artículos 314 y 323 de la Carta.

Lo anterior no significa que deban resultar impunes las conductas ilegales o irregulares que los alcaldes puedan llegar a cometer en relación con la prestación

directa de los servicios públicos domiciliarios por parte de sus municipios o distritos, pues en tales casos, fuera de la orden de separar a los servidores públicos que funjan como “administradores” del respectivo servicio público, la Superintendencia podría adoptar cualquiera de las siguientes medidas o todas a la vez, de acuerdo con las circunstancias y la gravedad de la falta: (i) inhabilitar al alcalde hasta por diez (10) años para trabajar en otros prestadores de servicios públicos (por ejemplo, en una empresa), como lo dispone el numeral 4º del artículo 81 de la Ley 142 de 1994; (ii) solicitar a la Procuraduría General de la Nación o al organismo competente que investigue disciplinariamente al mismo funcionario y, de ser procedente, aplique las sanciones a que haya lugar, y (iii) en aquellos eventos previstos en el penúltimo inciso del artículo 6º de la Ley 142²⁶¹, invitar a una empresa de servicios públicos para que asuma la prestación del servicio en el municipio, e imponer una servidumbre sobre los bienes municipales que se necesiten para realizar dicha actividad, todo lo cual equivale a prohibir al municipio que continúe prestando directamente el servicio o los servicios públicos domiciliarios de que se trate.

3. Carga probatoria de la culpa. Aplicación de la responsabilidad civil de los administradores (artículo 200 del Código de Comercio)

Otro de los aspectos que consulta la Directora del Departamento Nacional de Planeación es si, por virtud de la remisión al régimen societario que hace el numeral 15 del artículo 19 de la Ley 142 de 1994 para las empresas de servicios públicos²⁶², se aplicaría a dichas empresas lo dispuesto en el artículo 200 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 24 de la Ley 222, que consagra la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades. Y si, con fundamento en dicha norma, cualquier violación de la ley en la que incurran las empresas de servicios públicos haría que se presumiera la culpa de sus administradores. En esta hipótesis, según los defensores de dicha tesis, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios podría sancionar a los administradores conforme a lo previsto en el artículo 81 de la Ley 142, sin necesidad de probar su culpa, pues esta se presumiría. Esta inquietud incluye varios aspectos que es necesario analizar por separado.

(i) Debe tenerse presente la diferencia entre la responsabilidad civil de las sociedades y de sus administradores, y la responsabilidad administrativa susceptible de sanciones de las mismas personas.

En efecto, la responsabilidad jurídica, en general, puede dividirse en dos grandes grupos que la jurisprudencia y la doctrina han diferenciado, por obedecer a principios y reglas parcialmente diferentes: (a) La responsabilidad patrimonial, que busca fundamentalmente resarcir los perjuicios sufridos por una persona natural o jurídica o, dicho de otra forma, restablecer el equilibrio patrimonial roto por la

²⁶¹ Es decir, cuando el municipio incumpla las normas de calidad que las Comisiones de Regulación exijan de modo general, o suspenda el pago de sus obligaciones, o carezca de contabilidad adecuada, o viole de forma grave las obligaciones contenidas en la Ley 142 de 1994.

²⁶² “Artículo 19. Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios Públicos. Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico:

“(…) 19.15. En lo demás, las empresas de servicios públicos se registrarán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas. (…)”

conducta de una persona que causa daño a otra. A esta clase de responsabilidad pertenecen, entre otras, la responsabilidad civil (contractual y extracontractual), la responsabilidad del Estado y la responsabilidad fiscal. (b) La responsabilidad punitiva o sancionatoria, que busca castigar o sancionar aquellas conductas que en sí mismas se consideran violatorias o atentatorias de determinados intereses o bienes jurídicamente tutelados por el Estado (individuales o colectivos), independientemente de que generen un daño económicamente apreciable. A esta forma de responsabilidad pertenecen el derecho penal, la responsabilidad disciplinaria, la contravencional y las otras formas del derecho administrativo sancionador, como ya se explicó.

Por consiguiente debe considerarse, de una parte, la responsabilidad administrativa que puede haber a las empresas de servicios públicos y en general a los prestadores de tales servicios, así como a sus administradores y empleados, por la violación al régimen de los servicios públicos, a las normas técnicas dictadas por las comisiones de regulación, a las instrucciones de la Superintendencia de Servicios Públicos o a los contratos respectivos, responsabilidad que deriva en la aplicación de sanciones administrativas (amonestación, multas, toma de posesión, prohibiciones etc.) contra dichas personas jurídicas y naturales. Y de otra parte la responsabilidad patrimonial – civil atribuible a dichas entidades y sus administradores, que se concreta en el pago de una indemnización de perjuicios.

La responsabilidad administrativa sancionatoria de los prestadores de servicios públicos, sus administradores y empleados, está prevista en las Leyes 142 y 143 de 1994, modificadas por la Ley 689 de 2001, mientras que la responsabilidad civil de las mismas personas está regulada en el Código de Comercio y en el Código Civil.

(ii) Del análisis precedente se desprende que la situación prevista en el artículo 200 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 22 de la Ley 222, no se refiere a ninguna clase de responsabilidad sancionatoria, administrativa o no. En realidad se trata de la responsabilidad civil de los administradores de la sociedad por los perjuicios que causen a la misma entidad, a los socios o a terceros. En efecto, dicha norma reza así:

*“Artículo 200. Los administradores **responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.** No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.*

*“En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, **violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.***

“De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio...”

“Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

“Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos”.

(iii) De la disposición transcrita se deduce que lo dispuesto en esta norma sobre la presunción de culpa de los administradores de las sociedades, por incurrir tales personas en violación a la ley, entre otros casos, no puede aplicarse ni trasladarse, por analogía u otro criterio interpretativo, a la responsabilidad administrativa sancionatoria de dichas personas. A este respecto debe reiterarse que, según lo dispuesto en el inciso final del artículo 81 de la Ley 142, *“las sanciones que se impongan a personas naturales se harán previo el análisis de la culpa del eventual responsable y no podrán fundarse en criterios de responsabilidad objetiva”.*

Así mismo se recuerda que, conforme a lo explicado, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios solamente está facultada para sancionar a personas naturales en dos eventos: (i) cuando dichas personas sean o actúen como “prestadores de servicios públicos domiciliarios”, y (ii) cuando sean administradores y empleados de las empresas y demás prestadores de servicios públicos.

En ambos casos, según lo ordenado por el inciso final del artículo 81 de la Ley 142, la Superintendencia debe **probar**, dentro del respectivo procedimiento sancionatorio, la culpabilidad de dichas personas naturales como presupuesto para imponerles la sanción que corresponda.

Por lo tanto, la Superintendencia no puede presumir la culpa de tales individuos y, en particular, de los administradores, por el incumplimiento de la ley en que incurran los respectivos prestadores de servicios públicos, pues lo dispuesto en el artículo 200 del Código de Comercio no resulta aplicable a este caso, y ni la Ley 142 de 1994, ni el CPACA, ni la Constitución Política, ni otra norma cualquiera que sea aplicable en esta materia consagran esa misma presunción u otra similar.

(iv) Ahora bien, lo dicho no se opone a que, una vez la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios haya sancionado a una empresa de servicios públicos, la cual, como se advirtió, tiene el carácter de sociedad por acciones, dicha empresa y/o sus socios decidan ejercer una acción de responsabilidad civil contra los respectivos administradores (representante legal y miembros de la junta directiva) por los perjuicios que la sanción impuesta y la respectiva investigación les hayan ocasionado, evento en el cual sí se aplicaría plenamente lo dispuesto en el artículo 200 del Código de Comercio, así como el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 (que consagra la denominada *“acción social de responsabilidad”*) y las demás normas pertinentes de dicha ley, del Código de Comercio y del Código Civil.

En esa medida, si los administradores mencionados incurrieron en violación de la ley, y dicha violación incidió directamente en la sanción que la Superintendencia

le impuso a la empresa de servicios públicos, se presumiría la culpa de los administradores **en la referida acción de responsabilidad civil** que la sociedad y/o sus socios decidieran ejercer contra los administradores, sin que esto tenga incidencia en la actuación sancionatoria de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por las razones que se han expuesto y porque, en tal evento, la sanción tendría que estar impuesta antes de que la sociedad o los socios instauren la acción de responsabilidad civil por este motivo contra los administradores.

(v) Una clara muestra de la independencia entre estos dos ámbitos de responsabilidad se aprecia en el numeral 2 del artículo 81 de la Ley 142 de 1994, que consagra las multas que la Superintendencia puede imponer a los prestadores de dichos servicios, y que en su parte final dispone: *“Las empresas a las que se multe podrán repetir contra quienes hubieran realizado los actos u omisiones que dieron lugar a la sanción. La repetición será obligatoria cuando se trate de servidores públicos, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución”*.

Como se aprecia, la norma citada distingue claramente: (i) la responsabilidad administrativa punitiva de las empresas de servicios públicos y los demás prestadores, que en este caso se concreta en una multa que les puede imponer la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, y (ii) la responsabilidad patrimonial de carácter civil que puede recaer en los administradores y empleados de dichos prestadores, la cual se concreta en una indemnización de perjuicios que aquellas personas (particulares o servidores públicos) deben reconocer y pagar a las entidades para las cuales presten o hayan prestado sus servicios, y la que debe incluir, entre otros daños, el valor de las multas que por su culpa o dolo haya tenido que pagar el respectivo prestador de servicios públicos.

Con fundamento en las precedentes consideraciones

LA SALA RESPONDE

1. ¿Cuáles son las sanciones establecidas en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, y cuya naturaleza así lo permite, son (sic) susceptibles de ser impuestas a personas naturales por parte de la SSPD en ejercicio de su potestad sancionatoria?

Para dar respuesta a esta pregunta se distinguen dos situaciones:

- i. Si se trata de personas naturales que tienen el carácter de “prestadores de servicios públicos”, por actuar como “productores marginales, independientes o para uso particular”, o por haber sido sometidos a la vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios por orden de una comisión de regulación, dicha Superintendencia puede imponerles cualquiera de las sanciones establecidas en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, en atención a la naturaleza de la falta y en proporción a su gravedad.
- ii. Si se trata de personas naturales que tienen la condición de “administradores o empleados de un prestador de servicios públicos domiciliarios”, la

Superintendencia solamente puede aplicarles las sanciones previstas en el numeral 4° del artículo 81 de la Ley 142, esto es, “orden de separar a los administradores o empleados de una empresa de servicios públicos de los cargos que ocupan; y prohibición a los infractores de trabajar en empresas similares, hasta por diez años.” En relación con los alcaldes de aquellos municipios que prestan directamente servicios públicos, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios solo podría imponerles la prohibición de trabajar para otros prestadores de servicios públicos domiciliarios hasta por diez (10) años, sin perjuicio de las sanciones que decida aplicar contra los “administradores” y contra el respectivo municipio, incluyendo la prohibición de seguir prestando directamente los mencionados servicios.

2. ¿Es posible que la SSPD determine qué conductas desplegadas por los administradores de las empresas de servicios públicos son objeto de sanción o se requiere una clasificación taxativa de las mismas, y de ser así cuál sería la clasificación aplicable? ¿En caso de no requerirse una clasificación taxativa, qué criterios mínimos deben adoptarse a la hora de determinar su procedencia?

En virtud del principio de legalidad y en particular del carácter taxativo de las faltas y las penas previsto para la materia administrativa sancionatoria en el numeral 1 del artículo 3° de la Ley 1437 de 2011, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios carece de facultad para prescribir o estipular las conductas de los administradores de los prestadores de servicios públicos que pueden ser objeto de sanción. Por las mismas razones las faltas de dichos prestadores y de sus respectivos administradores y empleados son únicamente las previstas en la Ley 142 de 1994, especialmente en sus artículos 6 y 79.

Como se explica en el concepto, las únicas sanciones que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios puede imponer a los administradores y empleados de las empresas y demás prestadores de esta clase de servicios, en atención a la naturaleza y gravedad de la infracción, a los criterios para la graduación de las sanciones consagrados en el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 y, en este caso particular, al grado de participación de aquellos individuos en la comisión de la infracción y su culpabilidad, son las consagradas en el numeral 4° del artículo 81 de la Ley 142, que consisten en la orden de separar a los administradores o empleados involucrados y en la prohibición a tales personas de trabajar en empresas similares hasta por diez (10) años.

3. *¿El análisis de la culpa del inciso final del artículo 81, puede equipararse a la presunción de culpa del artículo 200 del Código de Comercio, y en consecuencia cualquier infracción del prestador extiende la responsabilidad al representante legal y a los administradores?*

La presunción de culpa que establece el artículo 200 del Código de Comercio no puede aplicarse directa ni analógicamente a la culpa prevista en el último inciso del artículo 81 de la Ley 142 de 1994, por tratarse de tipos de responsabilidad y regímenes completamente diferentes.

En consecuencia no toda infracción administrativa cometida por los prestadores de servicios públicos domiciliarios extiende automáticamente la responsabilidad a los respectivos administradores. En todos los casos será necesario que en desarrollo del procedimiento respectivo, se establezca la participación de los administradores (por acción o por omisión) en la comisión de la falta y su responsabilidad personal.

4. *En qué sentido debe entenderse la sanción contemplada en el artículo 81.4, cuando indica: “Orden de separar a los administradores de una empresa de servicios públicos de los cargos que ocupan; y prohibición a los infractores de trabajar en empresas similares hasta por diez años”.*

a. *¿Debe entenderse como una sanción mixta, esto es que contempla una sanción a la empresa (orden de separar a los administradores de una empresa de servicios públicos) y una sanción de índole personal (al administrador al prohibirle trabajar en empresas similares hasta por 10 años) como sujetos pasivos distintos?*

No. Se trata de sanciones esencialmente personales, sin perjuicio de los efectos que puedan generar para el prestador de servicios públicos domiciliarios.

b. *De ser afirmativa la respuesta anterior, ¿Debe adelantarse una sola actuación sancionatoria contra el prestador y sus administradores o dos actuaciones separadas? En éste (sic) último escenario, ¿ambas actuaciones pueden ser concomitantes, o se requiere sanción en firme contra el prestador para iniciar actuación contra el administrador como persona natural?*

Aunque la respuesta anterior no es afirmativa, en todo caso debe llevarse a cabo un solo procedimiento administrativo sancionatorio, al cual es necesario vincular tanto a las personas naturales involucradas, en su condición de administradores y/o empleados, como al prestador de los servicios públicos. Esto es así porque, aunque la sanción establecida en el artículo 81.4 de la Ley 142 es de naturaleza personal, se concreta en una orden al prestador para que separe de sus cargos a los respectivos administradores o empleados, y porque los hechos investigados y las pruebas correspondientes necesariamente conciernen al prestador y pueden generarle también sanciones administrativas.

c. *¿Debe entenderse como una sanción exclusivamente de índole personal, compuesta por dos órdenes distintas en contra del administrador (la separación del cargo y la prohibición de trabajar en empresas similares)?*

El artículo 81.4 de la Ley 142 de 1994 establece dos sanciones personales conexas e interdependientes: (i) una principal, conformada por la orden que se da al prestador de servicios públicos para separar de sus cargos a los administradores o empleados que resulten responsables, y (ii) otra accesoria, consecuencial o derivada, que consiste en la prohibición que se impone a estos últimos de trabajar para otros prestadores de servicios públicos hasta por diez (10) años.

d. *¿De ser afirmativa la respuesta anterior, estas órdenes pueden ser aplicadas independientemente una de la otra? O deben ser aplicadas de forma concomitante esto es, que una resulte consecuencia de la otra?*

Estas dos sanciones no pueden ser aplicadas de forma independiente o separada, sino de manera conjunta, salvo en el caso de los alcaldes. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no puede ordenar en estos eventos la separación o remoción de los alcaldes debido a las razones constitucionales y legales explicadas en este concepto, pero sí podría prohibirles que trabajen para otro prestador de servicios públicos domiciliarios por un término hasta de diez (10) años.

Remítase a la Directora del Departamento Nacional de Planeación y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Augusto Hernández Becerra, Presidente de la Sala, Álvaro Namén Vargas, Consejero. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

2. Archivo General de la Nación. Archivos públicos.

Radicado 2209

Fecha: 29/01/2015

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

Levantamiento de la reserva mediante oficio del 25 de marzo de 2015

El Ministerio de Cultura consulta a la Sala acerca de la aplicación de la Ley 594 de 2000.

I. Antecedentes

El Ministerio de Cultura presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. El Archivo General de la Nación es la entidad del Estado que determina la política archivística del país.

2. La Ley 594 de 2000²⁶³ tiene como propósito la protección documental del Estado, la cual permite el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

3. El propósito del legislador era que la Ley 594 de 2000 aplicara a todas las entidades que integran el Estado para de esta forma lograr el cumplimiento de los fines estatales señalados por el artículo 209 de la Carta Política. De esta forma, el alcance de la Ley 594 de 2000 no se limita a una parte del Estado, sino a todas las entidades que lo integran.

4. Según lo manifiesta el Ministerio, algunas entidades oficiales se abstienen de dar cumplimiento a la Ley 594 de 2000 ante el Archivo General de la Nación por considerar que su artículo 2º limita el alcance de esta normativa a la Rama Ejecutiva del Poder Público, y por lo tanto no cobija a las demás entidades del Estado.

5. El Código de Procedimiento Civil, el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Penal regulan lo referente a la forma de producir y aportar la prueba al proceso, su autenticidad y su valoración. Sin embargo, ninguno de ellos se refiere al proceso archivístico de los documentos ni a su conservación y preservación.

6. La conservación o preservación de la información únicamente es posible garantizarla a largo plazo si se da cumplimiento a los requisitos técnicos y jurídicos señalados en la Ley 594 de 2000 y a las demás normas técnicas de la ciencia archivística.

7. Igualmente, la información conservada y preservada cumpliendo con los requisitos señalados por la Ley 594 de 2000 permitirá una mayor eficiencia y

²⁶³ "Por medio de la cual se dicta la Ley General de Archivos y se dictan otras disposiciones".

transparencia administrativa, una mejor atención al ciudadano y una adecuada defensa de los intereses de la Nación en todas las entidades del Estado.

8. El concepto que profiera la Sala permitirá interpretar la Ley 594 de 2000 de tal forma que se protejan los documentos y archivos públicos y el patrimonio documental de la Nación.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio de Cultura formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *¿La función del Archivo General de la Nación de trazar la política archivística del Estado, es contraria a la independencia y autonomía de las Ramas del Poder Público?*

2. *Para garantizar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política colombiana, Título I, y proteger el patrimonio documental como parte de la riqueza cultural del Estado: ¿Puede el Archivo General de la Nación orientar coordinar, implementar, controlar la función archivística de todas las entidades que conforman el Estado, así estas no pertenezcan a la Rama Ejecutiva del Poder Público?*

3. *En el artículo 2º de la Ley 594 de 2000, la expresión “(...) y los demás organismos regulados por la presente Ley”, ¿Son los archivos de las Entidades señaladas en el artículo 9º de la Ley General de Archivos?*

4. *¿Puede el Archivo General de la Nación, ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control otorgadas por la Ley 594 de 2000, a todas las entidades del Estado y los organismos que señala el artículo 113 de la Constitución Política de Colombia, sin excepción alguna?*

5. *Para garantizar el acceso a la información, la transparencia: ¿Puede el Archivo General de la Nación, ejercer las funciones que le asignó la Ley General de Archivos a los archivos de personas naturales y jurídicas de derecho privado que administren recursos públicos o recauden recursos del Estado?*

6. *Las entidades obligadas a realizar procesos de gestión documental a que refiere el proyecto de Ley Estatutaria de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública, que establece el artículo 5º, sentencia de la Corte Constitucional C-274 de Mayo 09 de 2013, ¿Se encuentran bajo la inspección, vigilancia y control del Archivo General de la Nación y del cumplimiento de la Ley 594 de 2000?*

7. *Se encuentra facultado el Archivo General de la Nación para dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 35 numeral a) de la Ley General de Archivos, respecto de todas las entidades del Estado, como es el: “Emitir las órdenes necesarias para que se suspendan de inmediato las prácticas que amenacen o vulneren la integridad de los archivos públicos y se adopten las correspondientes medidas preventivas y correctivas”?*

8. *¿Se debe dar aplicación al régimen probatorio de los documentos de cada Código omitiendo los aportes de la Ley General de Archivos y demás aportes o herramientas para la conservación y preservación de los documentos que dispone la ciencia o técnica archivística en la era de la información, ahora que los estándares probatorios son más técnicos y más exigentes?*

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Con el propósito de dar respuesta a los interrogantes planteados por el Ministerio consultante, es necesario realizar algunos comentarios acerca de la función archivística, la Ley 594 de 2000, el Sistema Nacional de Archivos y el Archivo General de la Nación.

1. La función archivística y la Ley 594 de 2000

La existencia de una política pública para el manejo de los archivos estatales es fundamental para el adecuado funcionamiento de la sociedad y el Estado. En este sentido, los archivos ofrecen múltiples ventajas y cumplen importantes funciones, entre las que se destacan las siguientes: i) constituyen una importante herramienta administrativa para la planeación del desarrollo social, económico y cultural de una Nación, ii) representan la memoria del país y de las instituciones, iii) evidencian las obligaciones, compromisos y derechos del gobierno, iv) son una prueba de los derechos y prerrogativas de los ciudadanos así como también de la responsabilidad de las instituciones públicas y de los gobernantes, v) contribuyen a la comprensión de la Nación y la creación de un sentido de identidad nacional, vi) son una importante fuente de información científica y cultural, vii) fomentan la investigación, viii) concurren al desarrollo económico y social de los países, ix) asisten a la democracia, x) registran eventos y decisiones, xi) permiten el ejercicio de derechos como el de información y el goce efectivo de las prestaciones sociales, y xii) posibilitan el control social, político y jurídico de la administración pública²⁶⁴.

Desde el punto de vista de la Ley 594 de 2000, los archivos persiguen varios de estos propósitos, tal como se desprende de su artículo 4º, el cual señala:

“a) Fines de los archivos. El objetivo esencial de los archivos es el de disponer de la documentación organizada, en tal forma que la información institucional sea recuperable para uso de la administración en el servicio al ciudadano y como fuente de la historia;

Por lo mismo, los archivos harán suyos los fines esenciales del Estado, en particular los de servir a la comunidad y garantizar la efectividad de los principios, derechos

264 FR.J: Verhoeven, The role of archives in the public administration and the national planning policy of developing countries with particular reference to Southeast Asia, UNESCO, COH/WS/284, 1972), (Gabrielle Blais, Véase también Access to Archival Records, A Review of Current Issues. UNESCO, General Information Programme and UNISIST, 1995, p. 1; The National Archives, ob. cit., pp. 2-3 y James B. Rhoads, La función de la gestión de documentos y archivos en los sistemas nacionales de información: un estudio del RAMF UNESCO, PGI-83/WS/21, 1983, pp. 1, 4, 14, 15, 19, John Abdul Kargbo, Archives Management in Post-war Sierra Leone: Luxury or Necessity?, Journal of the Society of Archivists Vol. 26, 2005, p. 243, Natalie Ceeney, The Role of a 21st-century National Archive—The Relevance of the Jenkinsonian Tradition, and a Redefinition for the Information Society Journal of the Society of Archivists, Vol. 29, 2008, pp. 58-59, Corte Constitucional. Sentencia del 8 de marzo de 2004, T-214/04.

y deberes consagrados en la Constitución y los de facilitar la participación de la comunidad y el control del ciudadano en las decisiones que los afecten, en los términos previstos por la ley;

b) Importancia de los archivos. Los archivos son importantes para la administración y la cultura, porque los documentos que los conforman son imprescindibles para la toma de decisiones basadas en antecedentes. Pasada su vigencia, estos documentos son potencialmente parte del patrimonio cultural y de la identidad nacional;

c) Institucionalidad e instrumentalidad. Los documentos institucionalizan las decisiones administrativas y los archivos constituyen una herramienta indispensable para la gestión administrativa, económica, política y cultural del Estado y la administración de justicia; son testimonio de los hechos y de las obras; documentan las personas, los derechos y las instituciones. Como centros de información institucional contribuyen a la eficacia, eficiencia y secuencia de las entidades y agencias del Estado en el servicio al ciudadano; (...)

g) Racionalidad. Los archivos actúan como elementos fundamentales de la racionalidad de la administración pública y como agentes dinamizadores de la acción estatal. Así mismo, constituyen el referente natural de los procesos informativos de aquella;

h) Modernización. El Estado propugnará por el fortalecimiento de la infraestructura y la organización de sus sistemas de información, estableciendo programas eficientes y actualizados de administración de documentos y archivos;

i) Función de los archivos. Los archivos en un Estado de Derecho cumplen una función probatoria, garantizadora y perpetuadora;

j) Manejo y aprovechamiento de los archivos. El manejo y aprovechamiento de los recursos informativos de archivo responden a la naturaleza de la administración pública y a los fines del Estado y de la sociedad, siendo contraria cualquier otra práctica sustitutiva²⁶⁵.

Teniendo en cuenta la importancia de los archivos en la actividad estatal quiso el legislador a través de la Ley 594 de 2000 regular la función archivística del Estado, la cual fue definida por la misma ley como aquellas:

²⁶⁵ Varias de estas ideas se manifestaron durante el trámite legislativo de la Ley 594 de 2000, tal como se desprende de la revisión de las Gacetas del Congreso colombiano. Así, durante el proceso de formación de la ley se señaló que los archivos: i) garantizan los derechos reconocidos en la Constitución Nacional tales como: a) a la información, b) el acceso a los documentos públicos, c) petición, d) participación ciudadana, e) intimidad, f) habeas data y g) educación. Igualmente, protegen el libre ejercicio de las profesiones y promueven la conservación e incremento del patrimonio cultural de la Nación, ii) contribuyen a que la actividad del Estado se realice bajo los principios de celeridad, economía y eficiencia, así como también atendiendo el interés público y la protección de los derechos de los ciudadanos, iii) son instrumentos fundamentales para la toma de decisiones de la administración, iv) representan una fuente fundamental de información para el ciudadano, v) son garantía de transparencia administrativa, vi) constituyen una herramienta para la planificación del futuro, vii) son un mecanismo para la lucha contra la corrupción, viii) sirven de prueba para la fijación de la responsabilidad del funcionario público, y ix) facilitan la evaluación de la gestión de las instituciones así como la participación de los ciudadanos. Gaceta del Congreso No. 219, Ponencia para primer debate al proyecto de ley número 46 de 1998 Senado, p. 6, Gaceta del Congreso No. 157, Ponencia para segundo debate al proyecto de ley número 134 de 1998 Cámara, pp. 1, 2.

“Actividades relacionadas con la totalidad del quehacer archivístico, que comprende desde la elaboración del documento hasta su eliminación o conservación permanente”²⁶⁶.

Dicha función se encuentra íntimamente relacionada con la actividad administrativa del Estado tal como se desprende del artículo 3º del Decreto 2609 de 2012²⁶⁷:

“La gestión de documentos está asociada a la actividad administrativa del Estado, al cumplimiento de las funciones y al desarrollo de los procesos de todas las entidades del Estado”.

De esta suerte, con el propósito de establecer reglas y principios generales en materia de la función archivística del Estado²⁶⁸, la Ley 594 de 2000 reguló aspectos relacionados con el Sistema Nacional de Archivos, la clasificación y administración de los archivos, el acceso, consulta, conservación y salida de los documentos, y las facultades del Archivo General de la Nación en materia archivística. Las disposiciones que desarrollan las anteriores temáticas aplican a los sujetos señalados en el artículo 2º de la Ley:

“La presente ley comprende a la administración pública en sus diferentes niveles, las entidades privadas que cumplen funciones públicas y los demás organismos regulados por la presente ley”.

De la lectura de esta norma, surge el interrogante de establecer a qué organismos se refiere la expresión “los demás organismos regulados por la presente ley”. Para la solución de este problema jurídico, es necesario realizar una interpretación armónica de varias de las normas contenidas en la Ley 594 de 2000 tales como los artículos 7º, 8º y 9º, los cuales clasifican los archivos a partir de distintos criterios.

Así, el artículo 7º estableció:

“Los archivos, desde el punto de vista de su jurisdicción y competencia, se clasifican en:

- a) Archivo General de la Nación;*
- b) Archivo General del Departamento;*
- c) Archivo General del Municipio;*
- d) Archivo General del Distrito”.*

266 Ley 594 de 2000, artículo 3º.

267 “Por el cual se reglamenta el Título V de la Ley 594 de 2000, parcialmente los artículos 58 y 59 de la Ley 1437 de 2011 y se dictan otras disposiciones en materia de Gestión Documental para todas las Entidades del Estado”.

268 “La presente ley tiene por objeto establecer las reglas y principios generales que regulan la función archivística del Estado”.

El artículo 8º clasifica los archivos a partir de un criterio territorial. De esta forma estableció que estos se dividen en:

- “a) Archivos de entidades del orden nacional;*
- b) Archivos de entidades del orden departamental;*
- c) Archivos de entidades del orden distrital;*
- d) Archivos de entidades del orden metropolitano;*
- e) Archivos de entidades del orden municipal;*
- f) Archivos de entidades del orden local;*
- g) Archivos de las nuevas entidades territoriales que se creen por ley;*
- h) Archivos de los territorios indígenas, que se crearán cuando la ley los desarrolle”.*

Finalmente, el artículo 9º cataloga los archivos según la organización del Estado:

- “a) Archivos de la Rama Ejecutiva;*
- b) Archivos de la Rama Legislativa;*
- c) Archivos de la Rama Judicial;*
- d) Archivos de los Órganos de Control;*
- e) Archivos de los Organismos Autónomos”.*

Es importante destacar que de forma expresa el artículo 10º de la Ley 594 de 2000 estableció que la creación de los archivos señalados en los artículos 8º y 9º es de obligatorio cumplimiento²⁶⁹. Esta obligación se reafirmó en el párrafo 1º del artículo 2º del Decreto 1515 de 2013²⁷⁰ el cual dispone que las entidades integrantes de las Ramas Legislativas y Judicial, la Registraduría, los organismos autónomos y de control y los círculos notariales, atendiendo lo solicitado por la Ley General de Archivos, deben contar con archivos generales que garanticen la custodia y consulta de sus documentos²⁷¹.

269 “Obligatoriedad de la creación de archivos. La creación de los archivos contemplados en los artículos 8o. y 9o. de la presente ley, así como los archivos de los organismos de control y de los organismos autónomos será de carácter obligatorio”.

270 “Por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1989 en lo concerniente a las transferencias secundarias y de documentos de valor histórico al Archivo General de la Nación, a los archivos generales de los entes territoriales, se derogan los Decretos 1382 de 1995 y 998 de 1997 y se dictan otras disposiciones”.

271 “Las entidades de las Ramas Legislativa y Judicial, la Registraduría y los organismos autónomos y de control, así como los círculos notariales de conformidad con lo establecido en la Ley General de Archivos, deberán contar con archivos generales que garanticen la adecuada custodia y consulta de sus documentos y podrán adoptar las normas del presente Decreto para regular sus transferencias documentales a dichos archivos”.

Bajo este contexto, encuentra la Sala que al referirse la Ley 594 de 2000 en sus artículos 7º, 8º y 9º a los archivos de las entidades y órganos allí señalados, entre los que se encuentran los de las Ramas Ejecutiva, Legislativa y Judicial, así como también los pertenecientes a los órganos de control y autónomos, debe concluirse que la expresión “los demás organismos regulados por la presente ley”, se refiere a aquellos organismos y entidades indicados en esos artículos. De esta suerte, se incluye dentro de esa expresión a los señalados en el artículo 9º.

Cabe anotarse además, que estos órganos y entidades se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley 594 de 2000, en virtud de que sus archivos gozan de la calidad de públicos al estar los artículos 7º, 8º y 9º ubicados bajo el Título III de la ley, denominado “de los archivos públicos”.

Frente a los archivos públicos, los cuales tienen la categoría de bienes de uso público²⁷², el artículo 4º de la Ley 594 de 2000 estableció expresamente como obligación del Estado su administración. Así señaló:

“Es una obligación del Estado la administración de los archivos públicos y un derecho de los ciudadanos el acceso a los mismos, salvo las excepciones que establezca la ley”.

De esta forma: i) si bajo la Ley 594 de 2000 son archivos públicos los indicados en los artículos 7º, 8º y 9º, y ii) la misma ley le impuso al Estado la obligación de administrar los archivos públicos, es posible concluir que las Ramas Ejecutiva, Legislativa y Judicial y los órganos de control y autónomos y sus archivos se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley 594 de 2000.

La interpretación adoptada por la Sala está acorde con el artículo 1º de la Ley 594 de 2000, el cual estableció expresamente como objeto de Ley de General de Archivo la fijación de las reglas y principios generales que regulan la función archivística del Estado. Así, la Ley 594 de 2000 no buscó regular la función archivística de una Rama o un órgano en particular, sino que tuvo como propósito reglar la función archivística de todo el Estado, la cual es una actividad que deben cumplir todos los órganos que lo integran. Someter a todos los órganos y entidades del Estado a la Ley 594 de 2000, hace posible que el manejo y administración de los archivos estatales se desarrolle y ejecute bajo unas reglas y parámetros comunes, lo cual permite proteger de forma adecuada el patrimonio documental de la Nación, materializar la obligación estatal de mantener la información disponible y en buen estado²⁷³ y alcanzar los demás objetivos que persigue la Ley General de Archivo. Adicionalmente, la existencia de procedimientos claros y adecuados para la administración de los archivos estatales

272 “La documentación de la administración pública es producto y propiedad del Estado, y éste ejercerá el pleno control de sus recursos informativos. Los archivos públicos, por ser un bien de uso público, no son susceptibles de enajenación”. Ley 594 de 2000, artículo 14.

273 Frente a esta obligación, al analizar el artículo 15 de la Ley 1712 de 2014, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse indicando: “Esta disposición asegura el cumplimiento de la obligación estatal de producir información sobre su gestión y de mantenerla disponible y en buen estado para que pueda ser consultada, de tal forma que se garantice efectivamente el derecho a acceder a la información pública”. Corte Constitucional. Sentencia del 9 de mayo de 2013, C-274/13.

contribuye a la eficacia y eficiencia del Estado y a la realización del derecho a acceder a la información pública²⁷⁴.

En consecuencia, encuentra la Sala que al responder la función archivística a una necesidad e interés del Estado - y por lo tanto de todos aquellos que lo integran- en virtud del interés jurídico que busca protegerse como es la protección documental de la Nación y los demás objetivos señalados en el artículo 4° de la Ley 594 de 2000, sumado a la obligación de los órganos y entidades del Estado de trabajar y colaborar armónicamente en el cumplimiento de los fines estatales, y con el fin de que la función archivística se realice de forma uniforme, eficaz, económica y coordinada, es razonable que el legislador haya buscado que todos aquellos órganos que integran el Estado queden cobijados por una misma ley especializada en la materia, como lo es la Ley 594 de 2000.

De otra parte, también es importante señalar que la Ley 594 de 2000 somete a su ámbito de aplicación a algunos archivos o documentos de particulares en atención a que tienen la calidad de bienes de interés cultural, o pueden provenir de la prestación de un servicio público, o derivarse del ejercicio de una función pública.

En efecto, el artículo 8° de la Carta Política establece como una de las obligaciones de las personas “proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”, dentro de las cuales se encuentran los archivos o documentos privados declarados como bienes de interés cultural²⁷⁵. Dentro de este marco, la Ley 594 de 2000 se refirió en varios de sus apartados a los bienes de interés cultural de naturaleza archivística. Así, dispuso en su artículo 33:

“El Estado, a través del Archivo General de la Nación, ejercerá control y vigilancia sobre los documentos declarados de interés cultural cuyos propietarios, tenedores o poseedores sean personas naturales o jurídicas de carácter privado”.

Asimismo, el artículo 38 estableció:

“Las personas naturales o jurídicas propietarias, poseedoras o tenedoras de documentos o archivos de cierta significación histórica, deberán inscribirlos en el registro que para tal efecto abrirá el Archivo General de la Nación. Los propietarios, poseedores o tenedores de los archivos privados declarados de interés cultural,

274 La Corte Constitucional, refiriéndose al artículo 16 de la Ley 1712 de 2014, señaló: “El artículo 16 exige a los sujetos obligados la implementación de procedimientos claros para la administración de sus archivos, con el fin de asegurar la eficacia y eficiencia del Estado y la promoción activa del acceso a la información pública”. Esta disposición, al igual que el artículo anteriormente examinado, asegura el cumplimiento de la obligación estatal de mantener disponible y en buen estado la información pública bajo su control, de conformidad con los lineamientos y recomendaciones que el Archivo General de la Nación expida en la materia, para que pueda ser consultada, de tal forma que se garantice efectivamente el derecho a acceder a la información pública”. Corte Constitucional. Sentencia del 9 de mayo de 2013, C-274/13.

275 En este sentido, el artículo 3° del Decreto 1100 de 2014 estableció: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 8° de la Ley 397 de 1997, modificado por el artículo 5° de la Ley 1185 de 2008, y en concordancia con el artículo 4° del Decreto 763 de 2009, al Archivo General de la Nación le compete efectuar las declaratorias de Bienes de Interés Cultural del ámbito nacional, en adelante BICN, respecto de los bienes muebles de carácter documental archivístico que así lo ameriten. Los bienes archivísticos así declarados, serán objeto del Régimen Especial de Protección fijado en la referida ley. (...)”

Parágrafo 1°. La declaratoria puede recaer sobre un archivo en particular, una pluralidad de archivos, un documento, o un conjunto de documentos de archivo; con independencia de su soporte material y de la calidad de su propietario, que bien puede ser público o privado”.

continuarán con la propiedad, posesión o tenencia de los mismos y deberán facilitar las copias que el Archivo General de la Nación solicite”.

Igualmente, el artículo 39 determinó:

“La Junta Directiva del Archivo General de la Nación, sin perjuicio del derecho de propiedad y siguiendo el procedimiento que se establezca para el efecto, podrá declarar de interés cultural los documentos privados de carácter histórico. Estos formará parte del patrimonio documental colombiano y en consecuencia serán de libre acceso”.

A su vez, el artículo 41 impuso una serie de restricciones a los organismos privados y a las personas naturales o jurídicas propietarias, poseedoras o tenedoras de documentos declarados de interés cultural, relacionadas con su traslado fuera del país o la transferencia de su propiedad, posesión o tenencia²⁷⁶. En el mismo sentido, la Ley 397 de 1997²⁷⁷ señaló otras restricciones sobre esta clase de documentos²⁷⁸.

Visto lo anterior, encuentra la Sala que la protección de los archivos privados de interés cultural descansa en el hecho de que son una fuente fundamental de la historia, integran el patrimonio cultural y la identidad de la Nación y constituyen herramientas para la gestión cultural del Estado²⁷⁹.

Otro caso de archivos de particulares que se encuentran sometidos a la Ley 594 de 2000, se presenta respecto de los archivos de entidades privadas que se derivan de la prestación de un servicio público o del ejercicio de una función pública. Frente a este asunto, es importante señalar que el concepto de función pública no es sinónimo o equivale al de servicio público²⁸⁰. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha identificado algunas diferencias, así:

276 “Se prohíbe a los organismos privados y a las personas naturales o jurídicas propietarias, poseedoras o tenedoras de documentos declarados de interés cultural:

a) Trasladarlos fuera del territorio nacional, sin la previa autorización del Archivo General de la Nación. Esta falta dará lugar a la imposición de una multa de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Los documentos y archivos históricos privados declarados de interés cultural, objeto de la exportación o sustracción ilegal, serán decomisados y puestos a orden del Ministerio de la Cultura. El Estado realizará todos los esfuerzos tendientes a repatriar los documentos y archivos que hayan sido extraídos ilegalmente del territorio colombiano;

b) Transferir a título oneroso o gratuito la propiedad, posesión o tenencia de documentos históricos, sin previa información al Archivo General de la Nación. Esta falta dará lugar a la imposición de una multa de cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PARÁGRAFO. El desconocimiento de estas prohibiciones dará lugar a la investigación correspondiente y a la imposición de las sanciones establecidas en la ley”.

277 “Por la cual se desarrollan los Artículos 70, 71 y 72 y demás Artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias.”

278 Ley 397 de 1997, artículo 11. Modificado por el artículo 7º de la Ley 1185 de 2008 y el artículo 212 del Decreto 19 de 2012.

279 “El objetivo esencial de los archivos es el de disponer de la documentación organizada, en tal forma que la información institucional sea recuperable para uso de la administración en el servicio al ciudadano y como fuente de la historia; (...) Los archivos son importantes para la administración y la cultura, porque los documentos que los conforman son imprescindibles para la toma de decisiones basadas en antecedentes. Pasada su vigencia, estos documentos son potencialmente parte del patrimonio cultural y de la identidad nacional; (...) Institucionalidad e instrumentalidad. Los documentos institucionalizan las decisiones administrativas y los archivos constituyen una herramienta indispensable para la gestión administrativa, económica, política y cultural del Estado (...).” Ley 594 de 2000, artículo 4º.

280 “Si bien en un sentido amplio podría considerarse como función pública todo lo que atañe al Estado, cabe precisar que la Constitución distingue claramente los conceptos de función pública y de servicio público y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones, lo que implica específicamente que no se pueda confundir el ejercicio de función públicas, con la prestación de servicios públicos, supuestos a los que alude de manera separada el artículo 150 numeral 23 de la Constitución que asigna al Legislador competencia para expedir las leyes llamadas a regir una y otra materia”.

“El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado.

Debe recordarse así mismo que como se desprende del artículo 365 superior, la actividad de prestación de los servicios públicos no es únicamente del Estado, y que bien puede éste decidir dejarla en manos de los particulares, no obstante que la regulación, control y vigilancia de dichos servicios le corresponda ejercerla directamente y con exclusividad (arts. 189-22, 365, 370).

Ello no sucede en cambio en el caso de las funciones públicas, que corresponde ejercer a los servidores públicos y solo de manera excepcional puede ser encargado su ejercicio a particulares (art. 123-2), y en los términos ya expresados. (...) Como ya se señaló el particular que ejerce funciones públicas se encuentra sometido exactamente a los mismos controles que los servidores públicos.

En el caso de un particular que presta un servicio público la Corte ha precisado que éste se encuentra sometido al régimen especial fijado por el legislador para la prestación del servicio público de que se trate, así como al control y vigilancia del Estado. Ello no implica, sin embargo, que ese particular por el simple hecho de la prestación del servicio público se encuentre sometido al régimen disciplinario.

(...)

En ese orden de ideas, para efectos del control disciplinario será solamente en el caso en que la prestación del servicio público haga necesario el ejercicio de funciones públicas, entendidas como exteriorización de las potestades inherentes al Estado -que se traducen generalmente en señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción-, que el particular estará sometido, en relación con dicho ejercicio, al régimen disciplinario”²⁸¹.

La sujeción a la Ley 594 de 2000 de los archivos de las entidades privadas que se derivan de la prestación de un servicio público, surge en virtud de su calidad de archivos públicos reconocida a partir de lo dispuesto por el artículo 3º de la ley, el cual señala:

“Para los efectos de esta ley se definen los siguientes conceptos, así: (...)

Archivo público. Conjunto de documentos pertenecientes a entidades oficiales y aquellos que se deriven de la prestación de un servicio público por entidades privadas”.

²⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia del 28 de enero de 2003, C-037/03.

De esta suerte, como el Estado tiene la obligación de administrar los archivos públicos²⁸², es razonable que los archivos provenientes de la prestación de un servicio público por entidades privadas se sometan a la Ley 594 de 2000.

Finalmente, los archivos de las entidades privadas que cumplen funciones públicas²⁸³ también se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley General de Archivo en atención a lo dispuesto expresamente por su artículo 2^o²⁸⁴. El sujetar a estos particulares a la Ley 594 de 2000 encuentra justificación en el entendido que en razón de la función pública que ejercen, sus actuaciones deben estar debidamente registradas y organizadas para que de esta forma tanto la administración como los ciudadanos puedan acceder y servirse adecuadamente de la información contenida en los archivos derivados de la función.

Teniendo en cuenta lo anterior, y con el propósito de dar respuesta a uno de los interrogantes elevados en la consulta, debe analizarse ahora: i) si recaudar y administrar recursos del Estado por los particulares constituye una función pública, y ii) si el concepto de entidad privada que utiliza la Ley 594 de 2000 se refiere únicamente a personas jurídicas o incluye también a las personas naturales.

Frente a lo primero, la jurisprudencia constitucional ha indicado con claridad que la administración de recursos públicos por los particulares constituye una función pública. Así lo señaló la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-181 del 2002 indicando:

“[L]a administración de recursos fiscales y parafiscales es, por definición, una función pública. Las entidades prestadoras del servicio de salud, por ejemplo, administran los recursos parafiscales de dicho sector y, con ello, prestan un servicio público susceptible de control estatal, al punto que la Contraloría General de la República ejerce la inspección del manejo de dichos recursos. (...) Desde el punto de vista constitucional es factible que la ley someta a responsabilidad disciplinaria, por el manejo de recursos del Estado, a los particulares encargados de dicha función, pues la administración de los recursos públicos es, por sí misma, función pública”²⁸⁵.

282 “Los principios generales que rigen la función archivística son los siguientes: (...) f) Administración y acceso. Es una obligación del Estado la administración de los archivos públicos y un derecho de los ciudadanos el acceso a los mismos, salvo las excepciones que establezca la ley.”

283 En esta dirección, la jurisprudencia ha reconocido ampliamente la posibilidad de que los particulares cumplan funciones públicas. Así, en la sentencia C-037 de 2003, con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis, la Corte Constitucional indicó: “Tomando en cuenta estos preceptos, la Corte ha aceptado que como expresión auténtica del principio de participación, los particulares sean encargados del ejercicio directo de funciones públicas, sean ellas judiciales o administrativas, así como que participen en actividades de gestión de esta misma índole. (...) Ahora bien, como ha señalado esta Corporación, la circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su estatus de particulares ni los convierte por ese hecho en servidores públicos; sin embargo, es natural que el ejercicio de dichas funciones públicas implique un incremento de los compromisos que estos adquieren con el Estado y con la sociedad. Así, en tanto que titulares de funciones públicas, los particulares a los cuales estas se han asignado asumen las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ello comporta en materia penal, disciplinaria, fiscal o civil.” Corte Constitucional. Sentencia del 28 de enero de 2003, C-037/03. Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 4 de marzo de 2011, Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00040-00;

284 “La presente ley comprende a la administración pública en sus diferentes niveles, las entidades privadas que cumplen funciones públicas y los demás organismos regulados por la presente ley”.

285 Corte Constitucional. Sentencia del 12 de marzo del 2002, C-181/02.

Es importante señalar que dentro del concepto de administración de recursos públicos se incluye también la actividad de recaudar²⁸⁶. En lo que se refiere al segundo punto estima la Sala que el concepto de entidad privada corresponde tanto a personas naturales como a personas jurídicas. En efecto, la Ley 594 de 2000 no define expresamente el concepto de entidad, por lo que es necesario determinar su contenido a partir de otras fuentes. En este sentido, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua lo define como:

“1.f. Colectividad considerada como unidad. Especialmente, cualquier corporación, compañía, institución, etc., tomada como persona jurídica.

2. f. Valor o importancia de algo.

3. f. Fil. Lo que constituye la esencia o la forma de una cosa.

4. f. Fil. Ente o ser”.

De lo anterior se advierte que el concepto de entidad tiene varias acepciones, entre ellas, pueden destacarse la referida a la de persona jurídica y la de ente, término que para Eduardo García Maynez equivale al de persona:

“Se da el nombre de sujeto, o persona, a todo ente capaz de tener facultades y deberes”²⁸⁷.

En este contexto, el concepto de entidad encierra tanto el de persona natural como jurídica en la medida que ambas gozan de facultades y deberes, la última por mandato de la ley. Asimismo, del análisis del Decreto 2578 de 2012, el cual reglamenta la Ley 594 de 2000, se infiere que el concepto de entidad privada incluye tanto a personas jurídicas como naturales. En efecto, el Capítulo III se titula “Archivos de entidades privadas que cumplen funciones públicas”. Dentro de las disposiciones contenidas bajo este título se encuentra el artículo 26 cuyo texto se refiere tanto a personas naturales como a personas jurídicas de derecho privado:

“Las personas naturales o jurídicas de derecho privado, que estén bajo vigilancia del Estado deberán contar con un archivo institucional creado, organizado, preservado y controlado, teniendo en cuenta los principios de procedencia y de orden original, el ciclo vital de los documentos, y las normas que regulen a cada sector así como las establecidas en la Ley 594 de 2000”.

Finalmente, el concepto de entidad privada debe entenderse referido a personas naturales como jurídicas en aplicación del criterio de hermenéutica jurídica

²⁸⁶ Respecto a este punto, el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, el cual dispone que la administración de recursos públicos envuelve su recaudo: “Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos. Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos. (...)”

²⁸⁷ Eduardo García Maynez, Introducción al estudio del derecho, Ediciones Esquilo, 2003, p. 271.

que señala que debe preferirse aquella interpretación que permita alcanzar el cumplimiento de los fines de la norma y evitar consecuencias indeseables en su aplicación²⁸⁸.

En este escenario entiende la Sala que el concepto de entidad privada al que se refiere la Ley 594 de 2000 debe incluir tanto a personas naturales como jurídicas, pues limitarlo exclusivamente a estas últimas, conllevaría adoptar una interpretación que afectaría irrazonablemente la consecución de los fines perseguidos por la norma y generaría consecuencias indeseables en su aplicación, toda vez que el Archivo General de la Nación no podría ejercer las funciones que le otorgó la Ley 594 de 2000 sobre personas naturales que cumplen funciones públicas.

Por lo tanto: i) si la administración y el recaudo de recursos del Estado envuelven el ejercicio de una función pública, y ii) si la Ley 594 de 2000 aplica a las entidades privadas que cumplen funciones públicas, concepto que incluye tanto a personas naturales como jurídicas, debe necesariamente concluirse que los archivos de las personas naturales y jurídicas privadas que administran o recaudan recursos del Estado se encuentran sujetos a la mencionada ley.

2. El Sistema Nacional de Archivos

La función archivística del Estado en el contexto colombiano se desarrolla a partir de la actividad que adelantan el Sistema Nacional de Archivos y el Archivo General de la Nación.

El Sistema Nacional de Archivos, el cual es coordinado y orientado por el Archivo General de la Nación, y operado bajo los principios de unidad normativa, descentralización administrativa y operativa, coordinación, concurrencia y subsidiariedad²⁸⁹, fue concebido por el artículo 5° de la Ley 594 de 2000 como:

“Un conjunto de instituciones archivísticas articuladas entre sí, que posibilitan la homogenización y normalización de los procesos archivísticos, promueven el desarrollo de estos centros de información, la salvaguarda del patrimonio documental y el acceso de los ciudadanos a la información y a los documentos”.

Los integrantes del Sistema tienen a su cargo la adopción, articulación y difusión de las políticas, estrategias, metodologías, programas y disposiciones que en materia archivística y de gestión de documentos y archivos determine el Archivo General de la Nación. En este sentido el artículo 2° del Decreto 2578 de 2012²⁹⁰ estableció:

288 “Ahora bien, es sensato asumir como principio hermenéutico que el funcionario judicial siempre debe preferir aquella interpretación que vigoriza el cumplimiento de los fines de la norma y que evita consecuencias indeseables en su aplicación. Una conclusión se impone: el término acciones debe ser entendido en forma amplia, de tal manera que cubra a todas las formas de participación estatal en el capital social empresarial”. Corte Constitucional. Sentencia del 29 de noviembre de 2001, C-1260/01.

289 Ley 594 de 2000, artículo 5°.

290 “Por el cual se reglamenta el Sistema Nacional de Archivos, se establece la Red Nacional de Archivos, se deroga el Decreto número 4124 de 2004 y se dictan otras disposiciones relativas a la administración de los archivos del Estado”.

“El Sistema Nacional de Archivos tiene como fin adoptar, articular y difundir las políticas, estrategias, metodologías, programas y disposiciones que en materia archivística y de gestión de documentos y archivos establezca el Archivo General de la Nación, Jorge Palacios Preciado, promoviendo la modernización y desarrollo de los archivos en todo el territorio nacional”.

Precisamente, el Sistema se encuentra integrado por el Archivo General de la Nación y los archivos de las entidades del Estado. Adicionalmente, aunque de forma excepcional, podrán asimismo hacer parte del Sistema los archivos privados. Así se desprende de lo señalado por el literal b) del artículo 5° de la Ley 594 de 2000 y el artículo 3° del Decreto 2578 de 2012. En el caso del primero, la norma dispuso:

“b) Integran el Sistema Nacional de Archivos: el Archivo General de la Nación, los archivos de las entidades del Estado en sus diferentes niveles de la organización administrativa, territorial y por servicios. Los archivos privados podrán hacer parte del Sistema Nacional de Archivo. Las entidades del Sistema actuarán de conformidad con las políticas y planes generales que para el efecto adopte el Ministerio de la Cultura”.

Por su parte, el artículo 3° del Decreto 2578 de 2012 determinó:

“El Sistema Nacional de Archivos tendrá las siguientes instancias de articulación en los diferentes niveles territoriales e institucionales:

1. A nivel nacional

** El Archivo General de la Nación Jorge Palacios Preciado, quien será el coordinador del Sistema Nacional de Archivos.*

** El Comité Evaluador de Documentos del Archivo General de la Nación Jorge Palacios Preciado.*

** Los Comités Técnicos.*

2. A nivel territorial

** Los Archivos Generales departamentales, distritales, municipales, de los territorios indígenas y de los Territorios Especiales Biodiversos y Fronterizos.*

** Los Consejos Territoriales de Archivo.*

3. A nivel institucional

** Los Archivos Institucionales*

Parágrafo 1°. Se consideran instancias ejecutores, los archivos de las entidades públicas, los archivos de que trata el artículo 7°, 8° y 9° de la Ley 594 de 2000,

los archivos de entidades privadas que cumplen funciones públicas, y los archivos privados de interés público.

Los archivos privados, con declaración de bien de interés cultural, harán parte del Sistema Nacional de Archivos.

Los archivos de las entidades privadas que acojan la normatividad archivística, podrán hacer parte del Sistema Nacional de Archivos”.

Como puede observarse, el párrafo 1° del artículo 3° otorgó a los archivos de las entidades públicas, a los archivos de que trata el artículo 7°, 8° y 9° de la Ley 594 de 2000, a los archivos de entidades privadas que cumplen funciones públicas y a los archivos privados de interés público, la calidad de instancias ejecutoras dentro del Sistema Nacional de Archivos. En consecuencia, corresponde a estas la ejecución o implementación de la función archivística.

Esta facultad de ejecutar la política archivística se observa igualmente a partir de lo dispuesto por varias de las disposiciones de la Ley 594 de 2000 tales como los artículos 16²⁹¹, 21²⁹², 24²⁹³ y 26²⁹⁴. Igualmente, en el caso del Decreto 2609 de 2012 algunas de sus normas se refieren a la facultad de las entidades y órganos del Estado de implementar la función archivística. Así por ejemplo, el artículo 3° establece:

“La gestión de documentos está asociada a la actividad administrativa del Estado, al cumplimiento de las funciones y al desarrollo de los procesos de todas las entidades del Estado; por lo tanto, es responsabilidad de los servidores y empleados públicos así como los contratistas que presten servicios a las entidades públicas, aplicar las normas que en esta materia establezca el Archivo General de la Nación Jorge Palacios Preciado, y las respectivas entidades públicas”.

Por su parte el artículo 6° dispuso la obligación de las entidades de establecer una política de gestión de documentos. Asimismo, el artículo 10° estableció que las entidades del Estado tienen la obligación de formular un Plan de Gestión Documental a corto, mediano y largo plazo, Plan cuya implementación y seguimiento es responsabilidad del área de archivo de la Entidad en coordinación con la Oficina de Control Interno o quien haga sus veces²⁹⁵.

291 “Los secretarios generales o los funcionarios administrativos de igual o superior jerarquía, pertenecientes a las entidades públicas, a cuyo cargo estén los archivos públicos, tendrán la obligación de velar por la integridad, autenticidad, veracidad y fidelidad de la información de los documentos de archivo y serán responsables de su organización y conservación, así como de la prestación de los servicios archivísticos”.

292 “Las entidades públicas deberán elaborar programas de gestión de documentos, pudiendo contemplar el uso de nuevas tecnologías y soportes, en cuya aplicación deberán observarse los principios y procesos archivísticos”.

293 “Será obligatorio para las entidades del Estado elaborar y adoptar las respectivas tablas de retención documental”.

294 “Es obligación de las entidades de la Administración Pública elaborar inventarios de los documentos que produzcan en ejercicio de sus funciones, de manera que se asegure el control de los documentos en sus diferentes fases”.

295 “El Programa de Gestión Documental (PGD) debe ser aprobado por el Comité de Desarrollo Administrativo conformado en cada una de las entidades del orden nacional o el Comité Interno de Archivo en las entidades del orden territorial. La implementación y seguimiento del PGD es responsabilidad del área de archivo de la Entidad en coordinación con la Oficina de Control Interno o quien haga sus veces”. Decreto 2609 de 2012, artículo 11.

De otra parte, y respecto a la función del Archivo General de la Nación de coordinar el Sistema Nacional de Archivos, considera importante la Sala señalar que teniendo en cuenta que hacen parte del mencionado Sistema, no solo las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, sino también los órganos y entidades que conforman las otras ramas y los calificados como autónomos e independientes, el ejercicio de esta función debe realizarse de una manera que no vaya a afectar el principio de separación de poderes y de funciones que gobierna nuestro Estado Social de Derecho.

3. El Archivo General de la Nación y sus funciones en materia archivística

La función archivística del Estado requiere de la determinación, dirección y orientación de un ente especializado para que sea adelantada adecuadamente por todos los sujetos obligados a realizar las tareas archivísticas dentro de la estructura estatal. De allí que la Ley 594 de 2000 hubiese determinado que sería el Archivo General de la Nación el llamado a cumplir estas funciones, tal como se desprende del literal e) del artículo 4°:

“El Archivo General de la Nación es la entidad del Estado encargada de orientar y coordinar la función archivística para coadyuvar a la eficiencia de la gestión del Estado y salvaguardar el patrimonio documental como parte integral de la riqueza cultural de la Nación, cuya protección es obligación del Estado, según lo dispone el título I de los principios fundamentales de la Constitución Política”.

Lo anterior es concordante con lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley 80 de 1989²⁹⁶, por medio de la cual se creó el Archivo General de la Nación, y que otorgó a esta entidad las funciones de:

“d) Formular, orientar, coordinar y controlar la política nacional de archivos, acorde con el Plan Nacional de Desarrollo y los aspectos económicos, sociales, culturales, científicos y tecnológicos de los archivos que hagan parte del Sistema Nacional de Archivos”.

Esta función fue reafirmada dentro del marco de la Ley 594 de 2000, al disponer su artículo 7° que el Archivo General de la Nación tiene, además de las funciones señaladas en la Ley General de Archivo, las establecidas en la Ley 80 de 1989 y el Decreto 1777 de 1990²⁹⁷. Igualmente, el artículo 34 de la Ley 594 de 2000 reconoció al Archivo General de la Nación la prerrogativa de establecer los criterios y normas técnicas y jurídicas para la efectiva creación, organización, transferencia, conservación y servicios de los archivos públicos. De esta forma la norma dispuso:

“En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 80. de la Constitución Política, el Archivo General de la Nación fijará los criterios y normas técnicas y jurídicas para

²⁹⁶ “Por la cual se crea el Archivo General de la Nación y se dictan otras disposiciones”.

²⁹⁷ “El Archivo General de la Nación tendrá las funciones señaladas en la Ley 80 de 1989, en el Decreto 1777 de 1990 y las incorporadas en la presente ley”.

hacer efectiva la creación, organización, transferencia, conservación y servicios de los archivos públicos, teniendo en cuenta lo establecido en esta ley y sus disposiciones”.

Bajo este panorama puede observarse con claridad que el Archivo General de la Nación tiene la potestad para trazar, orientar y coordinar la función archivística estatal, prerrogativas que tienen como propósito “coadyuvar a la eficiencia de la gestión del Estado y salvaguardar el patrimonio documental como parte integral de la riqueza cultural de la Nación, cuya protección es obligación del Estado”²⁹⁸.

De esta manera, al ser la función archivística una función de interés de todo el Estado, y por lo tanto de todos aquellos que lo conforman, en virtud del interés jurídico que revisten la protección documental de la Nación y los demás objetivos señalados en el artículo 4º de la Ley 594 de 2000, y enfrentados a la obligación de todos los órganos y entidades del Estado de trabajar y colaborar armónicamente en el cumplimiento de los fines estatales, considera la Sala razonable que la función archivística de todas las entidades que conforman el Estado, así estas no pertenezcan a la Rama Ejecutiva del Poder Público, sea orientada y coordinada por un ente técnico especializado como el Archivo General de la Nación, con el fin de que se adelante de manera uniforme, eficaz, económica y coordinada. De esta suerte, las prerrogativas otorgadas al Archivo General de la Nación desarrollan el principio de colaboración armónica que establece el artículo 113 de la Constitución Nacional.

Junto a estas facultades, el legislador también le otorgó al Archivo General de la Nación la función de controlar la función archivística del Estado, la cual adelanta a través del ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control²⁹⁹ reconocidas en virtud de lo señalado por el artículo 2º de la Ley 80 de 1989 y los artículos 32 y 35 de la Ley 594 de 2000, los cuales se encuentran dentro del Título VIII de la Ley 594 de 2000, denominado “Control y Vigilancia”³⁰⁰. En lo que respecta al artículo 32 de la Ley 594 de 2000, este dispuso que:

298 Ley 594 de 2000, artículo 4º.

299 Frente a lo que debe entenderse por estas funciones, la jurisprudencia ha señalado: “No existe una definición unívoca y de orden legal de las actividades de inspección, vigilancia y control. Si bien la propia Constitución, en artículos como el 189, emplea estos términos, ni el constituyente ni el legislador han adoptado una definición única aplicable a todas las áreas del Derecho. (...) A partir de los anteriores criterios, es posible concluir que, en términos generales, las funciones de inspección, vigilancia y control se caracterizan por lo siguiente: (i) la función de inspección se relaciona con la posibilidad de solicitar y/o verificar información o documentos en poder de las entidades sujetas a control, (ii) la vigilancia alude al seguimiento y evaluación de las actividades de la autoridad vigilada, y (iii) el control en estricto sentido se refiere a la posibilidad del ente que ejerce la función de ordenar correctivos, que pueden llevar hasta la revocatoria de la decisión del controlado y la imposición de sanciones. Como se puede apreciar, la inspección y la vigilancia podrían clasificarse como mecanismos leves o intermedios de control, cuya finalidad es detectar irregularidades en la prestación de un servicio, mientras el control conlleva el poder de adoptar correctivos, es decir, de incidir directamente en las decisiones del ente sujeto a control”. Corte Constitucional. Sentencia del 18 de julio de 2012, C-570/12. Igualmente, la jurisprudencia ha indicado que las facultades de inspección y vigilancia son expresiones de control: “La inspección y vigilancia es en realidad control, lo cual es diferente de la intervención, en donde se modifica el estatus jurídico previo. (...) En síntesis, inspección y vigilancia no significa más que verificar que el sujeto, entidad u órgano controlado en relación con determinadas materias u ámbitos jurídicos se ajuste a la ley, y es el legislador quien dicta las normas generales que sirven de fundamento jurídico para el ejercicio de dicho control. (...) Finalmente, la Corte reitera que la facultad de vigilancia e inspección constituye una facultad de control, entendida ésta como el poder de determinar la conformidad con la ley, esto es, encaminada a verificar si las normas respecto de un determinado ámbito jurídico se han cumplido o no para tomar las medidas sancionatorias o correctivas que sean del caso”. Corte Constitucional. Sentencia del 26 de septiembre de 2007, C-782/07.

300 Igualmente, esta facultad de control fue reconocida en los Decretos 1100 de 2014 (artículo 11), 2609 de 2012 (artículo 37) y 1515 de 2013 (artículo 8º), que reglamentaron la Ley 594 de 2000.

“El Archivo General de la Nación podrá, de oficio o a solicitud de parte, adelantar en cualquier momento visitas de inspección a los archivos de las entidades del Estado con el fin de verificar el cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley y sus normas reglamentarias. Advertida alguna situación irregular, requerirá a la respectiva entidad para que adelante los correctivos a que haya lugar o dará traslado, según el caso, a los órganos competentes con el fin de establecer las responsabilidades administrativas y ordenar las medidas pertinentes”.

Como puede observarse a partir de la lectura de esta norma, el Archivo General de la Nación tiene la potestad de realizar visitas de inspección a los archivos de las entidades del Estado para verificar el cumplimiento de la Ley 594 de 2000 y sus normas reglamentarias, prerrogativa que por tanto debe entenderse circunscrita a revisar el cumplimiento de la función archivística por parte de las entidades del Estado.

A juicio de la Sala, esta facultad de inspección reconocida por el artículo 32 encuentra justificación en la necesidad de garantizar la debida protección del patrimonio documental de la Nación y materializar en debida forma los derechos a la información y acceder a la información pública, los cuales son reconocidos en los artículos 20 y 74 de la Carta Política. Por su parte el artículo 35 estableció que:

“El Gobierno Nacional, a través del Archivo General de la Nación, y las entidades territoriales, a través de sus respectivos Consejos de Archivos, tendrán a prevención facultades dirigidas a prevenir y sancionar el incumplimiento de lo señalado en la presente ley y sus normas reglamentarias, así:

a) Emitir las órdenes necesarias para que se suspendan de inmediato las prácticas que amenacen o vulneren la integridad de los archivos públicos y se adopten las correspondientes medidas preventivas y correctivas.

Cuando no se encuentre prevista norma especial, el incumplimiento de las órdenes impartidas conforme al presente literal será sancionado por la autoridad que las profiera, con multas semanales sucesivas a favor del tesoro nacional, departamental, distrital o municipal, según el caso, de hasta veinte (20) salarios mínimos legales mensuales, impuestas por el tiempo que persista el incumplimiento;

b) Las faltas contra el patrimonio documental serán tenidas como faltas gravísimas cuando fueren realizadas por servidores públicos, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 200 de 1995;

c) Si la falta constituye hecho punible por la destrucción o daño del patrimonio documental o por su explotación ilegal, de conformidad con lo establecido en los artículos 218 a 226, 349, 370, 371 y 372 del Código Penal, es obligación instaurar la respectiva denuncia y, si hubiere flagrancia, poner inmediatamente el retenido a órdenes de la autoridad de policía más cercana, sin perjuicio de las sanciones patrimoniales previstas;

d) Cuando se exporten o se sustraigan ilegalmente documentos y archivos históricos públicos, éstos serán decomisados y puestos a órdenes del Ministerio de la Cultura. El Estado realizará todos los esfuerzos tendientes a repatriar los documentos y archivos que hayan sido extraídos ilegalmente del territorio colombiano”.

Así, el primer inciso del artículo 35 de la Ley 594 de 2000 le otorgó al Gobierno Nacional, por intermedio del Archivo General de la Nación, y las entidades territoriales, a través de los Consejos de Archivos, la potestad para prevenir y sancionar el incumplimiento de la Ley 594 de 2000 y de sus normas reglamentarias, prerrogativa que incluye la posibilidad de emitir las órdenes necesarias encaminadas a que se suspendan de forma inmediata las prácticas que amenacen o vulneren la integridad de los archivos públicos y se tomen las medidas preventivas y correctivas que sean necesarias.

Recientemente, las facultades de inspección, vigilancia y control otorgadas por la Ley 594 de 2000 al Archivo General de la Nación fueron reglamentadas por el Decreto 106 de 2015³⁰¹, el cual reafirmó la titularidad del Archivo General de la Nación para ejercer las facultades de inspección, vigilancia y control de las entidades del Estado³⁰² y dispuso expresamente que estas tienen como objeto “lograr el cumplimiento de forma preventiva y correcta de la Ley General de Archivos y demás normatividad expedida en su desarrollo”³⁰³. Asimismo, el Decreto 106 de 2015:

i) Definió expresamente las facultades de inspección, vigilancia y control al señalar:

“Para efectos del presente Decreto, se entiende por:

Inspección: Facultad para verificar el cumplimiento de la Ley General de Archivos y demás normatividad archivística expedida para su desarrollo.

Vigilancia: Facultad para hacer seguimiento a las instrucciones impartidas en el Plan de Mejoramiento Archivístico (PMA), con el fin de dar cumplimiento a la Ley General de Archivos y demás normatividad archivística expedida para su desarrollo.

Control: Facultad para tomar las acciones y correctivos necesarios o impartir las órdenes a que haya lugar, con el fin de dar cumplimiento a la Ley General de Archivos y demás normatividad archivística expedida para su desarrollo”³⁰⁴.

301 “Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 594 de 2000 en materia de inspección, vigilancia y control a los archivos de las entidades del Estado y a los documentos de carácter privado declarados de interés cultural; y se dictan otras disposiciones”

302 “Corresponde al Archivo General de la Nación, ejercer las facultades de inspección, vigilancia y control a los archivos de las entidades del Estado, así como sobre los documentos declarados de interés cultural cuyos propietarios, tenedores o poseedores sean personas naturales o jurídicas de carácter privado; y los demás organismos regulados por las Ley 594 de 2000 y la Ley 397 de 1997 modificada por la Ley 1185 de 2008, atendiendo la forma y términos señalados en la Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA Ley 1437 de 2011, en concordancia por el artículo 212° del Decreto-Ley 019 de 2012”. Decreto 106 de 2015, artículo 1°.

303 Ibidem, artículo 2°.

304 Ibidem, artículo 5°.

ii) Estableció los mecanismos técnicos a través de los cuales el Archivo General de la Nación puede ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control³⁰⁵.

iii) Determinó los procedimientos que deben adelantarse para el ejercicio de las señaladas funciones. En esta dirección, por ejemplo, el artículo 14 estableció frente a las visitas de inspección³⁰⁶ su contenido mínimo indicando:

“El Archivo General de la Nación establecerá el procedimiento para las visitas de inspección que deba ser adoptado, y en el cual se contemplarán como mínimo:

a) Comunicación a la entidad o persona objeto de la visita (exceptuando aquellas que se realicen por denuncias recibidas).

b) Metodología para la realización de la visita.

c) Desarrollo de la visita.

d) Sitios, procesos o áreas sobre los cuales se realizará la visita de inspección.

e) Ejecución o desarrollo de la visita.

f) Presentación de los resultados de la visita³⁰⁷.

g) Plan de Mejoramiento Archivístico (cuando sea procedente)³⁰⁸.

h) Métodos de seguimiento a los compromisos adquiridos por la entidad visitada³⁰⁹.

Igualmente, se refirió a la forma en que se desarrolla el procedimiento. Así por ejemplo, su artículo 15 dispuso para el caso de las visitas de inspección:

305 “El Archivo General de la Nación ejercerá sus funciones a través de los siguientes mecanismos:

a) Visitas presenciales,
b) Visitas virtuales, mediante el uso de tecnologías de la información,
c) Oficios solicitando información sobre las gestiones adelantadas,
d) Formatos, manuales o en línea, establecidos por las autoridades competentes y,
e) Otros mecanismos para verificar el cumplimiento de la función archivística”. Ibidem, artículo 11.

306 El Decreto también autoriza al Archivo General de la Nación a realizar visitas de vigilancia y de control. Respecto a la primera se estableció: “Consiste en el seguimiento y evaluación a las actividades que fueron incluidas en el Plan de Mejoramiento Archivístico – PMA presentado por las entidades que han sido objeto de visita de inspección.” Artículo 19. Respecto a las visitas de control el Decreto dispuso: “Consiste en la facultad que le otorga la Ley al Archivo General de la Nación para prevenir el incumplimiento de lo señalado en la Ley 594 de 2000, la Ley 397 de 1997 modificada por la Ley 1185 de 2008, en concordancia con el Artículo 212 del Decreto-Ley 019 de 2012 y adopten las correspondientes medidas preventivas y correctivas del caso”. Ibidem, artículo 25.

307 “Una vez recibido el informe de la visita por parte del sujeto inspeccionado, éste deberá responder y soportar las observaciones efectuadas en un término de diez (10) días hábiles prorrogables hasta por otro tanto, cuando razonadamente existan circunstancias que impidan la entrega de la información dentro del plazo inicial. En caso de renuencia se dará traslado a la autoridad disciplinaria correspondiente para lo de su competencia, de conformidad con lo establecido por el Artículo 32 de la ley 594 de 2000”. Ibidem, artículo 17.

308 “A partir del mismo momento de la entrega del Acta definitiva de la visita de inspección, la entidad visitada dispondrá de quince (15) días hábiles para presentar su propuesta de Plan de Mejoramiento Archivístico (PMA) y su metodología de implementación, término que podrá prorrogarse hasta por (15) días hábiles adicionales, por una sola vez. El PMA deberá ser aprobado por el Comité Institucional de Desarrollo Administrativo o el Comité Interno de Archivo de la entidad que lo formula”. Ibidem, artículo 18.

309 “Parágrafo 1°. El Archivo General de la Nación, tendrá a su cargo el seguimiento a las nuevas acciones acordadas en el Plan de Mejoramiento Archivístico (PMA), con el propósito de evaluar los compromisos adquiridos por la entidad.
Parágrafo 2° La Oficina de Control Interno de la entidad inspeccionada deberá realizar seguimiento y reportar trimestralmente al Archivo General de la Nación los avances del cumplimiento del PMA”. Ibidem, artículo 18, párrafos 1° y 2°.

“Llegada a la fecha, hora y lugar establecidos para la práctica de la visita, se procederá a inspeccionar las instalaciones donde funcionan o se conservan los archivos públicos y/o el patrimonio documental y se solicitarán los documentos pertinentes determinando aspectos legales, logísticos, y la implementación y aplicación de la normatividad archivística”.

iv) Reconoció al Archivo General de la Nación la potestad de ordenar que se adelanten las actividades necesarias para adecuar las instalaciones físicas de los archivos de las entidades del Estado³¹⁰.

v) Asimismo, concedió al Archivo General de la Nación, bajo la figura de medidas cautelares, un conjunto de facultades para proteger el patrimonio documental del Estado y los documentos y archivos públicos³¹¹.

vi) Concedió la potestad al Archivo General de la Nación de imponer multas a favor del erario público a quienes no cumplan con el Plan de Mejoramiento Archivístico o incumplan lo dispuesto por la Ley General de Archivos, la normatividad archivística o las órdenes impartidas por la autoridad competente en la materia³¹².

De otra parte, y con el propósito de resolver uno de los interrogantes elevados en la consulta, es importante indicar que el Archivo General de la Nación puede también ejercer las señaladas funciones de inspección, vigilancia y control sobre las personas naturales y jurídicas que administran recursos públicos o recaudan recursos del Estado al encontrarse sometidas estas a la Ley 594 de 2000, tal como tuvo la oportunidad de anotarse, pues se trata de entidades privadas que cumplen una función pública.

Para la Sala, a pesar de que el artículo 32 de la Ley 594 de 2000 se refiere a la inspección de los archivos de las entidades del Estado, la mencionada prerrogativa también puede ejercerse sobre los archivos de las señaladas personas naturales y jurídicas a partir de una interpretación sistemática de la Ley que permita el cumplimiento de los fines de la norma y evite consecuencias indeseables en su aplicación. Así, teniendo en cuenta que el artículo 35 otorga una facultad de control al Archivo General de la Nación, es posible concluir que este puede en desarrollo de esa facultad, inspeccionar los archivos de las personas naturales y jurídicas que administren o recauden recursos públicos, eso sí solo respecto a los archivos y documentos relacionados con el manejo de dichos recursos. Una interpretación contraria no permitiría al Archivo General de la Nación adelantar las acciones de prevención y sanción que tiene a su cargo en materia archivística respecto a las personas mencionadas.

310 “El Archivo General de la Nación podrá ordenar que se lleven a cabo las actividades necesarias para adecuar las instalaciones físicas de los archivos de las entidades del Estado, así como sobre los documentos declarados de interés cultural cuyos propietarios, tenedores o poseedores sean personas naturales o jurídicas de carácter privado”. *Ibidem*, artículo 31.

311 *Ibidem*, artículo 33.

312 “El Archivo General de la Nación y las entidades territoriales a través de los respectivos Consejos de Archivos, podrán imponer multas a favor del erario a quienes no han dado cumplimiento del Plan de Mejoramiento Archivístico – PMA o han incumplido la Ley General de Archivos y/o cualquier normatividad archivística u orden impartida por autoridad competente en esta materia. Las multas se graduarán de acuerdo con la gravedad de la falta cometida, sin perjuicio de las sanciones que puedan imponer otras autoridades en el ejercicio de sus competencias”. *Ibidem*, artículo 25.

A juicio de la Sala, las facultades de inspección, vigilancia y control en materia archivística reconocidas al Archivo General de la Nación, y comentadas anteriormente, constituyen valiosas herramientas para verificar el adecuado cumplimiento de las normas y procedimientos archivísticos durante todas las etapas de existencia del archivo y los documentos. De esta forma se evita que la verificación se realice en su etapa final, cuando por ejemplo se transfieren los documentos al Archivo General, momento en el cual ya puede ser demasiado tarde o imposible de detectar o corregir fallas que afecten gravemente la integridad de los documentos, y que pueden derivar en una irreparable pérdida de información. En fin, estas facultades permiten prevenir la destrucción y pérdida de los archivos y documentos públicos, y en general, del patrimonio documental de la Nación.

Como puede advertirse a partir de las normas anteriores, la Ley 594 de 2000 y el Decreto 106 de 2015 otorgaron al Archivo General de la Nación las prerrogativas de trazar, orientar, coordinar y controlar (esta última bajo el ejercicio de facultades de inspección, vigilancia y control) la función archivística del Estado. Con todo, estas facultades no son absolutas pues se encuentran limitadas, como a continuación se pasa a explicar.

4. Los límites a las facultades del Archivo General de la Nación

Aunque de la lectura de las normas de la Ley 594 de 2000 se desprende que el Archivo General de la Nación tiene la potestad para establecer, orientar, coordinar y controlar la función archivística del Estado, no pueden estas facultades considerarse absolutas pues encuentran su límite en; i) el principio de autonomía derivado del artículo 113 de la Carta Política, ii) el conocimiento de la información contenida en los archivos y documentos y iii) el carácter reservado de los documentos.

a. El principio de autonomía

De acuerdo con el artículo 113 de la Carta Política, el Estado para poder cumplir con los fines esenciales³¹³ ordenados por la Constitución goza de una estructura que se conforma por las tres Ramas del Poder Público las cuales se componen de órganos; existiendo además de estos órganos, otros que la Constitución considera autónomos e independientes como son, por ejemplo, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y los órganos electorales³¹⁴. Estas ramas y órganos actúan bajo los principios de separación de poderes e independencia o autonomía³¹⁵. En esta dirección, la Corte Constitucional ha señalado respecto a la autonomía o independencia de la Rama Judicial:

“[la] independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones, (...) a

313 Corte Constitucional. Sentencia del 26 de febrero de 2002, C-127/02. Corte Constitucional. Sentencia del 30 de septiembre de 2003, C-879/03.

314 Jacobo Pérez Escobar, Derecho Constitucional Colombiano. Editorial Temis, 1997, pp. 399-400. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 26 de abril de 2007, Radicación número: 1815.

315 “En el citado artículo 113 de la Carta se expresa que las ramas y los órganos del Poder Público son autónomos e independientes, aun cuando deben colaborar para la realización de sus fines”. Corte Constitucional. Sentencia del 25 de junio de 1997, C-312/97.

*insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales*³¹⁶.

Igualmente, en otra oportunidad señaló:

“Así, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria fue creada orgánica y funcionalmente en forma autónoma. La Sala administrativa por su parte, también fue creada orgánicamente con funciones propias, para cumplir funciones administrativas, con representación de las corporaciones nominadoras y como garantía de la autonomía administrativa de la Rama Judicial perseguida por el Constituyente”.

Por su parte, en lo que respecta a la Rama Legislativa esa autonomía ha sido concebida por la jurisprudencia como:

“La Constitución del 91 le confiere al Congreso, como rama del poder autónoma e independiente, la capacidad soberana de administrar sus propios asuntos, al atribuirle en el artículo 150-20 facultad para “Crear los servicios administrativos y técnicos de las Cámaras”, lo cual, obviamente, debe hacerse por medio de ley, como expresamente allí se ordena. Disposición que guarda concordancia con el artículo 135 del mismo ordenamiento, que señala las facultades de cada Cámara, entre ellas, elegir sus mesas directivas, elegir su secretario general, proveer los empleos creados por la ley para el cumplimiento de sus funciones, organizar su policía interior, entre otras.

Ello significa que el Congreso, por disposición constitucional expresa, tiene autonomía y plena capacidad para auto-organizarse, lo que se traduce, especialmente, en: a) autonomía reglamentaria, es decir, capacidad para dictar normas para su propio funcionamiento, sin la intromisión ni la interferencia de ningún otro órgano y sin que el gobierno tenga iniciativa en estas materias, y b) autonomía financiera y administrativa, por cuanto las Cámaras tienen la facultad de fijar su propio reglamento y administrar sus propios servicios así como el personal que los presta”.

Por su parte, en lo que tiene que ver con la autonomía de los órganos autónomos, la jurisprudencia constitucional estableció:

“La Corte ha destacado que la autonomía que la Constitución Política otorga a determinados organismos, significa básicamente; i) no pertenencia a alguna de las ramas del Poder; ii) posibilidad de actuación por fuera de las ramas del Poder y por ende actuación funcionalmente independiente de ellas; iii) titularidad de una potestad de normación para la ordenación de su propio funcionamiento y el cumplimiento de la misión constitucional encomendada³¹⁷.

316 Corte Constitucional. Sentencia del 2 de abril de 2001, C-361/01.

317 Corte Constitucional. Sentencia del 8 de octubre de 2002, C-832/02.

En todo caso, el principio de autonomía no puede interpretarse de forma absoluta o rígida pues se encuentra limitada por: i) la Constitución y la ley, ii) el deber de las entidades y órganos del Estado de colaborar armónicamente para el cumplimiento de los fines del Estado, iii) los intereses o bienes jurídicos que deben protegerse y iv) la naturaleza de Estado unitario. Así, respecto a la primera limitación la jurisprudencia Constitucional ha señalado:

“Sin embargo, vale la pena aclarar que la autonomía entregada por la Carta a la entidad encargada del manejo de la televisión, no le da el carácter de órgano superior del Estado ni le concede un ámbito ilimitado de competencias, pues cualquier entidad pública por el simple hecho de pertenecer a un Estado de derecho, se encuentra sujeta a límites y restricciones determinados por la Constitución y la Ley”³¹⁸.

Igualmente, el principio de autonomía se encuentra restringido por el deber de las entidades y órganos del Estado de colaborar armónicamente para lograr la satisfacción de los fines del Estado³¹⁹. En esta dirección, la Corte Constitucional indicó:

“Y por lo que respecta a la colaboración armónica entre las ramas y órganos del poder, lo que pretendió el constituyente al consagrar esta regla es que se produzca una suerte de integración de fuerzas de los diferentes órganos estatales con el objetivo de propender por el cumplimiento de los fines del Estado”³²⁰.

Por lo tanto, en la interpretación del artículo 113 de la Constitución Política, es necesario ponderar el principio de separación de poderes con el de colaboración armónica de tal manera que no se realicen interpretaciones excesivamente estrictas del primero, pero tampoco interpretaciones sobre la forma de interacción entre los órganos del Estado que debilite la autonomía de estos. Así lo ha señalado la jurisprudencia Constitucional:

“Esta Corporación ha establecido que la adecuada comprensión del artículo 113 de la Constitución, exige ponderar las exigencias vinculadas al mandato de separación funcional con el mandato de colaboración armónica, de manera tal que ninguno de ellos resulte anulado. En esta medida, no puede admitirse una interpretación excesivamente estricta de la separación funcional ni tampoco una comprensión extremadamente deferente de las formas de interacción entre los diversos órganos del Estado.

(...)

318 Corte Constitucional. Sentencia del 11 de julio de 1996, C-310/96.

319 “La autonomía e independencia del poder judicial son expresiones del principio de separación de poderes. Los jueces, en cuanto ejercen la función jurisdiccional, están supeditados exclusivamente a la aplicación del ordenamiento jurídico vigente y al análisis imparcial de los hechos materia de debate judicial. El ejercicio de la competencia jurisdiccional, así comprendida, acepta la inclusión de mecanismos de colaboración armónica y de controles recíprocos, a condición que no incidan o interfieran en el ámbito de la adopción de decisiones judiciales”. Corte Constitucional. Sentencia del 18 de abril de 2012, C-288/12.

320 Corte Constitucional. Sentencia del 16 de marzo de 2004, C-246/04.

La articulación de la separación funcional y la colaboración armónica no puede implicar (i) la imposición de pautas rígidas que eliminen las formas de interacción entre órganos, (ii) la autorización para que un órgano asuma las funciones que a otro le corresponden o (iii) la disolución de las responsabilidades de un órgano mediante la fijación de competencias concurrentes no previstas en la Constitución.

Los mandatos de colaboración armónica y de controles recíprocos se realizan constitucionalmente de diferente manera. En primer lugar, en la inexistencia de una coincidencia exacta entre la rama del poder público y el tipo de funciones que le son asignadas. En segundo término, en la fijación de funciones complementarias activando la participación de varios órganos en momentos diferentes o con diversos grados de generalidad. En tercer lugar, en la posibilidad de transferir temporalmente cierto tipo de funciones de un órgano a otro. En cuarto lugar, en la asignación específica a algunos órganos de funciones que deben cumplir respecto de otros vinculados, usualmente, a alguna rama del poder³²¹.

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha determinado que el principio de la autonomía está igualmente limitado en atención a los intereses o bienes jurídicos que deben protegerse, así como también en atención a la concepción de Estado unitario. Así, la Corte Constitucional ha indicado:

“Por otra parte, la autonomía de una entidad está limitada por la incidencia que tengan sus funciones sobre otros bienes jurídico - constitucionales, más allá de los cometidos encargados a ellas. En esa medida, el legislador puede limitar su autonomía, en la medida en que alguna de sus funciones repercutan significativamente sobre intereses o bienes jurídicos cuya protección supere el ámbito de su competencia. En esta última situación, la proyección del bien jurídico protegido determina el alcance de la autonomía en el ejercicio de una función encargada a una entidad estatal³²².”

Igualmente, en la sentencia C-208 de 2000 la Corte Constitucional se pronunció frente al concepto de Estado unitario como límite al principio de la autonomía, analizando la autonomía del Banco de la República, en los siguientes términos:

“Como se deduce de las previsiones constitucionales contenidas en los arts. 371 y 372 y lo ha destacado en numerosas oportunidades la Corte, el Banco ejecuta sus atribuciones institucionales dentro de un alto grado de autonomía. Ello le asegura un amplio margen de libertad e independencia en el ejercicio de sus competencias, sin injerencias externas de las ramas del poder público o de otros órganos del Estado, salvo las que son admisibles para asegurar la coordinación de funciones dentro de la concepción del Estado Unitario³²³.”

Con todo, los límites a la autonomía de las entidades públicas no puede entrañar la ruptura del núcleo esencial de la autonomía de aquellas. De esta forma, las

321 Corte Constitucional. Sentencia del 24 de abril de 2013, C-247/13.

322 Corte Constitucional. Sentencia del 7 de octubre de 2003, C-894/03. Véase también Corte Constitucional. Sentencia del 28 de agosto de 2013, Sentencia C-580/13.

323 Corte Constitucional. Sentencia del 1° de marzo de 2000, Sentencia C-208/00.

limitaciones que establezca el legislador deben ser no solamente necesarias e indispensables, sino también proporcionales respecto a la función otorgada al órgano o entidad. Así, en la misma sentencia C-208 de 2000 la Corte Constitucional determinó:

“Es cierto que el legislador puede determinar la manera como el banco debe cumplir con las atribuciones que le corresponden según la Constitución (arts. 150-22 y 372), pero ello sólo habilita a aquél para establecer las limitaciones que resulten necesarias e indispensables y, además, proporcionadas a la misión que le ha sido asignada al banco, de tal manera que no lesione el núcleo esencial de la autonomía de que es titular. De este modo, es preciso entender que las aludidas limitaciones deben resultar compatibles con la autonomía funcional y técnica propia del banco. Por lo tanto, resultan inadmisibles aquellas regulaciones del legislador que de alguna forma constituyan un catálogo puntual de conductas, que le sirvan de guía o parámetro obligados para el ejercicio de su actividad institucional y que lo inhiban para apreciar, según su prudente juicio, la oportunidad y conveniencia las medidas que deba adoptar”.

Igualmente, en la sentencia C-401 de 2001 estableció:

“Si bien los denominados “órganos autónomos e independientes” son órganos del Estado, según ha expresado esta Corte, la acción del legislador y la de los que forman parte de la Rama Ejecutiva se halla limitada por el núcleo esencial de autonomía, que resulta definido por los mandatos mediante los cuales la Constitución de manera explícita y en cada caso, define el ámbito de autonomía. Al respecto puede enunciarse que a mayor regulación constitucional menor será el ámbito de la regulación legal, y viceversa. Pero en todo caso, es preceptivo el respeto al núcleo esencial de autonomía que en cada supuesto aparecerá definido en función del cumplimiento de las misiones específicas encomendadas al órgano autónomo”.

En la misma dirección, el deber de colaboración armónica entre los órganos del Estado tampoco puede llevar a que se rompa el principio de la división de poderes ni el reparto funcional de competencias:

“Sin embargo, la exigencia de colaboración armónica entre los órganos del Estado no puede dar lugar a una ruptura de la división de poderes ni del reparto funcional de competencias, de modo que determinado órgano termine ejerciendo las funciones atribuidas por la Carta a otro órgano. (...)

Así pues, si bien es cierto que el principio de separación de poderes es el fundamento para el reconocimiento de la necesaria independencia y autonomía de los diferentes órganos del Estado, a fin de que puedan cumplir cabalmente sus funciones, también lo es que dicho principio debe ser interpretado en función de su vinculación con el modelo trazado en el artículo 113 Superior, según el cual, cada uno de los órganos del poder público debe colaborar armónicamente para la consecución de los fines estatales. Colaboración armónica que no implica que

*determinada rama u órgano llegue a asumir la función de otro órgano, pues no debe olvidarse que cada uno de ellos ejerce funciones separadas*³²⁴.

A partir del marco anteriormente indicado, y con el propósito de responder los interrogantes de la consulta, es necesario analizar el efecto de estos límites respecto a las prerrogativas otorgadas al Archivo General de la Nación para trazar, orientar, coordinar y controlar la función archivística del Estado.

En este sentido, se debe empezar por señalar que aunque el Archivo General de la Nación tiene la facultad para determinar, orientar y coordinar la función archivística estatal, pues esta tiene como propósito “coadyuvar a la eficiencia de la gestión del Estado y salvaguardar el patrimonio documental como parte integral de la riqueza cultural de la Nación, cuya protección es obligación del Estado”³²⁵, considera la Sala que estas potestades no pueden ejercerse de tal manera que se afecte el núcleo esencial de la autonomía de las Ramas Legislativa y Judicial o de los órganos autónomos que reconoce la misma disposición constitucional.

En consecuencia, encuentra la Sala que el Archivo General de la Nación, como ente especializado y técnico en la ciencia archivística, y en virtud de las facultades para trazar, orientar y coordinar la función archivística de la cual es titular, puede emitir políticas y directrices de carácter técnico que sean indispensables o necesarias para el ejercicio de la función archivística de todas las ramas y órganos del Estado. Sin embargo, estas políticas y directrices no pueden afectar el ejercicio de las funciones propias de las Ramas Legislativa y Judicial y de los órganos autónomos del Estado, ni tampoco pueden significar que estos pierdan su potestad para apreciar, según su razonable juicio, la forma y oportunidad como deben adoptarse dichas políticas o directrices de acuerdo con sus necesidades y realidades.

El principio de la autonomía o independencia derivado del artículo 113 de la Carta Política limita, también, la potestad de control desarrollada a través las facultades de inspección, vigilancia y control, que tiene a su cargo el Archivo General de la Nación.

En efecto, recuérdese que el artículo 35 de la Ley 594 de 2000 otorgó al Archivo General de la Nación facultades para prevenir y sancionar el incumplimiento de la Ley General de Archivo y sus normas reglamentarias. En desarrollo de estas facultades, el literal a) de la norma reconoció a la mencionada entidad la potestad de ordenar la suspensión inmediata de las prácticas que amenacen o vulneren la integridad de los archivos públicos y se adopten las medidas preventivas y

324 Corte Constitucional. Sentencia del 16 de marzo de 2004, Sentencia C-246/04.

325 Ley 594 de 2000, artículo 4°.

correctivas que se requieran³²⁶, facultad que fue reafirmada en los artículos 27³²⁷ y 33³²⁸ del Decreto 106 de 2015.

Frente a estas potestades, entiende la Sala que el Archivo General de la Nación puede ejercerlas sobre todas las entidades del Estado. Sin embargo, su ejercicio respecto a los órganos y entidades que no hacen parte de la Rama Ejecutiva, no puede adelantarse de tal manera que se viole el núcleo esencial de la autonomía de la cual gozan estos. De esta suerte, las exigencias no puedan afectar el ejercicio de las funciones que les son propias ni eliminar las facultades de que gozan para valorar la forma y oportunidad de adoptar las medidas demandadas de acuerdo con las situaciones que se presenten.

En lo que concierne a la otra facultad reconocida por los artículos 35 de la Ley 594 de 2000 y 25 del Decreto 106 de 2015³²⁹ al Archivo General de la Nación, como es la de sancionar con multas el incumplimiento de la Ley 594 de 2000 y sus normas reglamentarias, considera la Sala que su ejercicio sobre órganos y entidades que no hacen parte de la Rama Ejecutiva va en contravía del artículo 113 de la Constitución Política toda vez que conlleva una pérdida de la autonomía e independencia de las ramas del poder público y de los órganos autónomos al sujetar a estos a sanciones impuestas por el ejecutivo, afectándose gravemente el equilibrio de poderes.

Finalmente, en lo que respecta a la facultad del Archivo General de la Nación para realizar visitas de inspección a los archivos de las entidades del Estado, en virtud de lo dispuesto por los artículos 32 de la Ley General de Archivo y 13 del Decreto 106 de 2015, encuentra la Sala que esta prerrogativa, como ocurre con las otras facultades de control, no puede ejercerse de forma tal que afecte el núcleo esencial de la autonomía de las Ramas Judicial y Legislativa ni de los órganos autónomos, es decir, no puede adelantarse a través de acciones que afecten el cumplimiento de las funciones que le son inherentes a estos.

326 "a) Emitir las órdenes necesarias para que se suspendan de inmediato las prácticas que amenacen o vulneren la integridad de los archivos públicos y se adopten las correspondientes medidas preventivas y correctivas".

327 "Llegada la fecha, hora y lugar de la visita, se procederá al estudio de la situación y comprobada la práctica u omisión irregular que se presenta, se emitirán las órdenes respectivas para que se suspendan las prácticas que amenacen o vulneren la integridad de los archivos públicos y/o de los archivos de las entidades privadas que cumplen funciones públicas y/o a los documentos declarados de interés cultural cuyos propietarios, tenedores o poseedores sean personas naturales o jurídicas de carácter privado y se adopten las correspondientes medidas preventivas y correctivas".

328 "Para proteger el patrimonio documental del Estado y los documentos y archivos públicos, así como para suspender de inmediato las prácticas que amenacen o vulneren la integridad de los mismos y se adopten las correspondientes medidas preventivas y correctivas pertinentes, el Archivo General de la Nación en cualquier momento podrá:

a) Ordenar que de forma inmediata se tomen las medidas para que cesen las actividades u omisiones que puedan causar daño, que lo haya causado o lo continúen ocasionando.
b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente particular o dañina sea consecuencia de la omisión del responsable de los documentos".

329 "El Archivo General de la Nación y las entidades territoriales a través de los respectivos Consejos de Archivos, podrán imponer multas a favor del erario a quienes no han dado cumplimiento del Plan de Mejoramiento Archivístico – PMA o han incumplido la Ley General de Archivos y/o cualquier normatividad archivística u orden impartida por autoridad competente en esta materia. Las multas se graduarán de acuerdo con la gravedad de la falta cometida, sin perjuicio de las sanciones que puedan imponer otras autoridades en el ejercicio de sus competencias".

b. El conocimiento de la información contenida en los archivos y documentos.

Un segundo límite a las facultades del Archivo General de la Nación se relaciona igualmente con la señalada potestad de realizar visitas de inspección a los archivos de las entidades estatales, a la luz de lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 594 de 2000. En este sentido, esta prerrogativa debe entenderse limitada o circunscrita a verificar el cumplimiento de la Ley 594 de 2000 y sus normas reglamentarias, sin que, por tanto, pueda entenderse que por virtud de ella el Archivo General de la Nación está autorizado para conocer la información contenida en los archivos objeto de la inspección.

En efecto, las potestades de inspección, vigilancia y control del Archivo General de la Nación están dirigidas a garantizar el adecuado ejercicio de la función archivística del Estado, es decir, que las actividades relacionadas con la totalidad del quehacer archivístico, como lo son, todas aquellas comprendidas desde la elaboración del documento hasta su eliminación o conservación permanente³³⁰, se adelanten dando cumplimiento a la Ley 594 de 2000 y sus normas reglamentarias.

De este modo, las facultades de la cual es titular el Archivo General de la Nación deben utilizarse con ese objetivo, y en consecuencia, no pueden concebirse como una herramienta o autorización para conocer la información contenida en los archivos sobre los cuales se ejercen las señaladas prerrogativas. Su uso en esa dirección constituye una clara desviación al propósito o finalidad que justificaron su reconocimiento.

c. El carácter reservado de los documentos

Un tercer límite a las potestades del Archivo General de la Nación a la luz de la Ley 594 de 2000 lo constituye el carácter reservado de los documentos que integran los archivos. En este sentido, la mencionada entidad no puede ejercer la facultad de realizar visitas de inspección sobre archivos y documentos reservados. En efecto, la Constitución Política colombiana reconoce expresamente los derechos a la información y acceder a la información pública. Así, el artículo 20 de la Constitución indica:

“Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”.

330 “Actividades relacionadas con la totalidad del quehacer archivístico, que comprende desde la elaboración del documento hasta su eliminación o conservación permanente”. Ley 594 de 2000, artículo 3°.

Por su parte, como expresión de los derechos a recibir información y de petición³³¹, el artículo 74 de la Constitución estableció:

*“Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable”*³³².

Además de su reconocimiento constitucional, los señalados derechos han sido objeto de desarrollo legal. En esta dirección, la Ley 594 de 2000 consagró expresamente en su artículo 27 que todas las personas tienen la potestad de consultar los documentos de los archivos públicos, a menos que estos tengan carácter reservado de acuerdo con la Constitución o la ley:

“Todas las personas tienen derecho a consultar los documentos de archivos públicos y a que se les expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o a la ley.

Las autoridades responsables de los archivos públicos y privados garantizarán el derecho a la intimidad personal y familiar, honra y buen nombre de las personas y demás derechos consagrados en la Constitución y las leyes”.

Asimismo, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, reconoce como uno de los derechos de las personas ante las autoridades, el de acceder a la información pública. Así, el artículo 5° dispuso:

“En sus relaciones con las autoridades toda persona tiene derecho a: (...)

3. Salvo reserva legal, obtener información que repose en los registros y archivos públicos en los términos previstos por la Constitución y las leyes”.

331 “La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho al acceso a documentos públicos (artículo 74 C.P.) es una manifestación concreta del derecho de petición (artículo 23 C.P.) y del derecho a la información (artículo 20 C.P.). En tal sentido, desde las primeras sentencias la Corte concluyó: “(...) es cierto que el derecho a acceder a los documentos públicos consagrado en el artículo 74, puede considerarse en buena medida como una modalidad del derecho fundamental de petición y como instrumento necesario para el ejercicio del derecho a la información y, por lo tanto, comparte con éstos su núcleo axiológico esencial, no lo es menos que tiene también un contenido y alcance particulares que le otorgan especificidad y autonomía dentro del conjunto de los derechos fundamentales.”. Corte Constitucional. Sentencia del 27 de mayo de 2010, T-414/10. “Entonces, puede observarse que el derecho de acceso a la información es un derecho fundamental (art. 74 superior), que guarda estrecha relación con los derechos de petición (art. 23 superior) y a obtener información veraz e imparcial (art. 20 superior)”. Corte Constitucional. Sentencia del 12 de julio de 2012, C-540/12. “Adicionalmente, el artículo 74 constitucional, estableció que todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley. En tal medida se autoriza a cualquier ciudadano, para que acceda a la información oficial, consulte todos los documentos que reposen en las oficinas públicas; inclusive se da la posibilidad de solicitar y obtener copias de las mismas, con excepción de aquellas que tengan una reserva de carácter legal o alguna relación con la defensa o seguridad nacional... De acuerdo a lo anterior se colige, en primera medida, que por regla general todo ciudadano tiene derecho a acceder a cualquier información pública, contenida en documentos a cargo de la administración, siempre y cuando no esté protegida por reserva legal; y en segundo lugar, todo funcionario público a cuyo cargo esté la custodia y cuidado de los documentos de la administración, deberá garantizar a los administrados su efectivo acceso”. Corte Constitucional. Sentencia del 30 de agosto de 2010, T-656/10.

332 La Corte Constitucional ha señalado que en virtud del señalado artículo 74: “todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”, está autorizando a toda persona para que acceda, en principio, a cualquier información oficial, consulte documentos que reposen en las oficinas públicas y soliciten u obtengan copias de los mismos, con excepción de aquellos que tengan una reserva de carácter legal o alguna relación con la defensa o seguridad nacional”. Corte Constitucional. Sentencia del 1 de abril de 2013, T-167/13. De otra parte, el derecho a acceder a la información pública cumple importantes funciones, así: i) garantiza la participación democrática y el ejercicio de los derechos políticos, ii) permite satisfacer el derecho a la verdad de las víctimas de actuaciones arbitrarias y de violaciones de derechos humanos, iii) garantiza el derecho a la memoria histórica de la sociedad, iv) hace posible el ejercicio del derecho a la información, y v) garantiza la transparencia de la gestión pública, constituyéndose en un mecanismo de control ciudadano sobre la actividad estatal. Corte Constitucional. Sentencia del 9 de mayo de 2013, C-274/13.

Por su parte, el Congreso de la República promulgó recientemente la Ley estatutaria 1712 de 2014³³³, la cual tiene como objeto regular el derecho de acceso a la información pública, los procedimientos para su ejercicio y garantía, así como también las excepciones que le son aplicables³³⁴. Así, el artículo 2° de la ley estableció el principio de máxima publicidad de la información pública en virtud del cual:

“Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley”.

Adicionalmente, señaló frente al derecho a acceder a la información pública lo siguiente:

“En ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información, toda persona puede conocer sobre la existencia y acceder a la información pública en posesión o bajo control de los sujetos obligados. El acceso a la información solamente podrá ser restringido excepcionalmente. Las excepciones serán limitadas y proporcionales, deberán estar contempladas en la ley o en la Constitución y ser acordes con los principios de una sociedad democrática.

*El derecho de acceso a la información genera la obligación correlativa de divulgar proactivamente la información pública y responder de buena fe, de manera adecuada, veraz, oportuna y accesible a las solicitudes de acceso, lo que a su vez conlleva la obligación de producir o capturar la información pública. Para cumplir lo anterior los sujetos obligados deberán implementar procedimientos archivísticos que garanticen la disponibilidad en el tiempo de documentos electrónicos auténticos”*³³⁵.

Es importante también destacar que el derecho a acceder a la información pública impone dos importantes deberes a las autoridades, como lo son: i) suministrar a quien lo solicite información, clara, completa, oportuna, cierta y actualizada sobre su actividad y ii) conservar y mantener la información sobre su actividad³³⁶, actividades que por supuesto deben ser objeto de control por parte de las entidades que el legislador haya determinado.

Con todo, el derecho a acceder a la información pública no es absoluto pues se encuentra limitado, además de la Constitución y la ley³³⁷, por la información

333 “Por medio de la cual se creó la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictaron otras disposiciones”.

334 “El objeto de la presente ley es regular el derecho de acceso a la información pública, los procedimientos para el ejercicio y garantía del derecho y las excepciones a la publicidad de información”. Ley 1712 de 2014, artículo 1°.

335 Ibidem, artículo 4°.

336 Corte Constitucional. Sentencia del 9 de mayo de 2013, C-274/13.

337 Ley 1712 de 2014, artículo 4°. “En tercer lugar, el artículo reitera que el derecho sólo puede ser restringible excepcionalmente por expreso mandato constitucional o legal. Tales restricciones deben ser además limitadas, proporcionales y acordes con los principios de una sociedad democrática, lo cual resulta concordante con las exigencias constitucionales señaladas en los artículos 74 y 209 Superiores y con la jurisprudencia de esta Corporación en materia de acceso a la información pública”. Corte Constitucional. Sentencia del 9 de mayo de 2013, C-274/13.

reservada³³⁸. Frente a este punto, la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014, tuvo la oportunidad de señalar:

“Uno de los límites admisibles al derecho de acceso a la información pública proviene de la necesidad de protección de otros derechos fundamentales que puedan ser afectados por el acceso y difusión de tal información. Tal es el caso de los datos personales que sólo pertenecen a su titular y cuya divulgación podría afectar un derecho legítimo de este último como el derecho a la intimidad, o de los secretos comerciales, industriales y profesionales, cuyo acceso puede afectar el ejercicio de las libertades económicas. También se ha autorizado restringir el acceso a la información pública cuando su divulgación o acceso pueda poner en peligro la vida, la integridad o la seguridad de las personas. El artículo 18 bajo examen se refiere puntualmente a estas restricciones.

Mediante esta norma se establece la posibilidad de rechazar o denegar el acceso a información pública clasificada, cuando su acceso y posible difusión pueda causar un daño a los derechos a la intimidad personal, la vida, la salud o la seguridad de las personas, o por tratarse de secretos comerciales, industriales o profesionales. Esta disposición establece también que la duración de estas restricciones es ilimitada, y que no podrá aplicarse cuando la persona haya consentido en la revelación de esa información”.

Asimismo, el carácter reservado de la información se justifica igualmente en atención a los intereses públicos que se buscan proteger, como por ejemplo, la defensa y seguridad nacional, la seguridad pública, las relaciones internacionales, la estabilidad macroeconómica y financiera del país, entre otras. Como expresión de lo anterior, la Ley 1712 de 2014 señaló en sus artículos 18³³⁹ y 19³⁴⁰ la información cuyo acceso puede ser restringido por causar daño a derechos de personas naturales y

338 Véase: Ley 594 de 2000, artículo 27, la Ley 1437 de 2011, artículo 5° y Ley 1712 de 2014, artículo 2°.

339 “Información exceptuada por daño a derechos a personas naturales o jurídicas. Es toda aquella información pública clasificada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito, siempre que el acceso pudiere causar un daño a los siguientes derechos:

a) El derecho de toda persona a la intimidad, bajo las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, en concordancia con lo estipulado;
b) El derecho de toda persona a la vida, la salud o la seguridad;
c) Los secretos comerciales, industriales y profesionales, así como los estipulados en el parágrafo del artículo 77 de la Ley 1474 de 2011. Parágrafo. Estas excepciones tienen una duración ilimitada y no deberán aplicarse cuando la persona natural o jurídica ha consentido en la revelación de sus datos personales o privados o bien cuando es claro que la información fue entregada como parte de aquella información que debe estar bajo el régimen de publicidad aplicable”.

340 “Información exceptuada por daño a los intereses públicos. Es toda aquella información pública reservada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito en las siguientes circunstancias, siempre que dicho acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional:

a) La defensa y seguridad nacional;
b) La seguridad pública;
c) Las relaciones internacionales;
d) La prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso;
e) El debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales;
f) La administración efectiva de la justicia;
g) Los derechos de la infancia y la adolescencia;
h) La estabilidad macroeconómica y financiera del país;
i) La salud pública”.

jurídicas o a los intereses públicos. Este tipo de información la identifica la misma ley como información pública clasificada³⁴¹ e información pública reservada³⁴².

Adicionalmente, garantizar la reserva de cierta información es fundamental y necesaria para el adecuado ejercicio de las funciones a cargo de entidades del Estado. De esta suerte, por ejemplo, la labor de los organismos de inteligencia y contrainteligencia del Estado o la función consultiva de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se vería gravemente limitada y afectada si la información o documentos de inteligencia o contrainteligencia, para el caso del primero³⁴³, o los conceptos proferidos por la Sala no gozaran del carácter reservado que la ley les ha reconocido.

En consecuencia, para garantizar la reserva de la información, el Archivo General de la Nación no puede ejercer la función de realizar visitas de inspección a los archivos y documentos que tengan la calidad de reservados, aún en el caso de entidades que pertenecen a la Rama Ejecutiva, pues si se permitiera el ejercicio de dichas facultades sobre los mencionados archivos y documentos para verificar sobre ellos el cumplimiento de las normas de archivística, se corre el grave riesgo de que se acceda a estos y se pierda su carácter secreto o confidencial. De esta suerte, la facultad de inspección no puede ejercerse sobre los archivos y documentos reservados de las entidades del Estado.

En todo caso, lo anterior no es obstáculo para que las entidades estatales conserven la obligación de seguir los lineamientos y parámetros fijados por el Archivo General de la Nación en materia archivística para garantizar la debida organización y conservación de la información reservada. Igualmente, tampoco elimina la posibilidad de que si en el ejercicio de sus funciones el Archivo General de la Nación constata la eventual violación o desprotección de los archivos reservados, pueda señalar los correctivos necesarios para asegurar su adecuada protección y reserva.

341 Información pública clasificada. Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, pertenece al ámbito propio, particular y privado o semiprivado de una persona natural o jurídica por lo que su acceso podrá ser negado o exceptuado, siempre que se trate de las circunstancias legítimas y necesarias y los derechos particulares o privados consagrados en el artículo 18 de esta ley. Ley 1712 de 2014, artículo 6°.

342 "d) Información pública reservada. Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, es exceptuada de acceso a la ciudadanía por daño a intereses públicos y bajo cumplimiento de la totalidad de los requisitos consagrados en el artículo 19 de esta ley". Ley 1712 de 2014, artículo 6°.

343 "Por la naturaleza de las funciones que cumplen los organismos de inteligencia y contrainteligencia sus documentos, información y elementos técnicos estarán amparados por la reserva legal por un término máximo de treinta (30) años contados a partir de la recolección de la información y tendrán carácter de información reservada.

Excepcionalmente y en casos específicos, por recomendación de cualquier organismo que lleve a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, el Presidente de la República podrá acoger la recomendación de extender la reserva por quince (15) años más, cuando su difusión suponga una amenaza grave interna o externa contra la seguridad o la defensa nacional, se trate de información que ponga en riesgo las relaciones internacionales, esté relacionada con grupos armados al margen de la ley, o atente contra la integridad personal de los agentes o las fuentes". Ley 1621 de 2013, artículo 33.

Es importante también señalar que para la Sala a pesar de que los artículos 20³⁴⁴ de la Ley 57 de 1985³⁴⁵, 27³⁴⁶ de la Ley 1437 de 2011, 10³⁴⁷ y 13³⁴⁸ de la Ley 1581 de 2012 y 26³⁴⁹ del Decreto 103 de 2015³⁵⁰ permiten que una autoridad pública acceda a información o documentos reservados en el ejercicio de sus funciones, el acceso a esa información reservada es posible siempre y cuando dicha información esté ligada al cumplimiento de las funciones de la autoridad que requiere conocerla. De este modo, el Archivo General de la Nación no puede adelantar labores de inspección sobre los archivos y documentos reservados, pues la excepción mencionada no le aplica toda vez que no se podría decir que el ejercicio de esta facultad requiere del conocimiento de la información contenida en los documentos de carácter reservado, y que por tanto se le estaría obstaculizando su labor.

De otra parte, y a pesar de las facultades de inspección, vigilancia y control de las cuales goza el Archivo General de la Nación sobre la función archivística del Estado, con las limitaciones mencionadas, quiere resaltar la Sala que quienes tienen en primera instancia la obligación de velar por el cumplimiento de la Ley 594 de 2000 y el debido ejercicio de la función archivística son los propios órganos y entidades del Estado, pues el control más efectivo es el autocontrol o control interno³⁵¹.

344 “El carácter reservado de un documento no será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo prescrito en este artículo”. Recientemente, la Ley 1712 de 2014 establecía en su texto original, específicamente en el artículo 23, una regla sobre la materia: “Inaplicabilidad de la reserva. El carácter reservado de un documento o de una información, salvo la reserva en los procesos judiciales, no será oponible a las autoridades judiciales y congresistas en el ejercicio del control que le corresponde adelantar al congreso. Dichas autoridades deberán asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo prescrito en este artículo, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 136 de la Constitución y 52 de la Ley 5ª de 1992”. Sin embargo, esta disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional al considerar que la norma excluía la posibilidad de que la información reservada no fuera oponible a los órganos de control o a otras autoridades que ejercen funciones de la misma naturaleza, lo cual afectaba el ejercicio de sus funciones. Específicamente la Corte señaló: “Finalmente, tal como lo mencionan la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, el artículo excluyó de la posibilidad de que la reserva de cierta información no sea oponible a los órganos de control para el ejercicio de sus funciones o a otras autoridades que ejercen funciones de control. Con ello se estaría modificando lo establecido en la Ley 57 de 1985, por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales, que no distinguía entre unas y otras autoridades, para la aplicación de la inoponibilidad de la reserva. Esta circunstancia se convierte en un obstáculo que resulta contrario a lo establecido en los artículos 267, 268, 277 y 278 de la Constitución Política, pues la oponibilidad de una reserva sobre una información les impediría el ejercicio pleno de sus funciones de control. Para la Sala, por tanto, el artículo 23 de la Ley es una norma indeterminada que pone en riesgo el ejercicio del derecho y obstaculiza las funciones constitucionales de control, que debe ser declarada inexecutable. Dada su redacción, y los vacíos de que adolece, no es posible hacer un fallo modulativo. Corresponde al Legislador corregir esa indeterminación”. Corte Constitucional. Sentencia del 9 de mayo de 2013, C-274/13.

345 “Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales”. Véase igualmente Corte Constitucional. Sentencia del 12 de julio de 2012, C-540/12.

346 “El carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo”.

347 “La autorización del Titular no será necesaria cuando se trate de:

a) Información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial;”

348 “La información que reúna las condiciones establecidas en la presente ley podrá suministrarse a las siguientes personas: (...)

b) A las entidades públicas o administrativas en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial”.

349 “Parágrafo 2°. Salvo que medie autorización del titular, a los datos semi-privados, privados y sensibles contenidos en documentos públicos sólo podrá accederse por decisión de autoridad jurisdiccional o de autoridad pública o administrativa competente en ejercicio sus funciones”.

350 Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones.

351 “El principio subyacente a esta auditoría es reconocer que control efectivo es autocontrol”. Raúl Espejo, La Auditoría en la construcción de un Estado efectivo, en La construcción de un nuevo discurso de control. Reflexiones sobre el proceso de cambio y fortalecimiento institucional 1995-1998. Contraloría General de la República. p. 40. “El control intrínseco, por su parte, se deriva de reconocer que, en muchas ocasiones, y en particular en el contexto de las organizaciones, el controlador forma parte de la misma organización que está controlando. Este carácter auto-reflexivo de control es lo que define el auto-control”. Alfonso Reyes Alvarado, Desarrollo de prácticas de auditoría organizacional y de desempeño, en La construcción de un nuevo discurso de control. Reflexiones sobre los elementos del proceso de cambio y fortalecimiento institucional 1995-1998. Contraloría General de la República, pp. 40-41.

Una expresión de lo anterior encuentra sustento en el artículo 16 de la misma Ley General de Archivo, el cual indica:

“Los secretarios generales o los funcionarios administrativos de igual o superior jerarquía, pertenecientes a las entidades públicas, a cuyo carga estén los archivos públicos, tendrán la obligación de velar por la integridad, autenticidad, veracidad y fidelidad de la información de los documentos de archivo y serán responsables de su organización y conservación, así como de la prestación de los servicios archivísticos”.

Igualmente, otra manifestación de la actividad de autocontrol que deben ejercer los órganos y entidades del Estado para verificar el adecuado cumplimiento de las normas archivísticas se encuentra en el párrafo 2º del artículo 18 del Decreto 106 de 2015, el cual señala:

“La Oficina de Control Interno de la entidad inspeccionada deberá realizar seguimiento y reportar trimestralmente al Archivo General de la Nación los avances del cumplimiento del PMA”.

De allí la importancia de que las entidades públicas capaciten adecuadamente a sus funcionarios en lo que respecta a la función archivística, tal como lo dispone el artículo 18 de la Ley General de Archivo³⁵².

Adicionalmente, al control del cumplimiento de las normas archivísticas que debe adelantar en primera medida u orden la propia entidad u órgano del Estado, se suma la labor que desempeña la Procuraduría General de la Nación en la materia, atendiendo lo dispuesto por el literal b) del artículo 35 de la Ley General de Archivo, que dispone:

“b) Las faltas contra el patrimonio documental serán tenidas como faltas gravísimas cuando fueren realizadas por servidores públicos, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 200 de 1995”.

Cumple también una importante tarea la Contraloría General de la Nación, en virtud de lo señalado por el artículo 51 de la Ley 594 de 2000:

“La Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República prestarán todo el apoyo en lo de su competencia al Archivo General de la Nación, para el cumplimiento de lo preceptuado en esta ley”.

352 “Las entidades tienen la obligación de capacitar y actualizar a los funcionarios de archivo, en programas y áreas relacionadas con su labor.

Parágrafo. El Archivo General de la Nación propiciará y apoyará programas de formación profesional y de especialización en archivística, así como programas de capacitación formal y no formal, desarrollados por instituciones educativas”.

5. La facultad del Archivo General de la Nación para ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control sobre las entidades referidas por el artículo 5° del proyecto de Ley Estatutaria de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública, hoy contenido en la Ley 1712 de 2014, así como la sujeción de estas a la Ley 594 de 2000

Una de los interrogantes elevados a la Sala por el Ministerio consultante se dirige a establecer si las entidades que realizan procesos de gestión documental referidas en el artículo 5° del proyecto de Ley Estatutaria de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública: i) se encuentran sujetas al cumplimiento de la Ley 594 de 2000 y ii) bajo las facultades de inspección, vigilancia y control del Archivo General de la Nación. Para resolver estos cuestionamientos, la Sala debe empezar señalando que el proyecto de ley mencionado en la consulta se materializó en la Ley 1712 de 2014, la cual tiene como objeto regular el derecho de acceso a la información pública, los procedimientos para el ejercicio y la garantía del derecho y las excepciones a la publicidad de la información³⁵³.

La Ley 594 de 2000 y la Ley 1712 de 2014 se refieren en varios de sus apartados a la gestión documental. Así, en el caso de la primera, el artículo 3° de la Ley la definió en los mismos términos que lo hace la Ley 1712 de 2014³⁵⁴. Igualmente en el Título V de la ley, denominado Gestión de Documentos, específicamente en el artículo 21, se impuso la obligación a las entidades públicas de elaborar programas de gestión documental³⁵⁵. Asimismo, el Título V se refirió a otros aspectos relevantes dentro de la gestión documental tales como: i) clasificó los archivos en archivos de gestión, archivo central y archivo histórico³⁵⁶, ii) impuso la obligación a las entidades del Estado de elaborar y adoptar tablas de retención documental³⁵⁷ e inventarios de los documentos que se produzcan en ejercicio de sus funciones³⁵⁸ y iii) ordenó la reglamentación de lo relacionado con los tiempos de retención documental, organización y conservación de las historias clínicas, historias laborales, documentos contables y documentos notariales, así como también lo referente a las entidades privadas que prestan servicios públicos³⁵⁹.

353 Ley 1712 de 2014, artículo 1°.

354 "Conjunto de actividades administrativas y técnicas tendientes a la planificación, manejo y organización de la documentación producida y recibida por las entidades, desde su origen hasta su destino final, con el objeto de facilitar su utilización y conservación". Ley 594 de 2000, artículo 3°.

355 "Las entidades públicas deberán elaborar programas de gestión de documentos, pudiendo contemplar el uso de nuevas tecnologías y soportes, en cuya aplicación deberán observarse los principios y procesos archivísticos".

356 "Teniendo en cuenta el ciclo vital de los documentos, los archivos se clasifican en:

a) Archivo de gestión. Comprende toda la documentación que es sometida a continua utilización y consulta administrativa por las oficinas productoras u otras que la soliciten. Su circulación o trámite se realiza para dar respuesta o solución a los asuntos iniciados;
b) Archivo central. En el que se agrupan documentos transferidos por los distintos archivos de gestión de la entidad respectiva, cuya consulta no es tan frecuente pero que siguen teniendo vigencia y son objeto de consulta por las propias oficinas y particulares en general.
c) Archivo histórico. Es aquel al que se transfieren desde el archivo central los documentos de archivo de conservación permanente".
Ibidem, artículo 23.

357 "Será obligatorio para las entidades del Estado elaborar y adoptar las respectivas tablas de retención documental". Ibidem, artículo 24.

358 "Es obligación de las entidades de la Administración Pública elaborar inventarios de los documentos que produzcan en ejercicio de sus funciones, de manera que se asegure el control de los documentos en sus diferentes fases". Ibidem, artículo 26.

359 "El Ministerio de la Cultura, a través del Archivo General de la Nación y el del sector correspondiente, de conformidad con las normas aplicables, reglamentarán lo relacionado con los tiempos de retención documental, organización y conservación de las historias clínicas, historias laborales, documentos contables y documentos notariales. Así mismo, se reglamentará lo atinente a los documentos producidos por las entidades privadas que presten servicios públicos". Ibidem, artículo 25.

En lo que respecta a la Ley 1712 de 2014, esta también estableció disposiciones referentes a la gestión documental. En esta dirección: i) impuso a los sujetos cubiertos por la norma la obligación de implementar procedimientos archivísticos que garanticen la disponibilidad en el tiempo de documentos electrónicos auténticos³⁶⁰, ii) definió el concepto de gestión documental³⁶¹, iii) dispuso que los sujetos obligados debían establecer en su esquema de publicación los cuadros de clasificación documental³⁶², iv) obligó a los sujetos que regula a adoptar un programa de gestión documental³⁶³, y v) exigió a estos asegurar que existan procedimientos claros para la creación, gestión, organización y conservación de sus archivos³⁶⁴. Respecto a los sujetos obligados por la Ley 1712 de 2014, el artículo 5º estableció lo siguiente:

“Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados:

a) Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital;

b) Los órganos, organismos y entidades estatales independientes o autónomos y de control;

c) Las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, que presten función pública, que presten servicios públicos respecto de la información directamente relacionada con la prestación del servicio público.

d) Cualquier persona natural, jurídica o dependencia de persona jurídica que desempeñe función pública o de autoridad pública, respecto de la información directamente relacionada con el desempeño de su función;

e) Los partidos o movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos;

360 “El derecho de acceso a la información genera la obligación correlativa de divulgar proactivamente la información pública y responder de buena fe, de manera adecuada, veraz, oportuna y accesible a las solicitudes de acceso, lo que a su vez conlleva la obligación de producir o capturar la información pública. Para cumplir lo anterior los sujetos obligados deberán implementar procedimientos archivísticos que garanticen la disponibilidad en el tiempo de documentos electrónicos auténticos”. Ley 1712 de 2014, artículo 4º.

361 “Es el conjunto de actividades administrativas y técnicas tendientes a la planificación, procesamiento, manejo y organización de la documentación producida y recibida por los sujetos obligados, desde su origen hasta su destino final, con el objeto de facilitar su utilización y conservación”. Ibidem, artículo 6º.

362 “Todo sujeto obligado deberá adoptar y difundir de manera amplia su esquema de publicación, dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley. El esquema será difundido a través de su sitio Web, y en su defecto, en los dispositivos de divulgación existentes en su dependencia, incluyendo boletines, gacetas y carteleras. El esquema de publicación deberá establecer: (...) d) Los cuadros de clasificación documental que faciliten la consulta de los documentos públicos que se conservan en los archivos del respectivo sujeto obligado, de acuerdo con la reglamentación establecida por el Archivo General de la Nación”. Ibidem, artículo 12.

363 “Dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, los sujetos obligados deberán adoptar un Programa de Gestión Documental en el cual se establezcan los procedimientos y lineamientos necesarios para la producción, distribución, organización, consulta y conservación de los documentos públicos. Este Programa deberá integrarse con las funciones administrativas del sujeto obligado. Deberán observarse los lineamientos y recomendaciones que el Archivo General de la Nación y demás entidades competentes expidan en la materia”. Ibidem, artículo 15.

364 “En su carácter de centros de información institucional que contribuyen tanto a la eficacia y eficiencia del Estado en el servicio al ciudadano, como a la promoción activa del acceso a la información pública, los sujetos obligados deben asegurarse de que existan dentro de sus entidades procedimientos claros para la creación, gestión, organización y conservación de sus archivos. Los procedimientos adoptados deberán observar los lineamientos que en la materia sean producidos por el Archivo General de la Nación”. Ibidem, artículo 16.

f) Las entidades que administren instituciones parafiscales, fondos o recursos de naturaleza u origen público.

Las personas naturales o jurídicas que reciban o intermedien fondos o beneficios públicos territoriales y nacionales y no cumplan ninguno de los otros requisitos para ser considerados sujetos obligados, solo deberán cumplir con la presente ley respecto de aquella información que se produzca en relación con fondos públicos que reciban o intermedien.

Parágrafo 1°. No serán sujetos obligados aquellas personas naturales o jurídicas de carácter privado que sean usuarios de información pública”.

De este listado, encuentra la Sala que son varios los sujetos que ya se encuentran sometidos a la Ley 594 de 2000 toda vez que como tuvo la oportunidad de indicarse, la Ley General de Archivo, atendiendo lo señalado por el artículo 2°, cobija a los archivos señalados en sus artículos 7°, 8° y 9°, así como también a las entidades privadas que cumplen funciones públicas o que prestan un servicio público.

Así, los sujetos obligados por la Ley 1712 de 2014 que se encuentran sometidos a la Ley 594 de 2000 son los señalados en los literales a), b) c) y d). Igualmente, se encuentran cobijadas por esta norma las entidades que administren instituciones parafiscales, fondos o recursos de naturaleza u origen público, pues como se explicó en páginas anteriores, la administración de estos recursos constituye el ejercicio de una función pública. En este mismo sentido se debe entender en el caso de las personas naturales o jurídicas que reciban o intermedien fondos o beneficios públicos territoriales y nacionales cuando se enmarquen en alguna de las categorías anteriores.

Igualmente, dentro de los sujetos enlistados por el artículo 5° de la Ley 1712 de 2014, se encuentran sometidos a la Ley 594 de 2000 los partidos o movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos, pues se trata de particulares que cumplen una función pública³⁶⁵.

De otra parte, debe anotarse que los sujetos anteriormente señalados, al estar sujetos al cumplimiento de la Ley 594 de 2000, están sometidos a las potestades de inspección, vigilancia y control del Archivo General de la Nación reconocidas en los artículos 32 y 35 de la misma ley, con las limitaciones que en su oportunidad se indicaron.

365 “A esta conclusión se llega, además, al verificar que la atribución que cumplen los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida, para inscribir candidatos a elecciones y para otorgar el correspondiente aval - “Escrito en que uno responde de la conducta de otro, especialmente en materia política” - es una función que no puede ser catalogada como privada, sino que es una función pública ejercida por particulares (...). De suerte que si bien es cierto los partidos políticos son instituciones permanentes, de naturaleza privada, que reflejan el pluralismo político, promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y contribuyen a la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas y democráticas de la Nación (artículo 2° de la Ley 130 de 1994), no es menos cierto que la función que cumplen de inscribir candidatos a elecciones y de darles el correspondiente aval, es una función pública”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 13 de agosto de 2009, Radicación número: 11001-03-28-000-2006-00011-00(3944-3957).

6. La aplicación de la Ley General de Archivos y los demás aportes o herramientas para la conservación y preservación de los documentos que dispone la ciencia o técnica archivística al régimen probatorio de cada Código

Finalmente, el Archivo General de la Nación pregunta a la Sala si se debe dar aplicación al régimen probatorio de los documentos que trae cada Código omitiendo los aportes que realiza la Ley General de Archivos y la ciencia o técnica archivística para la conservación y preservación de documentos. Para responder a este interrogante, la Sala se referirá a la importancia de los archivos en materia probatoria y a los Códigos. En esta dirección, debe señalarse que durante el trámite legislativo del proyecto de ley que dio lugar a la aprobación de la Ley 594 de 2000, se destacó la importancia en materia probatoria de los documentos y los archivos. Así se indicó:

“Los propósitos fundamentales de los archivos se sustentan en los valores intrínsecos del documento: valor administrativo, legal, jurídico, contable, fiscal, probatorio, cultural e histórico, haciendo de estos valores el eje central de la Política archivística”³⁶⁶.

Esta relevancia se materializó en el artículo 4° de la Ley 594 de 2000, el cual determinó que los archivos cumplen una función probatoria y son una herramienta para la administración de justicia³⁶⁷. De esta forma se observa con claridad la relevancia que el legislador ha otorgado a los archivos en materia probatoria.

De otra parte, la jurisprudencia ha indicado que los Códigos tienen la naturaleza de leyes ordinarias: *“(…) lo cierto es que las leyes que contienen códigos, de acuerdo con la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional tienen la jerarquía de una ley ordinaria”³⁶⁸.*

La modificación y adición de los Códigos es un asunto que se encuentra sujeto a reserva legal tal como se desprende del artículo 150 numeral 2° de la Constitución Política, el cual establece como una de las funciones del Congreso de la República la de expedir y reformar los Códigos³⁶⁹. Considera la Sala que el recaudo, sanción, mérito o valor de una prueba se encuentran sujetos a las normas que sobre la materia establece cada Código³⁷⁰. No obstante, lo anterior no excluye que el juez

366 Gaceta del Congreso No. 219, Ponencia para primer debate al proyecto de ley número 46 de 1998 Senado, p. 6. Véase igualmente: Gaceta del Congreso No. 268, Ponencia para segundo debate al proyecto de ley número 46 de 1998 Senado, p. 7.

367 “c) Institucionalidad e instrumentalidad. Los documentos institucionalizan las decisiones administrativas y los archivos constituyen una herramienta indispensable para la gestión administrativa, económica, política y cultural del Estado y la administración de justicia; son testimonio de los hechos y de las obras; documentan las personas, los derechos y las instituciones. Como centros de información institucional contribuyen a la eficacia, eficiencia y secuencia de las entidades y agencias del Estado en el servicio al ciudadano; (...) i) Función de los archivos. Los archivos en un Estado de Derecho cumplen una función probatoria, garantizadora y perpetuadora”.

368 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sala Plena, Sentencia del 13 de febrero de 2014, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00127-00(48521).

369 “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:
2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones”.

370 “La potestad de señalar los medios de prueba procesalmente admisibles, lo mismo que su mérito o valor, le corresponde exclusivamente al legislador y al juez, pero a este sólo en el caso de que esté autorizado por aquel; se trata de una materia de orden público, que forma parte de la actividad jurisdiccional del Estado y de la regulación del proceso, y que está fuera del alcance de la libertad contractual cuyo

en cada caso particular, atendiendo los criterios de hermenéutica jurídica, y sin ir en contravía de lo señalado en el régimen probatorio contenido en los Códigos, tenga en cuenta lo dispuesto por la Ley 594 de 2000 respecto a la conservación o preservación de documentos.

De otra parte, en cuanto a los “demás aportes o herramientas para la conservación y preservación de los documentos que dispone la ciencia o técnica archivística en la era de la información” estos, podrán ser tenidos en cuenta por el juez como un criterio auxiliar para resolver el asunto en atención a que se tratan de pautas orientadoras generadas por expertos en la materia que le van a servir para mejor proveer³⁷¹. En todo caso, como criterio auxiliar, no podrán ir en contravía de las normas contenidas en los Códigos procesales³⁷².

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

LA SALA RESPONDE

1. ¿La función del Archivo General de la Nación de trazar la política archivística del Estado, es contraria a la independencia y autonomía de las Ramas del Poder Público?

La función del Archivo General de la Nación de trazar la política archivística del Estado no es contraria *per se* a la independencia y autonomía de las Ramas del Poder Público. La prerrogativa otorgada a dicha entidad desarrolla el principio de colaboración armónica que establece el artículo 113 de la Constitución Nacional.

Con todo, considera la Sala que la potestad mencionada no puede ejercerse de tal manera que se afecte el núcleo esencial de la autonomía de las Ramas Legislativa y Judicial o de los órganos autónomos que reconoce la misma disposición constitucional.

2. Para garantizar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política colombiana, Título I, y proteger el patrimonio documental como parte de la riqueza cultural del Estado: ¿Puede el Archivo General de la Nación orientar, coordinar, implementar, controlar la función archivística de todas las entidades

abuso es causa de graves males en los asuntos civiles y comerciales”. Hernando Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, Sexta edición, Tomo I, Editorial Temis, 2012. p. 536.

371 En este sentido, por ejemplo, el Código General del Proceso en su artículo 7° señala que la doctrina puede ser tenida en cuenta por el juez en sus providencias, aunque en todo caso, el procedimiento debe adelantarse con las formas establecidas en la ley. Dice la norma citada: “Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos. El proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley”.

372 En este sentido el profesor Montero Aroca señala frente a la actividad probatoria que esta se encuentra: “sujeta a unas reglas precisas que comprenden aspectos procedimentales y procesales. La Ley no sólo regula la forma como se realiza la actividad, sino también todo un conjunto de materias relativas a los requisitos personales de quienes intervienen en la actividad (la capacidad del testigo, por ejemplo), al contenido de los actos (la confesión solo puede versar sobre hechos personales del que confiese, por ejemplo) y aún a su eficacia.” p. 29. Igualmente señala: “La legalidad de la actividad probatoria, en los términos en los que venimos diciendo, significa que lo que importa en el proceso es, sí, que se llegue a la verificación de las afirmaciones de hecho realizadas por las partes, pero también que se llegue a ello precisamente por el camino establecido en la ley. Esto es, importa el resultado, pero también importa el camino como se llega al mismo, y ello porque, por decirlo con frase tópica, el fin no justifica los medios, los medios en el proceso son la actividad y lo que se está diciendo es que el resultado que a la ley le importa no es cualquiera, sino aquel al que se llega necesariamente por el cumplimiento de la norma que regula la actividad.” Juan Montero Aroca, La prueba en el proceso civil, Civitas, 1996, p. 91.

que conforman el Estado, así estas no pertenezcan a la Rama Ejecutiva del Poder Público?

Al ser la función archivística una función de interés de todo el Estado, y por lo tanto de todos aquellos que lo conforman, en virtud del interés jurídico que revisten la protección documental de la Nación y los demás objetivos señalados en el artículo 4º de la Ley 594 de 2000, y enfrentados a la obligación de todos los órganos y entidades del Estado de trabajar y colaborar armónicamente en el cumplimiento de los fines estatales, considera la Sala razonable que la función archivística de todas las entidades que conforman el Estado, así estas no pertenezcan a la Rama Ejecutiva del Poder Público, sea orientada y coordinada por un ente técnico especializado como el Archivo General de la Nación, con el fin de que se adelante de manera uniforme, eficaz, económica y coordinada.

En desarrollo de la facultad de control en materia archivística, el Archivo General de la Nación, respecto a todas las entidades del Estado, está facultado para:

i) Ordenar la suspensión inmediata de las prácticas que amenacen o vulneren la integridad de los archivos públicos y que se adopten las medidas preventivas y correctivas necesarias. Sin embargo dicha función, sobre las entidades y órganos no pertenecientes a la Rama Ejecutiva, debe realizarse de tal manera que no afecte el núcleo esencial de su autonomía. De esta suerte, las exigencias no pueden afectar el ejercicio de las funciones que son propias de la entidad de que se trate ni eliminar su potestad para valorar la forma y oportunidad de adoptar las medidas demandadas de acuerdo con las situaciones que se presenten.

ii) Realizar visitas de inspección a sus archivos para verificar el cumplimiento de la Ley 594 de 2000 y sus normas reglamentarias. En esta dirección, la facultad de inspección del Archivo General de la Nación debe entenderse limitada o circunscrita a verificar el cumplimiento de la función archivística por parte de las entidades del Estado, y en consecuencia no debe ejercerse de tal manera que la información contenida en los documentos del archivo, sea conocida por quien adelanta la labor.

Asimismo, el ejercicio de esta facultad, respecto a órganos y entidades que no integran la Rama Ejecutiva, debe adelantarse de manera que no afecte el núcleo esencial de la autonomía otorgada a aquellos organismos para el cumplimiento de sus funciones.

Finalmente, esta facultad de inspección no puede ejercerse sobre los archivos o documentos de las entidades del Estado que tengan la calidad de reservados. En todo caso, lo anterior no es obstáculo para que las entidades estatales conserven la obligación de seguir los lineamientos y parámetros fijados por el Archivo General de la Nación en materia archivística para garantizar la debida organización y conservación de la información reservada. Igualmente, tampoco elimina la posibilidad de que si en el ejercicio de sus funciones el Archivo General de la Nación constata la eventual violación o desprotección de los archivos reservados, pueda señalar los correctivos necesarios para asegurar su adecuada protección y reserva.

iii) En lo que se refiere a la prerrogativa del Archivo General de la Nación para sancionar el incumplimiento de la Ley 594 de 2000 y sus normas reglamentarias, considera la Sala que su ejercicio solamente puede recaer sobre órganos de la Rama Ejecutiva, pues realizarla sobre otros órganos atentaría contra su autonomía e independencia al sujetar a estos a sanciones impuestas por el ejecutivo, situación que afectaría gravemente el equilibrio de poderes.

iv) Finalmente, frente a la implementación de la función archivística, esta corresponde a todas las entidades y órganos del Estado en su calidad de instancias ejecutoras del Sistema Nacional de Archivos y en virtud de lo dispuesto por la Ley 594 de 2000 y al Decreto 2609 de 2012.

3. En el artículo 2º de la Ley 594 de 2000, la expresión “(...) y los demás organismos regulados por la presente Ley”, ¿Son los archivos de las Entidades señaladas en el artículo 9º de la Ley General de Archivos?

Sí, entre otros. Cuando el artículo 2º de la Ley 594 de 2000 utiliza la expresión “y los demás organismos regulados por la presente ley”, se refiere, entre otros, a los archivos de las entidades y organismos señalados en el artículo 9º de la misma ley.

4. ¿Puede el Archivo General de la Nación, ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control otorgadas por la Ley 594 de 2000, a todas las entidades del Estado y los organismos que señala el artículo 113 de la Constitución Política de Colombia, sin excepción alguna?

Sí. El Archivo General de la Nación puede ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control otorgadas por la Ley 594 de 2000, sobre todas las entidades del Estado y los organismos que señala el artículo 113 de la Constitución Política de Colombia con las limitaciones señaladas en la respuesta No.2.

Obsérvese que en esa misma respuesta se dejó dicho que el Archivo General de la Nación en ejercicio de esas funciones no puede sancionar a entidades que estén por fuera de la Rama Ejecutiva.

5. Para garantizar el acceso a la información, la transparencia: ¿Puede el Archivo General de la Nación, ejercer las funciones que le asignó la Ley General de Archivos a los archivos de personas naturales y jurídicas de derecho privado que administren recursos públicos o recauden recursos del Estado?

Sí. El Archivo General de la Nación puede ejercer las funciones que le asignó la Ley 594 de 2000 sobre los archivos de las personas naturales o jurídicas de derecho privado que administran o recaudan recursos públicos. Con todo, el ejercicio de estas funciones habrá de contraerse a los archivos relacionados con la administración y recaudo de esos recursos.

6. Las entidades obligadas a realizar procesos de gestión documental a que refiere el proyecto de Ley Estatutaria de Transparencia y del Derecho de Acceso a la

Información Pública, que establece el artículo 5º, sentencia de la Corte Constitucional C-274 de Mayo 09 de 2013, ¿Se encuentran bajo la inspección, vigilancia y control del Archivo General de la Nación y del cumplimiento de la Ley 594 de 2000?

Los sujetos obligados por la Ley 1712 de 2014 que se encuentran sometidos al cumplimiento de la Ley 594 de 2000 son los siguientes:

i) Toda entidad pública, con independencia de la Rama del Poder Público a la que pertenece, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital; ii) los órganos, organismos y entidades estatales independientes o autónomos y de control; iii) las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, que presten función pública, que presten servicios públicos respecto de la información directamente relacionada con la prestación del servicio público, iv) las personas naturales, jurídicas o dependencia de persona jurídica que desempeñen función pública o de autoridad pública, respecto de la información directamente relacionada con el desempeño de su función, v) las entidades que administren instituciones parafiscales, fondos o recursos de naturaleza u origen público, vi) las personas naturales o jurídicas que reciban o intermedien fondos o beneficios públicos territoriales y nacionales, cuando se enmarquen en alguna de las categorías anteriores y vii) los partidos o movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos.

Los sujetos anteriormente señalados están sometidos a las potestades de inspección, vigilancia y control del Archivo General de la Nación reconocidas en los artículos 32 y 35 de la misma ley, con las limitaciones que se han indicado.

7. ¿Se encuentra facultado el Archivo General de la Nación para dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 35 numeral a) de la Ley General de Archivos, respecto de todas las entidades del Estado, como es el: “Emitir las órdenes necesarias para que se suspendan de inmediato las prácticas que amenacen o vulneren la integridad de los archivos públicos y se adopten las correspondientes medidas preventivas y correctivas”?

Sí. El Archivo General de la Nación está facultado para dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 35 numeral a) de la Ley General de Archivos, respecto de todas las entidades del Estado con la limitación señalada en la respuesta No. 2.

8. ¿Se debe dar aplicación al régimen probatorio de los documentos de cada Código omitiendo los aportes de la Ley General de Archivos y demás aportes o herramientas para la conservación y preservación de los documentos que dispone la ciencia o técnica archivística en la era de la información, ahora que los estándares probatorios son más técnicos y más exigentes?

El recaudo, sanción, mérito o valor de una prueba se encuentran sujetos a las normas que sobre la materia establece cada Código. No obstante, lo anterior no excluye que el juez en cada caso particular, atendiendo los criterios de hermenéutica

jurídica, y sin ir en contravía de lo señalado en el régimen probatorio contenido en los Códigos, tenga en cuenta lo dispuesto por la Ley 594 de 2000 respecto a la conservación o preservación de documentos.

De otra parte, en cuanto a los “demás aportes o herramientas para la conservación y preservación de los documentos que dispone la ciencia o técnica archivística en la era de la información”, estos podrán ser tenidos en cuenta por el juez como un criterio auxiliar para resolver el asunto, en atención a que se trata de pautas orientadoras generadas por expertos en la materia, útiles para mejor proveer. En todo caso, en su condición de criterio auxiliar, no podrán ir en contravía de las normas contenidas en los Códigos procesales.

Remítase a la señora Ministra de Cultura y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Álvaro Namén Vargas, Presidente de la Sala. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

3. Naturaleza jurídica y regulación de los servicios postales. Servicio Postal Universal. Enajenación de la participación accionaria del Estado en Servicios Postales Nacionales S.A. Efectos sobre el contrato de concesión No. 000010 de 2004 para la prestación del servicio de correo.

Radicado 2234

Fecha: 22/04/2015

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas (E)*

Levantamiento de la reserva mediante oficio del 5 de mayo de 2015

El Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones solicita a la Sala su concepto sobre los efectos jurídicos que tendría en el contrato de concesión para la prestación del servicio de correo N° 000010 del 9 de julio de 2004, suscrito entre la Nación – Ministerio de Comunicaciones – y la extinta Administración Postal Nacional, la eventual enajenación, total o parcial, de la participación accionaria que el Estado tiene, por intermedio de diversas entidades y patrimonios autónomos, en el capital de la sociedad Servicios Postales Nacionales S.A., conocida también como “4-72”, a favor de una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza privada.

I. Antecedentes

En primer lugar (bajo el título de “*antecedentes legales y contractuales*”), el funcionario consultante hace un recuento de las normas en virtud de las cuales se creó la Administración Postal Nacional (Adpostal) y se establecieron sus funciones, disposiciones con base en las cuales se celebró el contrato de concesión para la prestación del servicio de correo. Asimismo se refiere a las normas mediante las cuales se autorizó la creación de la sociedad Servicios Postales Nacionales S.A. (“4-72”), como filial de Adpostal, y se le subrogó el referido contrato de concesión, que fue prorrogado en dos ocasiones, la segunda con fundamento en la Ley 1369 de 2009³⁷³, contrato que actualmente se encuentra vigente.

En una segunda parte de los antecedentes (intitulada “*situación de hecho y alternativas de enajenación*”), el Ministro manifiesta que desde hace algún tiempo el Gobierno Nacional ha estado evaluando alternativas para fortalecer financiera, operativa y técnicamente a “4-72”, mediante la participación de un inversionista privado, de lo cual han surgido principalmente dos (2) opciones: (i) enajenar solamente las acciones que en dicha sociedad tiene actualmente el Patrimonio Autónomo de Remanentes de Adpostal (PAR Adpostal), por conducto de la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - Fiduagraria S.A. -, o (ii) enajenar la participación que poseen todas las entidades públicas y patrimonios autónomos del Estado en el capital de “4-72”, la cual equivale al 100%, con lo que dicha sociedad pasaría a ser una compañía enteramente privada.

³⁷³ “Por medio de la cual se establece el régimen de los servicios postales y se dictan otras disposiciones”.

Ahora bien, en relación con los antecedentes legales y contractuales citados en la consulta, la Sala estima relevante mencionar los siguientes:

Con el Decreto 3267 de 1963³⁷⁴ se creó la Administración Postal Nacional, Adpostal, como un establecimiento público adscrito al entonces Ministerio de Comunicaciones, y se le encargó la prestación de los servicios postales en Colombia. Posteriormente, en virtud del Decreto 2124 de 1992³⁷⁵, Adpostal se transformó en una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Comunicaciones. Este mismo decreto autorizó a dicha empresa para constituir y participar en sociedades afines y complementarias a su objeto.

Luego, el artículo 15 del Decreto 229 de 1995³⁷⁶ precisó que Adpostal prestaría el servicio de correos nacional e internacional mediante concesiones que le otorgaría el Ministerio de Comunicaciones, por el procedimiento de contratación directa. Con base en lo anterior, la Nación –Ministerio de Comunicaciones- y Adpostal suscribieron el contrato interadministrativo de concesión N° 000010 del 9 de julio de 2004.

Mediante el Decreto 4310 de 2005³⁷⁷, el Gobierno autorizó a Adpostal para constituir una filial, en los términos del artículo 49 de la Ley 489 de 1998³⁷⁸. En virtud de dicha autorización, se creó Servicios Postales Nacionales S.A., también denominada “4-72”, como sociedad pública filial de Adpostal, vinculada al entonces Ministerio de Comunicaciones.

El documento CONPES 3440 del 18 de agosto de 2006, denominado “*Lineamientos de Política para Reestructurar el sector postal colombiano*”, recomendó adelantar los trámites necesarios para, entre otras cosas: (i) suprimir Adpostal; (ii) asignar sus funciones como operador postal a Servicios Postales Nacionales S.A., con el fin de garantizar la continuidad del Servicio Postal Universal y competir activamente en el mercado postal colombiano, y (iii) “*evaluar la viabilidad y conveniencia de vincular a un operador estratégico a la prestación de los servicios postales a cargo de la Nación...*”.

Siguiendo los lineamientos establecidos en el documento de política mencionado, el Gobierno Nacional ordenó la supresión y liquidación de Adpostal, mediante el Decreto 2853 de 2006. Entre otros puntos, dicho decreto dispuso que la entidad que señalara el Gobierno Nacional se subrogaría en los derechos, contratos, convenios y

374 “Por el cual se dictan disposiciones sobre reorganización y funcionamiento del Ministerio de Comunicaciones”.

375 “Por el cual se reestructura la Administración Postal Nacional - Adpostal –”.

376 “Por el cual se reglamenta el Servicio Postal”.

377 “Por el cual se otorga una autorización”.

378 “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”. El artículo 49 de esta ley dispone, en lo pertinente:

“Artículo 49. Creación de organismos y entidades administrativas. Corresponde a la ley, por iniciativa del Gobierno, la creación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos...”

“Las empresas industriales y comerciales del Estado podrán ser creadas por ley o con autorización de la misma.

“Las sociedades de economía mixta serán constituidas en virtud de autorización legal.

“Parágrafo. Las entidades descentralizadas indirectas y las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden...”.

obligaciones contraídas por Adpostal con el Ministerio de Comunicaciones, así como en los títulos habilitantes y derechos otorgados a Adpostal para la prestación de los servicios de correo y de mensajería especializada y para la emisión de especies postales, así como en cualquier otro derecho del cual fuera titular Adpostal.

Mediante el Decreto 2854 de 2006³⁷⁹, el Gobierno estableció que como resultado de la supresión de Adpostal, las actividades relacionadas con la prestación del servicio postal quedaban a cargo de Servicios Postales Nacionales S.A. Por esta razón, dicha sociedad pasó a ser el “Operador Postal Oficial” o “Concesionario de Correo” a que se refiere actualmente la Ley 1369 de 2009, calificación que incluye los siguientes servicios: (i) el Servicio Postal Universal, (ii) el servicio de correo, (iii) los servicios postales de pago, (iv) el servicio de giros internacionales y (v) la denominada “área de reserva”.

Por solicitud de “4-72”, como subrogataria o cesionaria de Adpostal en el contrato de concesión N° 000010 de 2004, dicho negocio se prorrogó el 8 de julio de 2014 por un término de diez (10) años, y constituye en la actualidad el “activo” más importante de esa sociedad pública. Adicionalmente, en dicha prórroga se adecuaron las condiciones del servicio a lo dispuesto en la Ley 1369 y sus normas reglamentarias, y se incluyó una cláusula que consagra la variabilidad de las condiciones y la renegociación de las prestaciones económicas del contrato, en el evento de que se produzca un cambio en la naturaleza jurídica de “4-72” u otras circunstancias que lleguen a implicar que el Estado pierda su condición de accionista mayoritario en dicha compañía.

El 29 de diciembre de 2008, Adpostal en Liquidación y la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario, Fiduagraria S.A., suscribieron un contrato de fiducia mercantil para conformar el patrimonio autónomo de remanentes de Adpostal, denominado “PAR Adpostal”, al cual le fueron transferidos, entre otros activos, 93 acciones que Adpostal poseía en Servicios Postales Nacionales S.A., equivalentes al 95,88% del capital de dicha sociedad. El porcentaje restante del capital pertenece a la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público -, a Radio Televisión de Colombia – RTVC - y al fideicomiso denominado PARAPAT.

Finalmente, el 4 de noviembre de 2011, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE -, Servicios Postales Nacionales S.A., el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante MINTIC) suscribieron el contrato interadministrativo de gestión de proyectos N° 211031³⁸⁰, con el fin de realizar los estudios y ejecutar las actividades necesarias para encontrar un socio estratégico para “4-72” y concretar, de esta forma, la recomendación efectuada en el documento CONPES 3440 de 2006. En desarrollo de este convenio, FONADE ha suscrito varios contratos, entre ellos uno con la Unión Temporal Banca de Inversión Servicios Postales Nacionales, cuyo objeto es el de “*adelantar el proceso de búsqueda de solución empresarial para*

379 “Por el cual se designa el garante de la prestación del servicio público postal a cargo de la Administración Postal Nacional, Adpostal (hoy en liquidación)”.

380 En la numeración de FONADE.

Servicios Postales Nacionales S.A. SPN (4-72) y el aseguramiento de la prestación eficiente de los Servicios Postales Universales a cargo de la Nación”.

Ahora bien, como resultado de estos estudios e indagaciones, han surgido dos alternativas principales:

- i. Enajenar a particulares solamente la participación accionaria que pertenece al “PAR Adpostal”, representado por Fiduagraria S.A. (95.8% del capital). Dado que esta venta forma parte del proceso de liquidación de Adpostal, se tendría que hacer con sujeción a las normas contenidas en el Decreto Ley 254 de 2000³⁸¹, modificado por la Ley 1105 de 2006³⁸², en la cual se ordena aplicar, en una primera etapa, lo dispuesto en la Ley 226 de 1995³⁸³ en cuanto al ofrecimiento preferencial de las acciones a ciertos sectores de la sociedad.
- ii. Enajenar a particulares la participación integral del Estado en “4-72”, es decir, la participación de todas las entidades y patrimonios autónomos de carácter público en dicha sociedad, que equivale al 100% del capital, con lo cual pasaría a ser una entidad completamente privada. En este caso, se aplicarían plenamente las normas que regulan la privatización o democratización de la propiedad accionaria del Estado, contenidas principalmente en el artículo 60 de la Constitución Política³⁸⁴ y en la Ley 226 de 1995.

Con fundamento en los anteriores hechos y consideraciones, el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones formula a la Sala las siguientes preguntas:

“1. ¿En cada uno de los escenarios indicados en la sección II del presente documento continuaría con plenos efectos jurídicos el Contrato de Concesión N° 000010 del 9 de julio de 2004 y prorrogado el 8 de julio 2014, el cual fue celebrado como un Convenio Interadministrativo y en virtud del cual 4-72 detenta la calidad de Operador Postal Oficial y de concesionario?”

“2. La continuidad del Contrato de Concesión N° 000010 en los escenarios descritos estaría determinada por el porcentaje de participación accionaria pública y privada resultante en 4-72 de las alternativas descritas en la Sección II de este documento?”

381 “Por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional”.

382 “Por medio de la cual se modifica el Decreto-ley 254 de 2000, sobre procedimiento de liquidación de entidades públicas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional y se dictan otras disposiciones”.

383 “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”.

384 “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”.

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Para dar respuesta a dichos interrogantes la Sala analizará los siguientes aspectos: (i) Naturaleza jurídica y régimen legal de los servicios postales – el Servicio Postal Universal (en adelante SPU); (ii) el contrato de concesión para la prestación del servicio de correo – subrogación de Adpostal a Servicios Postales Nacionales S.A.; (iii) análisis de las alternativas de enajenación de la participación estatal en “4-72”, y (iv) efectos de dicha enajenación frente al contrato de concesión.

C. Naturaleza jurídica y régimen legal de los servicios postales en Colombia

El conjunto de los servicios postales ha sido calificado en nuestro país como un servicio público cuya titularidad pertenece al Estado. Así lo dispone actualmente el artículo 1° de la Ley 1369 de 2009:

*“Artículo 1°. Ámbito de aplicación, objeto y alcance. La presente ley señala el régimen general de prestación de los servicios postales y lo pertinente, a las entidades encargadas de la regulación de estos servicios, **que son un servicio público en los términos del artículo 365 de la Constitución Política**. Su prestación estará sometida a la regulación, vigilancia y control del Estado, con sujeción a los principios de calidad, eficiencia y universalidad, entendida esta última, como el acceso progresivo a la población en todo el territorio nacional. **Los Servicios Postales están bajo la titularidad del Estado, el cual para su prestación, podrá habilitar a empresas públicas y privadas en los términos de esta ley**”. (Negrillas ajenas al texto original).*

Lo previsto en esta ley recoge lo que al respecto consagra la tradición jurídica colombiana en esta materia, desde tiempos anteriores a la República. La Corte Constitucional, en las sentencias C-407 de 1994³⁸⁵ y C-823 de 2011³⁸⁶ hace un recuento histórico sobre el tratamiento jurídico que se ha dado a los servicios postales en Colombia. De la segunda providencia citada, destacamos los siguientes pasajes:

“Durante la época de la Colonia, el servicio de correo postal era prestado por particulares, gracias a privilegios reales. Ya en la época republicana, mediante la Ley Orgánica de los Correos Nacionales del 27 de abril de 1859, se realizó un esfuerzo por organizar una prestación continua del servicio de correo a lo largo del país, pero no fue establecido como un monopolio a favor del Estado (Confederación Granadina), de manera que se autorizaba la prestación por parte de particulares, incluso en las mismas líneas establecidas por el Gobierno Nacional. La Ley Orgánica de los Correos Nacionales del 27 de abril de 1859, en su artículo 11 autorizó el envío de correspondencia y encomiendas de valores...”

385 Corte Constitucional. Sentencia C-407 del 15 de septiembre de 1994. Expediente D-541.

386 Ídem. Sentencia C-823 del 2 de noviembre de 2011. Expediente D-8489.

“El Código Fiscal de los Estados Unidos de Colombia, expedido en 1873, en su Título 7º reglamentó el servicio de correos, establecido con el propósito “de transportar la correspondencia y los impresos que cursen por las líneas de correos que mantenga el Gobierno nacional,” y poner en comunicación al Gobierno con los Estados de la Unión, con las aduanas, puertos...

“El posterior Código Fiscal Nacional (Ley 110 de 1912), incluyó dentro de lo que denominaba como servicios nacionales, el servicio de “Correos y Telégrafos,” el cual estaba a cargo del Estado a través de una Dirección General³⁸⁷, y autorizó su desarrollo por parte de entidades territoriales y particulares. La prestación del servicio de telégrafos, o de cualquier otra forma de comunicación inalámbrica se entendía como reservada al Estado, el cual mediante habilitación podía realizarla conjuntamente con particulares. La forma de cancelación del servicio por parte de los particulares también fue prevista en el Código, a través de “especies postales” emitidas privativamente por el Gobierno para dicho propósito, entre las cuales se mencionaban sellos de correo, tarjetas, cubiertas de valor, cubiertas de servicio postal y patentes, que se emitirían con los valores y clases determinadas en las convenciones postales, leyes y reglamentos. En 1913, mediante la Ley 124, se nacionaliza el servicio de correos en el país y se ordena al Gobierno organizar y financiar el servicio en todo el territorio, con la transitoria participación de los departamentos en la prestación del mismo y en la emisión de especies postales.

“En consonancia con el mandato encargado al Gobierno, se dictó en 1914 la Ley 76, “orgánica de los ramos de Correos y Telégrafos.” La ley reiteró la exclusividad estatal en la prestación del servicio de correos y telegrafía, asunto que fue reiterado por la Ley 68 del 15 de diciembre de 1916. La Ley 82 de 1916 reformó la ley orgánica de correos y telégrafos de 1914 para dictar normas destinadas a mejorar la prestación del servicio, y autorizó nuevamente la prestación por parte y a cuenta de las entidades territoriales del servicio de correos. (...)

“En 1945 se expidió el Decreto 1418 “reglamentario de los Servicios Nacionales de Correos, Telégrafos y Teléfonos,” en él se reiteró el monopolio estatal sobre el servicio de correos, sin perjuicio del servicio especial que pudiera ser prestado por las entidades territoriales a su cargo y por su cuenta. El correo aéreo quedó expresamente reservado al Gobierno. Sin perjuicio del monopolio, la ley autorizó al Ministerio de Correos y Telégrafos³⁸⁸ para permitir a particulares el establecimiento de servicios de correspondencia previo contrato y sólo para correspondencia ordinaria dentro del país. Este decreto también previó la emisión de especies postales, definidas como el medio de pago del servicio postal, que se reserva con exclusividad al Estado³⁸⁹. (...)

“Con el Decreto 1580 de 1974 se definió el servicio postal como aquél que “comprende el servicio de correos y los servicios financieros de carácter postal,

387 “[10] Artículo 519”.

388 “[11] Creado mediante Ley 31 de 1923”.

389 “[12] Artículo 18”.

prestado tanto en el interior como en el exterior.”³⁹⁰ *Esta normatividad reiteró la prestación del servicio postal a título de monopolio estatal, sin perjuicio del concurso de los particulares,*³⁹¹ *con el propósito de “garantizar la libertad y el secreto de la correspondencia” y asegurar la comunicación del Gobierno nacional... (...)*

*“En 1994 se dictó el Decreto 1697, en el cual se autorizó a los concesionarios de servicios de correos a prestar los servicios tradicionales de correo recomendado o asegurado y, en general, los definidos como postales especiales hasta tal fecha, así como los servicios financieros de correos, es decir aquellos envíos con valor declarado y los giros postales y telegráficos*³⁹². (...)”

Por su parte, en la sentencia C-407 de 1994, antes citada, la Corte sintetizó de la siguiente forma el tratamiento jurídico dado a dichos servicios hasta la Ley 80 de 1993³⁹³:

*(...) el análisis de la evolución legislativa relativa a los servicios postales demuestra que desde principios de siglo*³⁹⁴ *y hasta nuestros días, estos servicios han constituido un monopolio estatal. (...) Esa titularidad pública exclusiva de los servicios postales, a veces denominados servicios de correo, se ha mantenido hasta nuestros días. Los cambios que han introducido las normas posteriores están relacionadas con la posibilidad de que los particulares puedan prestar tal servicio, mediante un régimen de concesión o licencia, como es obvio, bajo la vigilancia, inspección y control del Estado, pero en ningún momento se ha puesto en cuestión la reserva estatal de los servicios postales. (...)* (Negrillas añadidas).

Con respecto a la Ley 80, vale la pena mencionar que el artículo 37, el cual fue derogado expresamente por el artículo 50 de la Ley 1369, consagraba el régimen contractual de los servicios postales, en los siguientes términos: (i) establecía que los servicios postales incluían los servicios de correo y de mensajería especializada, y definía cada uno de esos grupos; (ii) señalaba que la prestación de los servicios de correo exigía la celebración de un contrato de concesión con el Estado, previa realización de un procedimiento de selección objetiva; (iii) disponía que el Estado autorizaba, mediante licencia, la prestación del servicio de mensajería especializada, y (iv) preceptuaba que el término de duración de las concesiones para el servicio de correo no podía exceder de cinco (5) años, pero podía prorrogarse por igual término, antes de su vencimiento.

Esta disposición legal fue reglamentada por el Decreto 229 de 1995³⁹⁵, cuyo artículo 1º definió expresamente los servicios postales como un “servicio público”, incluyendo tanto el servicio de correo como el de mensajería especializada. Por su

390 “[19] Artículo Primero”.

391 “[20] Artículo cincuenta y cinco”.

392 “[30] Artículo 5”.

393 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

394 Se refiere al siglo XX.

395 Derogado expresamente por el artículo 50 de la Ley 1369 de 2009.

parte, el artículo 12 *ibídem* estatúa que el entonces Ministerio de Comunicaciones ejercía, en nombre de la Nación, la titularidad de los servicios postales, y era la entidad que debía otorgar las concesiones y licencias requeridas para su prestación. El artículo 43 del mismo decreto disponía que *“los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, institutos descentralizados y demás entidades oficiales y semioficiales del orden nacional, deben transportar su correo nacional e internacional a través de la red oficial de correos de conformidad con el artículo 10 del Decreto 75 de 1984”*.

Vale la pena aclarar que el Decreto 75 de 1984 calificaba expresamente los servicios de correo como un *“monopolio estatal”* que se prestaba por conducto de la Administración Postal Nacional, Adpostal. Actualmente, la Ley 1369 de 2009, aunque no califica expresamente los servicios postales como un *“monopolio estatal”*, sí establece en forma explícita que se trata de un servicio público cuya titularidad recae en el Estado, quien puede habilitar para su prestación a *“empresas públicas y privadas”*, ya sea mediante contratos de concesión (en el caso del correo) o mediante licencias (en el caso de los demás servicios postales), como atrás se indicó.

Sobre este punto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-823 de 2011, ya referida, manifestó:

“Sólo hasta el año de 2009 vuelve a expedirse una legislación integral sobre los servicios postales, precisamente la incluida en la Ley 1369 aquí parcialmente demandada. En esta Ley 1369 de 2009 se reitera la categorización de los servicios postales como un servicio público, sujeto a los principios de calidad, eficiencia y universalidad definidos en el artículo 365 de la Constitución Política, así como el monopolio estatal sobre los mismos, y la prestación con el concurso de los particulares, previa habilitación³⁹⁶”.

Dicho régimen obedece, por una parte, a la estrecha vinculación que la prestación de los servicios postales, especialmente el de correo, tiene con la protección y efectividad de algunos derechos fundamentales previstos en la Constitución Política, como la libertad de expresión (artículo 20), el derecho a la información (*ídem*), el derecho de petición (artículo 23), el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de la correspondencia privada (artículo 15), entre otros; y por otra parte, a la obligación que le asiste el Estado colombiano de cumplir los compromisos asumidos frente a otros países en virtud de tratados internacionales, como aquellos mediante los cuales se creó y opera la Unión Postal Internacional. En relación con el primer aspecto, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente en la providencia citada:

“El servicio postal se encuentra íntimamente ligado a la efectividad de varios derechos humanos y ello le confiere una naturaleza muy especial. Como garantía de ejercicio de dos derechos humanos centrales para el ejercicio de una vida digna y el desarrollo libre de las ideas y pensamientos, como lo son el derecho a la libertad de

396 “[32] Artículo 1”.

expresión y el derecho a la intimidad, los servicios postales han venido a concretar la garantía de inviolabilidad de la correspondencia, la cual se busca proteger aún en tiempos de crisis o de eventos fortuitos”.

Y en cuanto al segundo aspecto, la misma Corporación explicó en la sentencia citada:

“4.3. En el ámbito internacional, Colombia hace parte de la Unión Postal Internacional³⁹⁷ desde 1881.³⁹⁸ Esta organización, establecida desde 1874, es considerada la segunda organización multilateral más antigua del mundo, que desde 1948 se integra a la Organización de Naciones Unidas como un organismo especializado.³⁹⁹

“Esta organización tiene como objetivo afianzar y mejorar los servicios postales, participar en la asistencia técnica postal que soliciten los países miembros y fomentar la cooperación internacional en materia postal. La Unión fija tarifas, límites máximos y mínimos de peso y tamaño, reglas para el uso y control de los sistemas postales de pago...

“Colombia es además Parte de las Actas de las Constituciones, el Convenio, los Acuerdos y los respectivos Reglamentos del XVI Congreso de la Unión Postal Universal firmado en Tokio en 1969, incorporadas al orden interno mediante la Ley 61 de 1973, mientras que la Ley 19 de 1978 incorporó en el orden interno las Actas del XVII Congreso de la Unión, firmadas en Lausana en 1974. Respecto de las Actas aprobadas en el Congreso de Ginebra en 2008, el país acaba de aprobar el Acuerdo relativo a los Servicios Postales de Pago, mediante Ley 1442 de 2011 y falta formalizar su adhesión”.

Merece la pena resaltar que el propósito fundamental de estos convenios internacionales es el de garantizar el libre tránsito de cartas y otros objetos postales (tarjetas, encomiendas, muestras comerciales etc.) entre los países que forman parte de dichos tratados, de tal manera que el territorio de los mismos constituya, para estos efectos, un solo territorio⁴⁰⁰.

397 “[39] La Unión Postal Internacional cuenta con cuatro órganos. El Congreso es el principal de ellos cuya función es de carácter legislativo... También cuenta con un Consejo de Administración, el cual sesiona anualmente con representantes de 41 países miembros, y se encarga de garantizar la continuidad de las labores de la Unión Postal Internacional entre congresos, e incluso de adoptar medidas relativas a los servicios postales que se hagan necesarias en el interregno de los congresos... El Consejo de Operaciones Postales, también integrado por representantes de 40 países miembros... es un órgano de carácter técnico y operativo, que se encarga de la proposición de medidas para el sector postal, de asesorar a las administraciones postales nacionales, de vigilar las necesidades operacionales, económicas y comerciales de los servicios postales y de formular recomendaciones a los países miembros en torno a la estandarización de los distintos servicios. Finalmente se encuentra la Oficina Internacional, que como órgano administrativo cumple funciones secretariales para todos los demás órganos... De conformidad con la Constitución de la Unión Postal Universal –que es el tratado por el cual se establecen las reglas para la organización y la adopción de sus decisiones, la Unión Postal Internacional adopta sus determinaciones mediante Actas. La principal de ellas es la Constitución. Luego se encuentra la Convención de servicios postales, acuerdo que rige la esencia de los servicios postales y determina las condiciones que posibilitan su universalidad. Los Reglamentos desarrollan en mayor detalle los acuerdos contenidos en las diferentes modalidades de Actas. Los Acuerdos... son aquellos tratados de carácter multilateral, que sólo obligan a los países miembros que los suscriban o que se adhieran, y tienen por objeto establecer servicios adicionales al postal universal”.

398 “[40] “Acuerdo relativo a los servicios postales de pago”, firmado en Ginebra, el 12 de agosto de 2008, aprobado por Ley 1442 de 2011. Declarado exequible mediante la Sentencia C-792 de 2011” (sic).

399 “[41] *Ibidem*”.

400 El artículo 1º, numeral 1º del tratado constitutivo de la Unión Postal Universal estipula: “Los Estados que adoptan esta Constitución comprenden, bajo el título de Unión Postal Universal, un solo territorio postal para el recíproco intercambio de cartas y otros objetos postales. La libertad de tránsito

Ahora bien, en cuanto al ámbito material de lo que constituyen hoy en día “servicios postales”, así como las personas que se encuentran facultadas para prestarlos, la Ley 1369 de 2009, inspirada para el efecto en las clasificaciones y definiciones establecidas por la Unión Postal Universal, consagra cuatro (4) grandes categorías: (i) los servicios de correo⁴⁰¹, (ii) los servicios postales de pago⁴⁰², (iii) los servicios de mensajería expresa⁴⁰³ y (iv) otros servicios postales⁴⁰⁴. La misma normatividad define el concepto de Servicio Postal Universal (SPU) así:

“Artículo 3º. Definiciones. Para todos los efectos, se adoptan las siguientes definiciones:

1. Servicio Postal Universal. Es el conjunto de servicios postales de calidad, prestados en forma permanente y a precios asequibles, que el Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional con independencia de su localización geográfica a través del Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo. (...)”

El artículo cuarto del Decreto 223 de 2014⁴⁰⁵ precisa de la siguiente manera cuáles son los servicios que deben entenderse incluidos en el SPU:

“Artículo cuarto - Servicios postales que hacen parte del SPU. Harán parte del servicio postal universal, el servicio de correspondencia prioritaria y no prioritaria, la entrega del servicio de correo telegráfico, las encomiendas, el correo certificado y los envíos con valor declarado.

“Parágrafo 1: Los servicios de correo certificado que se presten sobre objetos postales masivos a personas jurídicas públicas o privadas, y a impositores del área de reserva o la franquicia, no serán parte del SPU. (...)”.

Por su parte, el numeral 4.1 de la Ley 1369 define y regula el Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo en los siguientes términos:

“4.1 Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo. Persona jurídica, habilitada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que mediante contrato de concesión, prestará el servicio postal de correo y mediante habilitación, los servicios de Mensajería expresa y servicios postales de pago, a nivel nacional e internacional.

“El Servicio Postal Universal a que se refiere el artículo 13 de la presente ley, la Franquicia, el servicio de giros internacionales y el área de reserva señalada

se garantiza dentro del territorio completo de la Unión”. (Traducción libre hecha de la versión oficial en inglés, publicada en la página de Internet de la Unión Postal Universal).

401 Que incluyen, a su vez, los siguientes, según el artículo 3º, numeral 2º de la Ley 1369: (i) envíos de correspondencia, (ii) envíos prioritarios y no prioritarios de correo de hasta dos (2) kilogramos, (iii) encomiendas, (iv) servicio de correo telegráfico y (v) otros servicios de correo.

402 Giros nacionales y giros internacionales.

403 Definidos como el “servicio postal urgente que exige la aplicación y adopción de características especiales para la recepción, recolección, clasificación, transporte y entrega de objetos postales hasta de 5 kilogramos” (Artículo 3º, numeral 2.3 ibídem).

404 Que determine la Unión Postal Universal (Artículo 3º, numeral 2.4 de la Ley 1369 de 2009).

405 “Por el cuál establecen (sic) las condiciones de prestación de los servicios exclusivos del Operador Postal Oficial, se definen las condiciones de prestación del Servicio Postal Universal y se fijan otras disposiciones”.

en el artículo 15 de la presente ley, serán prestados por el Operador Postal Oficial de manera exclusiva en concordancia con lo dispuesto en la presente ley". (Negrillas del original; subrayas añadidas).

El título IV de la misma ley regula con más detalle el Servicio Postal Universal. A este respecto, el artículo 13 dispone:

"Artículo 13. Características del Servicio Postal Universal. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones determinará anualmente teniendo en cuenta los recursos disponibles para su financiación, los criterios y niveles de calidad en términos de: frecuencia, tiempo de entrega, sistema de reclamaciones, así como las tarifas de los servicios pertenecientes al Servicio Postal Universal.

"El Servicio Postal Universal prestado por el Operador Oficial o Concesionario de Correo se financiará con los recursos que le transfiera el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones provenientes de las contraprestaciones estipuladas en el artículo 14 de la presente ley, así como las apropiaciones incluidas en el Presupuesto General de la Nación de cada vigencia.

"El Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo no podrá destinar recursos financieros distintos a los señalados en el presente artículo para financiar el Servicio Postal Universal.

"Tampoco podrán (sic) financiar, con estos recursos, la prestación de los Servicios Postales que no tengan las características de Servicio Postal Universal.

"El Operador Postal oficial o Concesionario de Correo, como responsable de prestar el Servicio Postal Universal, deberá llevar contabilidad separada por cada uno de los servicios que preste. (...)".

El artículo 15 *ibídem* define lo que se denomina "área de reserva" en los siguientes términos:

"Artículo 15. Área de reserva. El Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo será el único autorizado para prestar los servicios de correo a las entidades definidas como integrantes de la Rama Ejecutiva, Legislativa y Judicial del Poder Público. Los entes públicos de acuerdo con las necesidades de su gestión podrán contratar servicios de mensajería expresa, de conformidad con la Ley de contratación que les rija. (...)" (Se subraya).

Por otro lado, el artículo 47 *ibídem* señala las franquicias que el Operador Postal Oficial debe reconocer, por haber sido consagradas en diversas normas legales, así como la manera en que debe reconocerse a dicho operador el costo de las mismas. Con respecto a las condiciones jurídicas y operativas que debe tener el Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo para prestar el SPU, el artículo 5° de la Ley 1369 estatuye:

“Artículo 5°. Requisitos para ser Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo. Para ser Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo se necesitará tener el carácter de Operador Postal y, adicionalmente, un contrato de concesión otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para prestar el servicio postal de correo de manera exclusiva.

“Para la prestación de los demás servicios postales, el Operador Postal Oficial debe cumplir con los requisitos señalados en esta ley para el otorgamiento de las respectivas habilitaciones”. (Resaltamos).

El artículo 6° de la misma ley señala, entre otras cosas, que el contrato de concesión que se suscriba con el Operador Postal Oficial para la prestación del servicio de correo se registrará por lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Asimismo, vale la pena mencionar que el artículo 4° ejusdem dispone que para ser “operador postal”, en general, se requiere estar habilitado por parte del MINTIC y estar inscrito en el registro de operadores postales. La misma norma establece que para ser habilitado por ese ministerio como operador postal, el interesado debe reunir las siguientes condiciones:

- i. Demostrar que es una **persona jurídica nacional o extranjera legalmente establecida en Colombia y que su objeto social principal es la prestación de servicios postales.**
- ii. Demostrar que tiene un capital social mínimo de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- iii. *“Definir las características del servicio a prestar en cuanto al ámbito geográfico en el cual desarrollará su actividad; tipo de servicio a prestar; y estructura operativa, que permita asegurar la idoneidad y capacidad para prestar el servicio”.*
- iv. Pagar las sumas de dinero que genera la habilitación a favor del Estado.

La misma disposición señala que *“el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá fijar requisitos adicionales a los operadores postales en cuanto al patrimonio y a las características de la red”.* De otra parte, el artículo 16 ibídem establece que el Operador Postal Oficial debe contar con una red postal de cobertura nacional e internacional, en las condiciones y dentro de los plazos que establezca el MINTIC.

Finalmente, el artículo 17 de la misma normatividad consagra las obligaciones especiales a cargo del Operador Postal Oficial, entre las cuales se destacan las siguientes: (i) no puede negarse a recibir del usuario remitente un envío de correspondencia u objeto postal que le sea entregado, siempre que se cumpla con las condiciones previstas en los reglamentos correspondientes y el usuario pague la

tarifa establecida, y (ii) no puede interrumpir ni suspender la prestación del Servicio Postal Universal, salvo por eventos de caso fortuito o fuerza mayor, o por “razones de orden público”.

Las condiciones específicas para la prestación del SPU y los demás a cargo del Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo, se encuentran previstas actualmente en el Decreto 223 de 2014 y en la Resolución N° 1552 del 10 de julio de 2014, expedida por el MINTIC⁴⁰⁶. Como se aprecia, ninguna norma constitucional ni legal exige hoy en día que el Concesionario de Correo sea una entidad pública. Como se ha visto, la ley solamente requiere que dicho operador cumpla las siguientes condiciones:

- i. Tener el carácter de operador postal, para lo cual debe cumplir los requisitos señalados en el artículo 4° de la Ley 1369, entre los cuales se encuentra el de ser una persona jurídica nacional o extranjera legalmente establecida en Colombia, cuyo objeto principal consista en la prestación de servicios postales.
- ii. Celebrar con la Nación, por intermedio del MINTIC, un contrato de concesión para la prestación del servicio de correo.
- iii. Cumplir los requisitos exigidos para prestar los otros servicios involucrados en el SPU (como, por ejemplo, el servicio de giros postales internacionales).
- iv. Disponer de una red postal de cobertura nacional e internacional, en las condiciones y dentro de los plazos que señale el citado ministerio.
- v. Cumplir con los demás requisitos técnicos, operativos y económicos que establezca el MINTIC, para garantizar la prestación permanente, eficiente y de buena calidad del Servicio Postal Universal.

En consecuencia, dentro del marco constitucional y legal que rige actualmente en Colombia para los servicios postales, se impone claramente la conclusión de que cualquier persona jurídica, de derecho público o privado, de capital estatal, privado o mixto, nacional o extranjera, puede prestar el Servicio Postal Universal, incluyendo el servicio de correos nacional e internacional, siempre que cumpla con las condiciones y requisitos antes mencionados.

A este respecto, es importante recordar que según lo dispuesto por el artículo 365 de la Carta, el Estado puede reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, por razones de soberanía nacional o interés social, tal como ha ocurrido en Colombia con los servicios postales desde antes de la Constitución de 1991. Sobre este punto, la Corte Constitucional manifestó en la citada sentencia C-407 de 1994:

⁴⁰⁶ “Por la cual se fijan los estándares técnicos y de calidad para la prestación del Servicio Postal Universal”.

“(…) la propia Constitución autoriza que el Estado se reserve el monopolio de ciertas actividades estratégicas o servicios públicos, cuando determinadas razones de soberanía nacional o de interés social así lo justifiquen (CP art. 365). Conviene, sin embargo, diferenciar estas reservas estatales de los monopolios legales con finalidades rentísticas, previstos por el artículo 336 superior. En efecto, si bien en ambos casos la ley establece una titularidad pública exclusiva que reduce legítimamente el ámbito de la iniciativa privada (CP art. 333), lo cierto es que los “procedimientos para su imposición y las finalidades que se persiguen con estas dos técnicas de derechos público son diferentes”⁴⁰⁷. (…)

“En tal contexto, la Corte considera que es necesario analizar si esa reserva estatal sobre los servicios postales en general, y sobre la mensajería especializada en particular, ya existía antes de la expedición de la Constitución de 1991. (…)

“Ahora bien, el análisis de la evolución legislativa relativa a los servicios postales demuestra que desde principios de siglo y hasta nuestros días, estos servicios han constituido un monopolio estatal. (…)” (Se resalta).

Pero también es necesario mencionar que de acuerdo con el mismo canon constitucional, los servicios públicos **“podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”** (se destaca). En el caso del servicio de correo, se observa que, aun cuando éste ha sido prestado tradicionalmente por el Estado en forma directa (primero por conducto del entonces Ministerio de Comunicaciones, luego de Adpostal y finalmente de “4-72”), la Constitución Política y la Ley 1369 de 2009 permiten al Estado prestar este servicio de manera indirecta, es decir, por intermedio de particulares, como sucedería si el Estado otorgara una concesión para estos efectos a una persona jurídica de carácter privado.

Dado lo anterior, el hecho de que el conjunto de los servicios postales estén calificados legalmente como un servicio público, y la circunstancia de que la titularidad de los mismos pertenezca al Estado, no riñe con la posibilidad de que tales servicios, incluyendo el SPU, sean prestados por personas jurídicas de derecho privado, bajo la permanente regulación, supervisión y control del Estado y, adicionalmente, en el caso del Servicio Postal Universal, con el cumplimiento de las condiciones técnicas, operativas y económicas (tarifas) fijadas por el MINTIC.

D. El contrato de concesión para la prestación del servicio de correo y sus prórrogas

Con base en las disposiciones que a la sazón se encontraban vigentes, especialmente el artículo 37 de la Ley 80 de 1993 y los Decretos 3267 de 1963, 2124 de 1992 y 229 de 1995, el entonces Ministerio de Comunicaciones y Adpostal celebraron el contrato de concesión N° 000010 del 9 de julio de 2004, cuyo objeto fue: **“Regular la forma en que Adpostal prestará por concesión el servicio de correo,**

407 “[3] Corte Constitucional. Sentencia C-318/94 del 14 de julio de 1994. MP Eduardo Cifuentes Muñoz”.

el cual comprende las actividades de admisión, clasificación, curso y entrega de objetos postales, a nivel nacional e internacional, vía superficie y área". Recuérdese que según el párrafo 1° del artículo 37 de la Ley 80, *"la prestación de los servicios de correos se concederá mediante contrato, a través del procedimiento de selección objetiva de que trata la presente ley"*.

Ha de rememorarse igualmente que conforme a lo previsto en aquella época por el artículo 24, numeral 1°, literal c) de la misma ley, numeral que más adelante fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007⁴⁰⁸, uno de los casos en los que las entidades estatales podían contratar en forma directa, prescindiendo de la licitación o el "concurso público", como lo denominaba originalmente la Ley 80 de 1993, era cuando se trataba de **contratos interadministrativos**, con excepción del contrato de seguro. En ese mismo sentido, el artículo 15 del Decreto Reglamentario 229 de 1995 estatuyó, en la parte pertinente:

"Artículo 15. Contratación directa. La Administración Postal Nacional prestará el, (sic) servicio de correos nacional e internacional, a través de concesiones que le otorgará el Ministerio de Comunicaciones, mediante contratación directa. (...)".

Vale la pena aclarar que tanto el artículo 37 de la Ley 80 como el decreto reglamentario que se acaba de citar, permitían también que el o los contratos de concesión para la prestación de los servicios de correo se celebraran con particulares, caso en el cual debía realizarse licitación pública. Sin embargo, por consideraciones de conveniencia, el Gobierno Nacional optó por celebrar el contrato con Adpostal, que en ese momento (año 2004) era una empresa industrial y comercial del Estado, mediante el sistema de contratación directa.

Ahora bien, el contrato de concesión N° 000010 de 2004 se suscribió con un plazo inicial de cinco (5) años, que era el término máximo que tanto el artículo 37 de la Ley 80 como el Decreto 229 de 1995 (artículo 18) permitían para la vigencia inicial de dicho acuerdo, aunque las dos normas aclaraban que tal plazo podía ser prorrogado por un lapso igual. Con base en estas disposiciones, el contrato se prorrogó el 8 de julio de 2009, hasta la misma fecha del año 2014 (cláusula segunda), mediante documento suscrito entre la Nación - Ministerio de Comunicaciones - y Servicios Postales de Colombia S.A.

Es oportuno recordar que el Decreto 2853 de 2006, por medio del cual se ordenó la supresión y liquidación de Adpostal, había dispuesto que los convenios, contratos y procesos de contratación que hubiera celebrado o estuviera realizando Adpostal, así como todos los títulos habilitantes y derechos que se encontraran radicados en cabeza suya para la prestación de los servicios postales, se subrogarían a la entidad que el Gobierno Nacional determinara. Esta entidad fue señalada mediante el Decreto 2854 de 2006, cuyo artículo 1° dispuso que *"las actividades relacionadas con la prestación de los servicios postales quedarán a cargo de la sociedad Servicios Postales Nacionales S.A."*. Por lo tanto, debe entenderse que a partir de la

408 "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 con Recursos Públicos".

fecha de publicación del Decreto 2854 de 2006 en el Diario Oficial (25 de agosto), el contrato de concesión N° 000010 quedó cedido o subrogado en la sociedad “4-72”, quien, por lo tanto, estaba legitimada para suscribir la prórroga del mismo el 8 de julio de 2009.

Posteriormente, el 8 de julio de 2014, es decir, luego de expedida y publicada la Ley 1369 de 2009, se prorrogó por segunda vez el contrato de concesión N° 000010, esta vez **por diez (10) años**, contados desde el 9 de julio de 2014. Con el objeto de analizar dicha prórroga, que junto con la eventual enajenación de las acciones de “4-72”, constituye el objeto central de la consulta, es necesario transcribir lo que establecen los artículos 6 y 46 de la Ley 1369 de 2009:

*“Artículo 6. **Contrato de concesión.** El contrato de concesión para el Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo se regirá por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.*

“El término de la concesión para la prestación de los Servicios de Correo no podrá exceder de diez (10) años, pero podrá prorrogarse antes de su vencimiento por términos iguales al originalmente pactado, sin que esto implique que la renovación sea automática ni gratuita. No obstante, el contrato de concesión vigente a la fecha de promulgación de la presente ley, continuará hasta su vencimiento y será prorrogable en los términos aquí señalados. (...)”

*“Artículo 46. **Transitorio.** Las empresas que presten servicios postales a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, **podrán mantener sus concesiones y licencias hasta por el término de los mismos, bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición y con efectos sólo para esas habilitaciones. Cumplido el término fijado por las concesiones o licencias, se les aplicará el nuevo régimen previsto en la ley.***

“En caso que las empresas que presten servicios postales a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley decidan acogerse a los términos de la misma, contarán con un plazo de seis (6) meses para adecuarse al cumplimiento de los requisitos en ella contenidos”. (Subrayamos).

La Sala considera necesario hacer un análisis detallado de lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 1369. Esta disposición consta de tres (3) partes, así:

- i. La primera establece que el contrato de concesión, el cual, como ya se ha explicado, se requiere para la prestación del servicio de correo en condiciones de exclusividad y solo se celebra con la entidad que sea designada como Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo, se rige por lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Esta afirmación, aparentemente simple, merece, sin embargo, dos comentarios:

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el artículo 37 de la Ley 80 de 1993, que regulaba de manera especial las concesiones para el servicio de correo, no se encuentra vigente, por haber sido derogado precisamente por la Ley 1369 de 2009 (artículo 50). En consecuencia, desde ese momento, las concesiones del servicio de correo quedaron sujetas a las normas generales contenidas en la Ley 80 y, en particular, a lo dispuesto en su artículo 32, numeral 4º, que definía el contrato de concesión.

Más adelante, el artículo 2º, inciso primero de la Ley 1508 de 2012⁴⁰⁹ dispuso que *“las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas”* a los cuales se refiere dicha Ley.

Quiere decir lo anterior que la referencia al Estatuto General de la Administración Pública que hace el artículo 6º de la Ley 1369, para definir el régimen jurídico aplicable al contrato de concesión para la prestación del servicio de correo, debe entenderse efectuada, no solo a las normas generales sobre los contratos estatales, contenidas en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, entre otras, sino también al régimen especial para las denominadas “Asociaciones Público Privadas” establecido en la Ley 1508 y en sus normas reglamentarias, claro está, en todo lo que no contradigan las normas especiales establecidas para los servicios postales en la Ley 1369 de 2009.

- ii. La segunda parte del artículo, contenida en el inciso segundo, se refiere al plazo de la concesión para el servicio de correo. A este respecto, la norma dispone que dicho término no podrá exceder de diez (10) años, pero podrá prorrogarse por términos iguales al originalmente pactado.

Lo anterior significa que el **plazo inicial** de los **nuevos** contratos de concesión, es decir, de aquellos que se suscriban **a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1369**, no puede exceder de diez (10) años, aunque tales contratos podrían tener una duración inferior. Dichos negocios pueden prorrogarse, sin exceder el término originalmente pactado, siempre que la prórroga no sea automática ni gratuita y se encuentre plenamente justificada por razones técnicas, económicas y de conveniencia para el interés general, a la luz de los principios que gobiernan la contratación estatal. Es decir, que si el contrato se celebra, por ejemplo, con un plazo inicial de ocho (8) años, podría prorrogarse, sin que el plazo de la prórroga exceda de ocho (8) años.

- iii. La tercera parte del artículo, contenida en el mismo inciso segundo, se refiere en particular al contrato de concesión del servicio de correos **que estaba vigente al momento de promulgarse la Ley 1369 de 2009**. A este respecto la norma establece que dicho negocio jurídico seguirá vigente hasta su vencimiento y será prorrogable en los términos señalados en esa disposición.

409 “Por el cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”.

Esta regla se basa, por una parte, en el principio de irretroactividad de la ley y en la garantía de los derechos adquiridos (artículo 58 de la Constitución Política), al establecer que el contrato de concesión vigente al empezar a regir la Ley 1369, continuaría vigente hasta su terminación.

Por otra parte, la norma que se comenta contiene una excepción a la regla general contenida en el primer inciso del artículo 46 transitorio *ibídem* sobre la aplicación de la Ley 1369 a las personas que tenían la calidad de concesionarios y licenciatarios de los servicios postales al momento de publicarse dicha ley, ya que los contratos y las licencias de estos podían continuar vigentes hasta su terminación, de acuerdo con las normas bajo las cuales fueron otorgados, pero sin que se hubiese contemplado expresamente la posibilidad de prorrogarlos. En contraste, para el concesionario de correo, el artículo 6º *eiusdem* permitió en forma explícita que su contrato se prorrogue en los términos previstos en dicha norma.

Con base en el análisis anterior, la Sala encuentra que si bien el contrato de concesión N° 000010 de 2014 podía efectivamente prorrogarse por segunda ocasión, conforme a lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 1369, el plazo de dicha prórroga no podía ser de diez (10) años, como se estipuló, sino solamente de cinco (5), por las razones que se explican a continuación.

Al revisar los antecedentes de la citada prórroga, enviados por el ministerio consultante, se observa que las partes interpretaron en su momento que cuando el artículo 6º de la Ley 1369 de 2009, en la parte final del segundo inciso, dispone que el contrato de concesión vigente en ese momento podía prorrogarse “*en los términos aquí señalados*”, se refería no solamente al plazo de las prórrogas indicado en dicha norma, sino incluso al término inicial del contrato (10 años) y, en general, a todas las disposiciones de la ley. En ese sentido, se entendió la palabra “*término*” como equivalente al texto mismo de la ley y no como sinónimo de “*plazo*”.

A este respecto, la Sala encuentra que aun cuando esa interpretación sería factible, pues la expresión “*términos*” tiene en español, entre otras acepciones, el significado de las “*condiciones en que se plantea un asunto o cuestión, o que se establecen en un contrato*”⁴¹⁰, tal hermenéutica tampoco conduciría a concluir que el contrato de concesión referido podía prorrogarse por diez (10) años.

En efecto, debe tenerse en cuenta que la aplicación del artículo 6º de la Ley 1369 y, en general, de las disposiciones de dicha ley al mencionado acto jurídico debe hacerse **en el estado en que éste se encontraba** al momento de empezar a regir esa normatividad.

En este punto, no puede desconocerse que el plazo inicial del contrato de concesión, que correspondía al término máximo permitido en la legislación anterior, había vencido **antes de expedirse la Ley 1369 de 2009**⁴¹¹ y que en ese momento

410 Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. Aceptación N° 25 de la voz “*término*”.

411 El plazo inicial del contrato venció el 9 de julio de 2009 y la Ley 1369 se publicó el 30 de diciembre de ese mismo año.

se encontraba vigente la primera prórroga. Por lo tanto, cuando el artículo 6° de la citada ley se refiere a que el contrato de concesión vigente podía prorrogarse “*en los términos aquí señalados*” no puede referirse al plazo de diez (10) años que la misma norma establece, pues éste es **el término** que pueden tener los nuevos contratos de concesión de correos **en su período inicial**, y en el caso del contrato N° 000010, el plazo inicial (5 años) ya había transcurrido y se encontraba prorrogado.

En esa medida, es claro que ni la Ley 1369 puede aplicarse retroactivamente, sino apenas *retrospectivamente* (es decir, para regular los efectos del contrato hacia el futuro), ni la situación de hecho en la que se encontraba el contrato de concesión N° 000010 de 2004 puede reversarse para suponer, por ejemplo, que su plazo inicial sea de diez (10) años, en lugar de cinco (5), como realmente sucedió, porque esto resulta física o materialmente imposible.

Tampoco podría asumirse que el plazo inicial del contrato fuera de diez (10) años, por el hecho de que esta cifra sea el resultado de sumar el plazo inicialmente pactado (5 años) con el de la primera prórroga (5 años), que se suscribió antes de la Ley 1369 de 2009. En primer lugar, porque el solo planteamiento de esta posible interpretación deja ver, de entrada, que el plazo de la primera prórroga es diferente del término “*originalmente pactado*” del contrato, como lo denomina el artículo 6° de la Ley 1369, y que, por lo tanto, aquel no puede entenderse incluido en este; y en segundo lugar, porque al momento de entrar en vigencia dicha Ley, es decir, el 30 de diciembre de 2009, el contrato de concesión que nos ocupa no llevaba diez (10) años vigente, sino apenas cinco (5) años y algo menos de seis (6) meses.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el período de diez (10) años que señala la norma citada es el plazo **máximo** inicial que puede pactarse en esta clase de contratos de concesión, y no el término que indefectiblemente debe pactarse en dichos negocios, los cuales, por lo tanto, pueden celebrarse válidamente con un plazo inferior. En esa medida, aunque se aplicara retroactivamente lo dispuesto en la norma citada al contrato de concesión N° 000010, no podría desconocerse que dicho contrato se celebró, de hecho, con un plazo inicial de cinco (5) años y no de diez (10) años, por lo cual el término de cada una de las prórrogas no podría ser de diez (10) años, sino de cinco (5). Es importante tener en cuenta, finalmente, que la interpretación según la cual el citado contrato podía prorrogarse por diez (10) años iría en contra de una de las intenciones que tuvo el legislador al expedir la Ley 1369, en el sentido de ampliar la competencia en el mercado de los servicios postales. A este respecto, en la exposición de motivos del correspondiente proyecto de ley puede leerse⁴¹²:

“Objetivo general del proyecto de ley. *El país puso fin al monopolio estatal en la prestación de los servicios postales en la Ley 80 de 1993. La empresa Servicios Postales Nacionales S.A., es una empresa industrial y comercial del Estado y está dotada de todos los instrumentos para que compita con los Operadores privados.* (...)

⁴¹² Gaceta del Congreso N° 457 del lunes 28 de julio de 2008, página 7.

“El proyecto de ley que aquí se presenta pretende ser ese marco legal, que permita a todos los habitantes del territorio nacional contar con servicios postales apropiados, que se adapten con la rapidez necesaria a los avances de la tecnología en todos los rincones del país, que combine la liberalización del mercado con la presencia del Estado como Regulador y también como proveedor de los recursos que se requieran para que progresivamente se alcancen los niveles deseables del Servicio Postal Universal”.

En consecuencia, la alusión a los “*términos aquí señalados*” que hace el artículo 6 de la Ley 1369 de 2009, aun si se interpreta de la manera más amplia posible, tiene que entenderse referida a los plazos máximos con sujeción a los cuales pueden prorrogarse los contratos de concesión para la prestación del servicio de correo bajo dicha ley, es decir, como lo dispone el citado artículo 6°, “*por términos iguales al originalmente pactado*”. En el caso que nos ocupa, como el término o plazo original que se estipuló en el contrato de concesión, según lo autorizado en su momento por la Ley 80 de 1993 y el Decreto 229 de 1995, fue de **cinco (5) años**, la prórroga de dicho contrato, a la luz de lo dispuesto en la Ley 1369, solo podía hacerse por el mismo tiempo, es decir, por otros cinco (5) años y no por diez (10).

Por las razones anteriores, la Sala considera que si bien es indudable que el contrato de concesión N° 000010 de 2004, celebrado entre la Nación – Ministerio de Comunicaciones - y Adpostal, y subrogado posteriormente a Servicios Postales Nacionales S.A. podía prorrogarse de nuevo al amparo de la Ley 1369, dicha prórroga no podía hacerse por diez (10) años, sino por el mismo plazo original del contrato, es decir, cinco (5) años.

E. Enajenación de las acciones del Estado en Servicios Postales Nacionales S.A.

En la consulta se afirma que como resultado de los estudios, indagaciones y análisis efectuados con el fin de buscar un “operador estratégico” para “4-72”, se ha llegado a la conclusión de que habría dos (2) alternativas principales para concretar dicho fin: (i) enajenar a particulares solo la participación que tiene el fideicomiso “PAR Adpostal”, representado por Fiduagraria S.A., o (ii) transferir a personas privadas la participación que tienen todas las entidades y patrimonios autónomos de carácter público en dicha sociedad, que equivale al ciento por ciento (100%) del capital.

Antes de analizar cada una de estas posibilidades, desde el punto de vista jurídico, es importante recordar la naturaleza jurídica de Servicios Postales Nacionales S.A. Dicha entidad es una “sociedad pública” o sociedad entre entidades públicas, cuyo capital pertenecía en su mayor parte a una empresa industrial y comercial del Estado (Adpostal), actualmente liquidada, y hoy en día pertenece a un patrimonio autónomo conformado con recursos públicos.

A este tipo de entidades se refiere la Ley 489 de 1998 en varias normas. Los artículos 38 y 68 *ibídem* clasifican expresamente a las sociedades públicas dentro

del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. El párrafo primero del artículo 38 citado agrega que las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta con una participación estatal superior al 90% de su capital, están sometidas al mismo régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado. Sobre la constitución de entidades públicas por parte de empresas industriales y comerciales del Estado, el artículo 94 de la misma ley dispone, en lo pertinente:

“Artículo 94.- Asociación de las empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas y sociedades que se creen con la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales se rigen por las disposiciones establecidas en los actos de creación, y las disposiciones del Código de Comercio. Salvo las reglas siguientes:

1. Filiales de las Empresas Industriales y Comerciales.

Para los efectos de la presente Ley se entiende por empresa filial de una empresa industrial y comercial del Estado aquella en que participe una empresa industrial y comercial del Estado con un porcentaje superior al 51% del capital total.

2. Características jurídicas.

Cuando en el capital de las empresas filiales participen más de una empresa industrial y comercial del Estado, entidad territorial u otra entidad descentralizada, la empresa filial se organizará como sociedad comercial de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio.

3. Creación de filiales.

*Las empresas industriales y comerciales del Estado y las entidades territoriales que concurren a la creación de una empresa filial actuarán **previa autorización de la ley**, la ordenanza departamental o el acuerdo del respectivo Concejo Distrital o Municipal, **la cual podrá constar en norma especial o en el correspondiente acto de creación y organización de la entidad o entidades participantes.***

4. Régimen jurídico.

El funcionamiento y en general el régimen jurídico de los actos, contratos, servidores y las relaciones con terceros se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, en especial las propias de las empresas y sociedades previstas en el Código de Comercio y legislación complementaria.

5. Régimen especial de las filiales creadas con participación de particulares.

Las empresas filiales en las cuales participen particulares se sujetarán a las disposiciones previstas en esta Ley para las sociedades de economía mixta.

6. Control administrativo sobre las empresas filiales.

En el acto de constitución de una empresa filial, cualquiera sea la forma que revista, deberán establecerse los instrumentos mediante los cuales la empresa industrial y comercial del Estado que ostente la participación mayoritaria asegure la conformidad de la gestión con los planes y programas y las políticas del sector administrativo dentro del cual se actúen”. (Subrayas añadidas).

Merece la pena aclarar que el inciso primero y el numeral cuarto de esta norma fueron declarados exequibles de forma condicionada por la Corte Constitucional en la sentencia C-691 de 2007⁴¹³, bajo el entendido de que las sociedades públicas se rigen por las normas del derecho privado, “*sin perjuicio de aspectos regulados con carácter especial por otras disposiciones constitucionales y legales*”. De manera complementaria, el artículo 49 de la misma ley se refiere a las condiciones y requisitos para la creación de entidades y organismos administrativos. El párrafo de dicha norma dispone:

“Artículo 49.- Creación de organismos y entidades administrativas. (...)

*“Párrafo.- Las entidades descentralizadas indirectas y **las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado** y de las sociedades de economía mixta se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente Ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal”. (Resaltamos)*

Finalmente, el artículo 109 ejusdem preceptúa que el control administrativo sobre las filiales de empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta se hará por conducto de los representantes legales de las entidades y organismos participantes o sus delegados, en los órganos internos de dirección y deliberación de la filial.

Todo lo anterior permite concluir que Servicios Postales Nacionales S.A. es una sociedad pública o de capital público, que era filial de una empresa industrial y comercial del Estado⁴¹⁴. Por lo tanto, se trata de una entidad pública descentralizada indirecta, que forma parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. Una vez definido lo anterior, es necesario estudiar la naturaleza jurídica que pasaría a tener dicha compañía y el régimen legal al que estaría sometida, en el evento de llegarse a concretar cualquiera de las opciones de enajenación planteadas por el funcionario consultante.

413 Corte Constitucional. Sentencia C-691 del 5 de septiembre de 2007. Expediente D-6687.

414 Adpostal, antes de su extinción como resultado de la liquidación ordenada por el Gobierno Nacional.

3. Venta de la participación accionaria perteneciente al “PAR Adpostal”

En primer lugar, es necesario recordar que el patrimonio autónomo de remantes de Adpostal en Liquidación, “PAR Adpostal”, se creó mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil entre Adpostal en Liquidación y la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., Fiduagraria S.A., con base en el artículo 35 del Decreto Ley 254 de 2000, modificado por el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006, norma que dispone lo siguiente, en su parte pertinente:

“Artículo 35. A la terminación del plazo de liquidación, el liquidador podrá celebrar contratos de fiducia mercantil con una entidad fiduciaria por el cual (sic) se transferirá activos de la liquidación con el fin de que la misma los enajene y destine el producto de dichos bienes a los fines que en el inciso siguiente se indican. La entidad fiduciaria contratista formará con los bienes recibidos de cada entidad en liquidación un patrimonio autónomo.

“La entidad fiduciaria destinará el producto de los activos que les transfiera el liquidador a pagar los pasivos y contingencias de la entidad en liquidación, en la forma que hubiere determinado el liquidador en el contrato respectivo, de conformidad con las reglas de prelación de créditos previstas en la ley. (...)” (Se destaca).

En esa medida, es indudable que la enajenación de las acciones que pertenecen al “PAR Adpostal” en el capital de “4-72” debe atender, en primer lugar, a los fines, principios y reglas que gobiernan la liquidación de las entidades del Estado. Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que dicha operación no es voluntaria o potestativa, sino obligatoria o forzosa, ya que el propósito de dicho fideicomiso no es otro que el de enajenar los activos remanentes de la antigua Adpostal, con el fin de solucionar las obligaciones de esa entidad que no alcanzaron a pagarse dentro de su trámite liquidatorio.

Lo anterior no significa que tales acciones deban transferirse necesariamente al sector privado, pues también podrían enajenarse a otras entidades públicas. Pero lo que sí se deriva forzosamente de las normas citadas, es que el “PAR Adpostal” no puede mantener indefinidamente o con vocación de permanencia su participación en “4-72”, pues este no es el objeto con el cual se constituyó dicho patrimonio autónomo ni se celebró el respectivo contrato de fiducia mercantil.

Ahora bien, vale la pena precisar que cuando el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 2853 del 25 de agosto de 2006, ordenó la supresión y liquidación de Adpostal, no se había expedido aún la Ley 1105 de 2006 (diciembre 13), por lo cual regían las normas originales del Decreto Ley 254 de 2000. El artículo 1º de dicho decreto establecía que la regulación contenida en el mismo “*se aplica a las entidades públicas del orden nacional, respecto de las cuales se haya ordenado su supresión y liquidación*”. Dado que Adpostal era una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, es claro que se sometía a las normas contenidas en ese decreto.

El Decreto 254 de 2000 no tenía regla especial alguna que se refiriera a la enajenación de las acciones y, en general, de las participaciones que las entidades públicas en liquidación tuvieran en el capital de sociedades y otras entidades, para efectos de utilizar los recursos obtenidos con la enajenación de dichos activos en el pago de las obligaciones a cargo de la entidad en liquidación.

Sin embargo, a los pocos meses de decretarse la liquidación de Adpostal entró a regir la Ley 1105 (diciembre 13 de 2006), cuyo artículo 17 modificó el artículo 31 del Decreto Ley 254 de 2000 y le añadió un párrafo, así:

“Artículo 17. El artículo 31 del Decreto-ley 254 de 2000 quedará así:

“Artículo 31. Enajenación de activos a terceros. Los activos de la entidad en liquidación que no sean adquiridos por otras entidades públicas, se enajenarán con criterio estrictamente comercial, con sujeción a las siguientes normas:

“a) El liquidador podrá celebrar contratos con entidades públicas o privadas para promocionar y gestionar la pronta enajenación de los bienes;

b) La enajenación se hará por subasta, con o sin martillo, o por contratación directa bajo criterios de selección objetiva;

c) Se podrán admitir ofertas de pago del precio a plazo, con la constitución de garantías suficientes a favor de la entidad que determine el liquidador;

d) El precio base de enajenación será el del avalúo comercial. En todo caso, el valor por el cual podrá enajenar el liquidador los activos será su valor en el mercado, que debe incorporar el costo de oportunidad del dinero y el valor presente neto de la administración y mantenimiento, de conformidad con la reglamentación que para el efecto establezca el Gobierno Nacional;

e) Se podrá hacer uso de mecanismos tales como la enajenación del predio total o la división material del mismo y la enajenación de los lotes resultantes, la preselección de oferentes, la constitución de propiedad horizontal sobre edificaciones para facilitar la enajenación de las unidades privadas resultantes y los demás que para el efecto determine el reglamento.

Parágrafo 1°. Para la determinación de los bienes que deban ser materia de enajenación y la oportunidad en que esta deba realizarse, se tendrá en cuenta la necesidad de garantizar el funcionamiento de la entidad durante la liquidación, pero sin afectar con ello la celeridad requerida en el procedimiento liquidatorio.

Parágrafo 2°. Para la enajenación de sus bienes, las entidades en liquidación podrán acudir a cualquiera de los mecanismos autorizados por el derecho privado, siempre y cuando en la celebración del contrato se garantice la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva, en la forma que señale el reglamento. Para esta enajenación las entidades podrán, entre otros, celebrar convenios entre sí,

contratos con particulares que se encarguen de dicha enajenación o aportar los bienes a mecanismos fiduciarios para enajenarlos, explotarlos económicamente o titularizarlos.

Parágrafo 3°. Cuando dentro de los activos de la entidad en liquidación se encuentren acciones, las mismas se podrán enajenar por los mecanismos previstos en el presente artículo, pero en todo caso deberán observarse los siguientes principios mínimos:

1. Deberá realizarse una primera oferta que estará exclusivamente dirigida a las personas señaladas en el artículo 3° de la Ley 226 de 1995.

2. En esta primera etapa los beneficiarios de la misma podrán adquirir las acciones por el precio determinado para el efecto en el presente artículo y utilizar sus cesantías para adquirir estas acciones.

3. Las etapas subsiguientes se realizarán a través de mecanismos que permitan amplia concurrencia y en ellas el precio mínimo por el cual podrán adquirir terceros será aquel al cual se vendió a los beneficiarios de las condiciones especiales a que se refiere el numeral 1.”

Es pertinente recordar que el artículo 3° de la Ley 226 de 1995 estatuye:

“Artículo 3°.- Preferencia. Para garantizar el acceso efectivo a la propiedad del Estado, se otorgarán condiciones especiales a los sectores indicados en el siguiente inciso, encaminadas a facilitar la adquisición de la participación social estatal ofrecida, de acuerdo el artículo 60 constitucional.

“Serán destinatarios exclusivos de las condiciones especiales: los trabajadores activos y pensionados de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria; los ex trabajadores de la entidad objeto de privatización 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 ex empleados de la entidad que se privatiza, sindicatos de trabajadores; federaciones de sindicatos de trabajadores y 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”.

Ahora bien, dado que la Ley 1105 de 2006 fue expedida después de que se había ordenado la supresión y la liquidación de Adpostal, es necesario determinar si las disposiciones de dicha ley y, en particular, su artículo 17, son aplicables a la liquidación de Adpostal. A este respecto, el artículo 22 de la Ley 1105 preceptúa:

“Artículo 22. Régimen de transición. Las actuaciones iniciadas con base en las normas que por esta ley se modifican, se concluirán con arreglo a las disposiciones

vigentes al momento de su iniciación; las demás, se someterán a lo que establece esta ley”.

El término “actuaciones” que utiliza dicha norma podría ser entendido como el proceso liquidatorio en su integridad, o también como cada una de las etapas y actividades que se cumplen en desarrollo del mismo. En el primer caso habría que concluir que la liquidación de Adpostal no se rige por la Ley 1105 de 2006, porque el proceso de liquidación de tal entidad ya se había iniciado al momento de entrar en vigencia dicha ley. En el segundo caso, sería necesario concluir que las actividades y etapas del proceso liquidatorio que no habían empezado el 13 de diciembre de 2006 (fecha de publicación de la Ley 1105) se rigen por lo dispuesto en dicha normatividad.

La Sala considera que de las dos interpretaciones mencionadas, es correcta la segunda, es decir, que la expresión “actuaciones” debe entenderse como las diferentes etapas y actividades que se realizan dentro del proceso de liquidación, y no como el proceso en su totalidad. En efecto, debe recordarse que las disposiciones sobre liquidación de entidades públicas y privadas son, en su mayor parte, normas de procedimiento, y que en relación con esta clase de reglas, la tradición jurídica colombiana, materializada en varios preceptos legales, en la jurisprudencia y en la doctrina, enseña que las normas adjetivas o procedimentales son de aplicación general inmediata, es decir, que rigen desde el momento en que entran en vigencia, aun respecto de los procesos judiciales y los procedimientos administrativos en curso, sin perjuicio de que los plazos que se encuentren corriendo, los recursos en trámite y otras actuaciones particulares dentro de un proceso se sigan gobernando por las normas con base en las cuales se iniciaron.

Sobre este punto, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012⁴¹⁵, establece lo siguiente:

“Artículo 40.- Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

“Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.

“La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad”.

⁴¹⁵ “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”

Siendo esta la regla general sobre la aplicación de las normas procesales en el tiempo, es claro que las excepciones a dicha regla, es decir, los casos en los que las nuevas disposiciones de esta clase no rijan de forma inmediata ni se apliquen a los procesos y procedimientos en curso, deben estar previstas expresamente y de forma clara en la ley. Es pertinente recordar que una de las reglas de hermenéutica reconocidas ampliamente en nuestro medio es aquella según la cual las excepciones que consagra la ley son de aplicación limitada o restrictiva, por lo cual no pueden interpretarse en forma extensiva ni analógica.

Pues bien, si el término “actuaciones” a que se refiere el artículo 22 de la Ley 1105 de 2006 se interpretara como sinónimo del proceso de liquidación, sin tener una razón suficientemente fuerte que apoye dicha equivalencia, la consecuencia de esto sería que la citada ley no podría aplicarse a los procesos de liquidación que se encontraban en curso (en cualquier etapa) al momento de promulgarse esa normatividad, con lo cual se estaría incurriendo injustificadamente en la excepción a la regla general sobre la aplicación de las normas procesales en el tiempo.

Por el contrario, como la expresión “actuaciones” no es clara ni unívoca, sino que, por el contrario, permite varios significados, es necesario interpretarla en un sentido restringido, es decir, como referida a cada una de las etapas o actividades que se lleven a cabo en un proceso de liquidación, entendimiento con el cual se mantiene la regla general que rige en nuestro ordenamiento en cuanto a la aplicación de las normas procedimentales en el tiempo y se obedece lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso.

Así, es claro que como la enajenación de las acciones que posee el “PAR Adpostal” en la sociedad Servicios Postales Nacionales S.A. no se ha realizado aún, dicha actividad está sujeta a las reglas contenidas en el Decreto Ley 254 de 2000, **tal como fue modificado por la Ley 1105 de 2006.**

En esa medida, Fiduagraria S.A., luego de efectuar la valoración de las acciones en la forma prevista en el artículo 31 del Decreto 254 de 2000 (modificado por el 17 de la Ley 1105), tendría que realizar una primera etapa consistente en su ofrecimiento a las personas indicadas en el artículo 3º de la Ley 226 de 1995.

Después de agotada esta etapa inicial, si las acciones ofrecidas fueren enajenadas parcialmente o si ninguna de ellas fuere adquirida por terceros, la participación accionaria mencionada o el remanente de la misma, según el caso, tendría que ser enajenado por el procedimiento descrito en la norma citada del Decreto Ley 254 de 2000, utilizando, en todo caso, mecanismos que permitan una amplia concurrencia. Ahora bien, si como resultado de este negocio, la totalidad de las acciones que pertenecen actualmente al fideicomiso “PAR Adpostal”, o parte de ellas, fuere enajenada a particulares, Servicios Postales Nacionales S.A. se transformaría en una sociedad de economía mixta, del orden nacional, pues su capital pasaría a ser propiedad de una o varias personas de derecho privado (naturales o jurídicas) y de varias entidades y patrimonios autónomos públicos.

A este respecto, podría plantearse la duda de si el procedimiento descrito es un mecanismo válido para la creación de una sociedad de economía mixta del orden nacional, habida consideración de que la Ley 489, con fundamento en el artículo 150, numeral 7° de la Constitución, dispone que esta clase de entidades públicas debe crearse por la ley o con autorización de la misma. Sin embargo, frente a esa eventual objeción, la Sala encuentra los siguientes argumentos:

- i. En primer lugar, no se trata de la “creación” o constitución de una nueva entidad, que tendría el carácter de sociedad de economía mixta, sino de la **transformación** de una entidad del Estado que ya existe, con el carácter de sociedad pública, en sociedad de economía mixta, que también es una entidad pública de naturaleza societaria.

A este respecto, vale la pena citar, a título ilustrativo, lo que establece el artículo 101 de la Ley 489, sobre la transformación de las sociedades de economía mixta en otra clase de entidades:

*“Artículo 101. Transformación de las sociedades en empresas. Cuando las acciones o cuotas sociales en poder de particulares sean transferidas a una o varias entidades públicas, **la sociedad se convertirá, sin necesidad de liquidación previa, en empresa industrial y comercial o en Sociedad entre entidades públicas.** Los correspondientes órganos directivos de la entidad procederán a modificar los estatutos internos en la forma a que hubiere lugar”.* (Subrayamos).

Aunque la norma citada regula, entre otros casos, la transformación de una sociedad de economía mixta en una sociedad pública, por la enajenación de las acciones de los particulares a entidades u organismos del Estado, lo mismo podría ocurrir en sentido contrario, es decir, que una sociedad pública **se transforme** en una sociedad de economía mixta por la venta de parte de sus acciones a particulares, sin que tampoco deba entenderse en dicho caso que se trate **de la creación** de una sociedad de economía mixta, como una nueva entidad.

- ii. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que tanto Ley 226 de 1995 como la Ley 1105 de 2006 contienen normas que regulan la enajenación que las entidades públicas hagan de su participación en el capital de otra empresa, siempre que se cumplan las condiciones y se siga el procedimiento consagrado en dichas leyes, de lo cual puede deducirse que tales disposiciones autorizan implícitamente la constitución de sociedades de economía mixta, en la medida en que, como producto de la referida enajenación, el capital de una sociedad pública pase a ser, en parte, de propiedad de particulares. De lo contrario, tendría que concluirse, por ejemplo, que cuando el Estado pretenda democratizar o privatizar su participación en el capital de una empresa se requeriría una ley que autorizara específicamente dicha operación, además de cumplir los requisitos generales previstos en el artículo 60 de la Constitución Política y en la Ley 226, pues en muchos casos la transferencia de la participación estatal al

sector privado implica un cambio en la naturaleza jurídica de la entidad que se privatiza (total o parcialmente) y en el régimen jurídico aplicable a la misma⁴¹⁶.

- iii. Finalmente, es menester recordar que “4-72” no es una entidad descentralizada directa, sino de carácter indirecto y, más exactamente, una filial. Para la creación de este tipo de entidades, la Ley 489 de 1998 consagra un régimen más flexible, pues otorga unas autorizaciones generales al Gobierno Nacional (artículo 49), así como a las entidades públicas que participan en su capital (artículo 94). Si esto es así para la creación o constitución de esta clase de entidades en forma originaria, con mayor razón debe serlo para su transformación o conversión en otra clase de entidad, como resultado de la enajenación de todo o parte de la participación estatal en el capital de aquellas.

Ahora bien, el régimen jurídico al cual estaría sometida la sociedad de economía mixta en la que se convierta Servicios Postales Nacionales S.A., depende del porcentaje de participación estatal que se transfiera efectivamente a los particulares. Si dicho porcentaje fuere igual o inferior al 10%, la sociedad de economía mixta se regiría por las mismas normas aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado, tal como lo disponen el artículo 38 y el parágrafo del artículo 97 de la Ley 489.

Por el contrario, si el porcentaje de participación que efectivamente llegaren a adquirir personas naturales o jurídicas de derecho privado en el capital de “4-72” fuere superior al 10%, la sociedad de economía mixta que surja de dicha operación estaría sujeta a las reglas especiales consagradas para esa clase de entidades en la Ley 489 de 1998 y en otras leyes, así como a las normas generales que gobiernan las sociedades mercantiles, contenidas principalmente en el Código de Comercio.

Vale la pena precisar, adicionalmente, que si la participación que adquirieren los particulares fuese **inferior** al 50% del capital social, lo cual implicaría que el Estado continuare poseyendo una participación superior al 50%, la eventual sociedad de economía mixta que surja de la enajenación seguiría siendo una “entidad estatal”, conforme a lo dispuesto en el artículo 2º, numeral 1º, literal a) de la Ley 80 de 1993, y estaría sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con las salvedades que establece el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el 93 de la Ley 1474 de 2011⁴¹⁷.

Finalmente, es pertinente mencionar que la Sala, en los conceptos Nos. 1271 de 2000 y 1513 de 2003⁴¹⁸ manifestó su opinión en el sentido de que la enajenación de la participación de una entidad pública en una empresa, como resultado de la liquidación de la entidad pública y dentro de su proceso liquidatorio, no debía

416 El artículo 6º de la Ley 226 de 1995 dice que es el Gobierno quien “decidirá, en cada caso, la enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional... adoptando un programa de enajenación, diseñado para cada evento en particular, que se sujetará a las disposiciones contenidas en esta Ley”.

417 “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”.

418 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Conceptos Nos. 1271 del 12 de abril de 2000 y 1513 del 9 de octubre de 2003, respectivamente.

sujetarse a lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Política y la Ley 226 de 1995, ya que, al tener dicha enajenación un carácter obligatorio o forzoso y perseguir una finalidad específica, consistente en el pago de las obligaciones o pasivos de la entidad en liquidación, no puede considerarse que corresponda a un proceso de “democratización o privatización de la propiedad accionaria del Estado”, al cual se refieren la norma constitucional y la ley mencionadas.

Sin embargo, debe observarse que dichos conceptos se emitieron antes de la expedición de la Ley 1105 de 2006, la cual resolvió de manera definitiva el asunto, al establecer una solución mixta o intermedia para estas situaciones, consistente en ordenar la aplicación de la Ley 226 de 1995 a la primera parte del proceso (ofrecimiento a los beneficiarios de condiciones especiales), y el cumplimiento del Decreto Ley 254 de 2000 y de la propia Ley 1105 a la etapa siguiente (ofrecimiento al público, en general).

4. Venta de la participación de todas las entidades y fondos públicos en el capital social de “4-72”

En primer lugar, debe recordarse que el ciento por ciento (100%) del capital de “4-72” es propiedad de varias entidades públicas y patrimonios autónomos conformados con recursos públicos. Por lo tanto, la enajenación de toda la participación de dichas entidades y fideicomisos constituiría claramente una democratización o privatización completa de la sociedad referida que, en el evento de concretarse, daría lugar a una sociedad comercial de carácter privado. En esa medida, es evidente que, como se afirma en la consulta, debe cumplirse con lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Política y la Ley 226.

A este respecto, resulta oportuno recordar que esta Sala, en el citado concepto N° 1513 de 2003, manifestó que el “*programa de enajenación*” que el Gobierno debe estructurar para cada proceso de privatización de una entidad pública del orden nacional, como lo manda el artículo 6° de la Ley 226, puede referirse a la venta simultánea de la participación que diferentes entidades públicas tengan en el capital de una sola empresa. A este respecto, dijo la Sala:

***“1.4 La enajenación simultánea de las distintas participaciones estatales en una misma empresa.*”**

***“Los artículos 6°, 10, 11, 14 y 16 de la ley 226 de 1995 mencionan la expresión “para cada caso” relacionada con la enajenación accionaria o el programa de enajenación, la cual se ha entendido, según se aprecia en la consulta, que alude a la participación de una entidad estatal en una empresa, pero se observa que tal expresión también puede entenderse válidamente, que se refiere a la participación de una o varias entidades en una misma empresa, de manera que el programa de enajenación puede contemplar, igualmente, el caso en el cual existen varias entidades estatales que desean vender, al mismo tiempo, su participación accionaria en una sociedad, dentro de un proceso común de*”**

privatización, con lo cual se aplican los principios de eficacia, economía y celeridad de la función administrativa del artículo 209 de la Constitución”.

Ahora bien, la Sala observa que al menos uno de los socios actuales de “4-72” es un patrimonio autónomo de remanentes⁴¹⁹, es decir, el “PAR Adpostal”. Por lo tanto, además de lo dispuesto en la Ley 226 de 1995, la enajenación de las acciones de dicho fideicomiso, en particular, debe tener en cuenta también los principios y las reglas contenidas en el Decreto 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006, las cuales, en principio, no resultan incompatibles con lo previsto en la Ley 226, especialmente en cuanto al ofrecimiento y la enajenación de las acciones al público en general, pues las dos normatividades ordenan que en tal actividad se respeten los principios de publicidad, transparencia, imparcialidad y libre concurrencia, entre otros, y se busque el mayor provecho posible para el patrimonio público.

F. Efecto jurídico de las alternativas planteadas en el contrato de concesión

Habiendo analizado los efectos jurídicos que produciría la posible enajenación de la participación estatal en el capital de Servicios Postales Nacionales S.A., en cualquiera de las dos alternativas expuestas por la entidad consultante, con respecto a la naturaleza jurídica y al régimen aplicable a dicha sociedad, la Sala debe estudiar, por último, el efecto que dicha transformación tendría en el contrato de concesión N° 000010 de 2004, prorrogado el 8 de julio de 2014.

1. Continuidad del contrato

Es necesario recordar, en primer lugar, que la validez de un contrato y, en general, de un acto jurídico cualquiera, convencional o no, debe juzgarse a la luz de las normas que se encontraban vigentes al momento de su celebración, con respecto a la condición de las partes y, en general, a las circunstancias de hecho existentes en ese momento.

Este postulado se deriva de varias normas constitucionales y legales y ha sido acogido ampliamente por la jurisprudencia. Desde un punto de vista constitucional, puede citarse, en primer lugar, el artículo 58 de la Carta Política, que en su primer inciso señala que **“se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”**. (Se resalta). En el mismo sentido, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 dispone:

“Artículo 38.- En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. “Exceptúanse de esta disposición:

⁴¹⁹ Debe verificarse si el fideicomiso denominado “PARAPAT”, que según la consulta es propietario del 1,03% del capital de “4-72”, corresponde también a un patrimonio autónomo de remanentes originado en una entidad pública en liquidación, o si tiene naturaleza y objeto diferentes.

“1º) Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resulten del contrato, y

2º) Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido”.

Este mismo principio rige en la contratación estatal. Esta es la razón por la cual, verbigracia, el artículo 78 de la Ley 80 de 1993 estableció que “los contratos... en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración...”. Y en el mismo sentido, pero referido específicamente a los servicios postales, el artículo 46 de la Ley 1369 dispuso que “las empresas que presten servicios postales a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, podrán mantener sus concesiones y licencias hasta por el término de los mismos, bajo la normatividad vigente al momento de su expedición y con efectos sólo para esas habilitaciones”.

Todo lo anterior conduce a concluir que para analizar la validez y, por ende, la eficacia de un contrato o de cualquier otra convención, inclusive una prórroga, debe tenerse en cuenta las leyes vigentes al momento en que el respectivo acto jurídico fue celebrado, en relación con las condiciones de hecho que existían en ese tiempo, razón por la cual la validez de un contrato o de otra convención no se ven afectados, por regla general, con la expedición de una nueva ley ni con el cambio en las circunstancias de hecho que ocurra después de perfeccionado el acto jurídico⁴²⁰.

En este mismo sentido se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación. Así, por ejemplo, en sentencia del 23 de junio de 2010⁴²¹, la Sección Tercera expresó, justamente en relación con un contrato suscrito por la extinta Adpostal poco antes de su transformación en empresa industrial y comercial del Estado:

“En este orden, es inaceptable el argumento de la parte actora, expuesto en los alegatos... según el cual la entidad era una Empresa Industrial y Comercial del Estado para la fecha de celebración del contrato –y que por eso no le aplicaban los requisitos previstos en el decreto 222-, ya que la transformación de la entidad se realizó meses después de su firma, y es sabido que los requisitos de formación del contrato administrativo, y por ende los de validez, se aprecian al momento de iniciar el proceso de selección del contratista, de modo que la modificación posterior de la naturaleza de la entidad mal podría subsanar los vicios de procedimiento en que se hubiera incurrido.

“Desde luego, se sabe que las exigencias establecidas por la ley para adelantar un proceso de contratación corresponden a las que se contemplan al iniciar la etapa de selección o de suscribir el contrato, de modo que las omisiones para

420 Salvo en algunas circunstancias especiales consagradas expresamente por la ley, como sucede con la teoría de la imprevisión, o con el rompimiento del equilibrio económico del contrato, o cuando una nueva ley, por razones de utilidad pública o interés social, ordena su aplicación a los contratos en curso, afectando incluso derechos adquiridos (artículos 58 de la Constitución Política y 18 de la Ley 153 de 1887).

421 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Número interno: 18.294.

ese momento no se sanean por el cambio de legislación; de la misma manera que las exigencias de la nueva ley no aplican a los contratos celebrados con anterioridad". (Se destaca).

Por lo tanto, es claro que la validez de la segunda prórroga al contrato de concesión N° 000010, suscrita el 8 de julio de 2014, con la salvedad hecha previamente sobre su plazo, no puede verse afectada por los cambios que eventualmente llegaren a ocurrir en la composición del capital social y en la naturaleza jurídica de "4-72".

En efecto, debe recordarse que el artículo 6° de la Ley 1369 autoriza expresamente prorrogar el contrato de concesión para el servicio de correo que estaba vigente al momento de expedirse dicha ley, sin consideración a la naturaleza jurídica que tuviese el respectivo concesionario o a la composición de su capital. Por lo tanto, aunque dicho concesionario fuera una sociedad de economía mixta o de carácter privado (como lo autorizaba el régimen anterior), el correspondiente contrato de concesión podía prorrogarse igualmente.

Lo anterior permite a la Sala concluir que cualquiera sea la alternativa que decida acoger el Gobierno con el fin de encontrar un "socio operativo" para Servicios Postales Nacionales S.A., es decir, enajenar las acciones de propiedad del fideicomiso "PAR Adpostal" o las acciones de todas las entidades y patrimonios autónomos públicos que son socios de dicha compañía, no se afectaría la validez del contrato de concesión N° 000010 ni su prórroga actual y, por lo tanto, no daría lugar a su terminación.

Debe recordarse que las causales de terminación de los contratos, incluyendo los contratos estatales, son taxativas, como ocurre, por ejemplo, con el vencimiento del plazo acordado, el cumplimiento total de su objeto, la declaratoria de nulidad, el mutuo acuerdo de las partes, la terminación unilateral del contrato en los casos que permite la ley⁴²², la declaratoria de caducidad etc., sin que la ley haya consagrado como causal de terminación de un contrato el cambio en la naturaleza jurídica del contratista o en la composición de su capital. Esto debe entenderse, claro está, sin perjuicio de aquellos casos especiales en los que la ley lo establece en forma expresa, o cuando la misma ley dispone que una condición indispensable para adjudicar y ejecutar un contrato es la de que el contratista tenga determinada naturaleza jurídica o composición de capital.

422 En el caso de los contratos estatales, el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 establece las causales por las cuales la entidad pública contratante puede terminar unilateralmente el contrato, así:

"Artículo 17. De la terminación unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1° Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2° Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

3° Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

4° Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2° y 3° de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio".

Rememórese también que en el caso del servicio de correo, la Ley 1369 de 2009 solamente exige que el respectivo concesionario tenga el carácter de operador postal, además de los requisitos de cobertura geográfica de la red y de cumplimiento de las demás condiciones técnicas, operativas y económicas que establezca el MINTIC. Y para ser operador postal, la ley exige tener la condición de persona jurídica cuyo objeto principal sea la prestación de servicios postales, sin que imponga el requisito de ser una sociedad pública, o de economía mixta u otra clase en particular de entidad pública o privada.

Tampoco se opone a la conclusión anterior lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 1369, en el sentido de que *“el Servicio Postal Universal prestado por el Operador Oficial o Concesionario de Correo se financiará con los recursos que le transfiera el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones provenientes de las contraprestaciones estipuladas en el artículo 14 de la presente ley, así como las apropiaciones incluidas en el Presupuesto General de la Nación de cada vigencia”*, ni lo prescrito en la misma norma en cuanto a que *“el Operador Postal Oficial... no podrá destinar recursos financieros distintos a los señalados en el presente artículo para financiar el Servicio Postal Universal”*.

Lo primero que debe mencionarse es que concluir, con base en la norma citada, que un particular no pueda ser designado como Operador Postal Oficial, resultaría contradictorio con lo dispuesto en el artículo 6º de la misma ley (1369), cuando establece que *“el contrato de concesión para el Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo se regirá por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*, ya que es intrínseco a dicha modalidad contractual la posibilidad de que actúe como concesionario un particular, más aun bajo el régimen legal que actualmente gobierna tales contratos, es decir, la Ley 1508 de 2012. En efecto, el artículo 1º de esta regulación define las *“Asociaciones Público Privadas”*, concepto que incluye los contratos de concesión (artículo 2º ibídem), como *“un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan (sic) en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados...”*. (Se resalta).

En segundo lugar, debe mencionarse que la Constitución y la ley permiten en varios casos la transferencia de recursos presupuestales del Estado a particulares, para financiar o cofinanciar la prestación de servicios públicos o la realización de obras públicas, cuando esto se considera necesario o conveniente, por razones de interés público.

Así, por ejemplo, el artículo 368 de la Carta Fundamental dispone que *“la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”*. Igualmente, el artículo 334 dispone que el Estado puede intervenir, por mandato de la ley, en la *“producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para*

racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial... el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo...”.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-324 de 2009⁴²³, se ocupó de distinguir entre los “auxilios o donaciones”, que prohíbe el artículo 355 de la Carta, por regla general, de los subsidios o subvenciones que el Estado puede otorgar a particulares, en desarrollo de su facultad de intervenir en la economía, con el fin de fomentar determinadas actividades, o de estimular la adquisición de ciertos bienes o servicios que se consideran necesarios para alcanzar una buena calidad de vida, por parte de sectores sociales deprimidos o vulnerables. De dicha providencia, consideramos pertinente citar los siguientes apartes:

“2.4 Subvenciones como instrumentos autorizados en general por la Constitución Política en su artículo 334 o de manera directa por otros artículos de la Carta Política frente a la prohibición de donaciones y auxilios de que trata el artículo 355 constitucional.

Los conceptos de donación, auxilio, subsidio o subvención, encuentran desde el punto de vista semántico, idéntico significado... Desde esa óptica, podría suponerse entonces que las subvenciones –subsidios y aportes- comparten las mismas características que las donaciones o auxilios a que hace alusión el artículo 355 constitucional, en tanto se trata de partidas de origen público, que se asignan sin contrapartida del beneficiario directo y, que pueden ser dirigidas a personas naturales o jurídicas.

“Sin embargo, desde el punto de vista jurídico se advierten particularidades en relación con estos conceptos, a partir de los cuales es posible fijar estrictos linderos, las cuales radican bien en el origen y en la finalidad que persigan. Así, las subvenciones o los auxilios que otorga el Estado pueden:

- i. Albergar una finalidad estrictamente altruista y benéfica: Cuando este tipo de auxilio se otorga por mera liberalidad del Estado, se encontrará con que está prohibido por virtud del artículo 355 constitucional, pues debe asumirse que en países en vía de desarrollo como Colombia, debe privilegiarse el gasto social en concordancia con lo dispuesto en el artículo 350 superior...
- ii. Derivarse de la facultad de intervención del Estado en la economía y, en consecuencia, orientarse al estímulo de una determinada actividad económica; asignación que por mandato expreso del artículo 334 superior debe comportar una contraprestación, es decir, debe implicar un retorno para la sociedad en su conjunto, sin el cual la subvención carece de equidad y de toda justificación.
- iii. Derivarse de un precepto constitucional que lo autorice expresamente, en orden a garantizar los derechos fundamentales vía acceso a bienes y servicios

⁴²³ Corte Constitucional, sentencia C-324 del 13 de mayo de 2009. Exp. D-7442.

por parte de quienes tienen mayores necesidades y menores ingresos, con lo cual se garantiza una contraprestación o beneficio social.

*“Las consideraciones precedentes permiten anticipar que las situaciones que hasta ahora la jurisprudencia ha reconocido como “excepciones” a la prohibición contenida en el inciso 1° del artículo 355 constitucional, en realidad no admiten tal calificativo, pues se trata de figuras constitucionales autónomas, cuyo desarrollo per se impone un retorno para la sociedad en su conjunto o un beneficio social, es decir, una **contraprestación** que es expresa o tácitamente exigida por la Carta Política y que se concreta en mejorar la calidad de vida de los habitantes, en especial de los de menores ingresos, al punto que de estar desprovista la subvención de tal característica, se estaría incurrido de manera automática en la prohibición de que trata el artículo 355 de la Constitución Política, pues no se estaría afectando el presupuesto para atender los fines sociales del Estado. (...)*

“2.4.2. Derivarse de la facultad de intervención del Estado en la economía (Art. 334 C.P.) y, en consecuencia, orientarse al estímulo (sic) de una determinada actividad económica que debe tener un retorno o beneficio para la sociedad en su conjunto, sin el cual la subvención no se justifica de manera alguna.

“Esta reflexión es válida si se tiene en cuenta que el constituyente de 1991 concedió al Estado a través de los artículos 334 y siguientes de la Carta, la dirección general de la economía, con lo cual reconoció su capacidad para incidir sobre variables macroeconómicas preponderantes en cualquier economía...

“El mismo artículo 334 superior contempló una intervención “cualificada”, que en el marco social del estado de derecho justifica el empleo de los “recursos” necesarios para asegurar a todas las personas y, en especial, a las de menores ingresos, el acceso a bienes y servicios básicos, sin apartarse, en todo caso, de que dicha intervención económica encuentra límite en el artículo 150-21 de la Carta, según el cual se consigna una reserva legal dirigida a que sea la ley la que precise sus fines, alcances y límites.

“Al respecto, los mecanismos que se habilitan en desarrollo de esta clase de intervención han sido objeto de estudio por la Corte, que al efecto ha expresado:

“En el repertorio de las técnicas de intervención indirectas, sobresalen los estímulos o incentivos al desarrollo económico, los cuales sirven para articular políticas económicas participativas y consensuales, de corte no autoritario. El fomento económico, en los términos del artículo 334 de la C.P., constituye una forma legítima de intervención del Estado en la economía y corresponde a una técnica de dirección y manejo de los agentes y variables que en ella inciden, que por su eficacia resulta imprescindible en las actuales condiciones.

“El fomento económico apela a la oferta de estímulos positivos que se formulan a las empresas y personas que libremente colaboren en el logro de los objetivos concretos de una determinada política a través de la cual se satisfacen necesidades

de interés público, sin que el Estado se vea en la necesidad de crear o gestionar directamente el servicio o la actividad económica de que se trate. No obstante no existir una contraprestación específica a cargo de las empresas y personas favorecidas con las medidas de apoyo, el Estado y la sociedad pueden beneficiarse en el mediano y en el largo plazo... (...)

“La circunstancia de que una política de incentivos involucre la aplicación de recursos del erario y que incida de manera tan nítida en la libertad de empresa y en la libre competencia, exige que la ley establezca el marco dentro del cual la administración proceda a su adjudicación sobre la base de la igualdad, la racionalidad, la transparencia, la concurrencia y la objetividad. Así la distribución de las subvenciones se realice a través de una sociedad de economía mixta, sujeta al derecho privado, aquélla trasluce una clara función pública y como tal no podrá considerarse exenta de fiscalización por parte de los órganos de control”⁴²⁴.

“Tal como lo señaló la jurisprudencia la intervención económica se torna operativa a partir de la aplicación de políticas sociales que se concretan en inversión pública o en la ejecución de políticas que involucran el empleo de instrumentos económicos capaces de maximizar los beneficios a la sociedad, entre los cuales se destacan las subvenciones -subsídios, incentivos y auxilios-, según lo demanden las externalidades o circunstancias económicas.

“Pues bien, la subvención o subsidio no es otra cosa que la diferencia entre el precio que los compradores pagan y el precio que los productores reciben,⁴²⁵ diferencia que para efectos de la presente providencia es pagada por un tercer agente, en este caso el Estado.

“(…) La anterior visión económica guarda coherencia con los postulados superiores, si se tiene en cuenta que la razón de ser del subsidio es alcanzar metas sociales, o bien favorecer – por distintas razones- a determinadas personas, actividades o zonas del país, de manera que este criterio indudablemente debe orientar cualquier análisis de constitucionalidad.

*“En ese orden, se identifican **subsídios a la oferta** otorgados a los productores de bienes y servicios. **Subsídios a la demanda**, con los que se reduce lo que paga el usuario, es decir, lo que éste paga por debajo del costo real del bien o servicio. A su turno, los subsidios pueden ser **directos, indirectos o cruzados**: ... (ii) **indirectos cuando el Estado subvenciona la producción de ciertos bienes y servicios bien mediante una transferencia directa al productor o mediante mecanismos como la eliminación de impuestos, otorgamiento de créditos en condiciones preferenciales, o venta de insumos a valor menor...**”. (Negrillas y subrayas en el original).*

424 “[24] Corte Constitucional, sentencia C-254 de 1996”.

425 “[25] CALL, Steven et Loan, William L., *Microeconomía*, Grupo Editorial Iberoamérica S.A. de C.V. México”.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la Ley 1508 de 2012 permite expresamente que los proyectos estructurados bajo esquemas de asociación público – privada se financien exclusivamente con recursos de los inversionistas privados, o bien con sumas de dinero aportadas tanto por estos como por las entidades públicas contratantes⁴²⁶.

Por lo tanto, la Sala concluye que no resulta inconstitucional ni contrario al ordenamiento legal concluir que el Servicio Postal Universal se financie con recursos estatales (del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – FONTIC- y del Presupuesto General de la Nación), aunque la persona jurídica que en el futuro preste dicho servicio fuere de derecho privado y de capital privado.

En ese evento, como es obvio, se volvería aún más necesario el cumplimiento estricto de las obligaciones que impone el mismo artículo 13 de la Ley 1369 al Operador Postal Oficial, en el sentido de tener contabilidades separadas y de no cruzar recursos financieros entre el SPU y los otros servicios postales o de otra índole que llegare a prestar, y por otra parte, la entidad pública concedente (en este caso, el MINTIC) tendría que ejercer un control muy estricto y eficaz en relación con el acatamiento de dichas obligaciones y, en general, con el uso de los dineros públicos que le fueran transferidos al Concesionario de Correo. Igualmente, la utilización de dichas sumas de dinero por parte del Operador Postal Oficial estaría sujeta al control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República, como se deduce de lo previsto en los artículos 267 y 268 de la Constitución, en armonía con las Leyes 42 de 1993⁴²⁷ y 610 de 2000⁴²⁸ y el Decreto Ley 267 de 2000⁴²⁹.

Por otro lado, lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1369 de 2009 no puede interpretarse como que la única fuente de financiación del Servicio Postal Universal sean los recursos transferidos por el FONTIC y por la Nación, pues resulta claro que también deben destinarse a cubrir los costos de dicho servicio público las sumas de dinero que el Operador Postal Oficial recaude por concepto de **tarifas**, según lo señalado en el inciso primero de la misma norma. De lo contrario, no se podría saber a qué propósito debe destinar el Concesionario de Correo los recursos que llegare a percibir por el pago que los usuarios hagan de las tarifas fijadas por el MINTIC para el SPU.

En esa medida, debe entenderse que cuando el inciso tercero de la norma que se analiza estatuye que “*el Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo no podrá destinar **recursos financieros distintos a los señalados en el presente artículo** para financiar el Servicio Postal Universal*” (se destaca), incluye las sumas de dinero que el referido operador perciba por concepto de las tarifas establecidas para el mencionado servicio.

426 A este respecto pueden verse los artículos 3, 5, 17 y 27, entre otros.

427 “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”.

428 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”.

429 “Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”.

Esta interpretación lleva a concluir que los recursos que deban transferirse al Operador Postal Oficial, provenientes del FONTIC e, incluso, del Presupuesto General de la Nación, son solamente aquellos que equivalgan a la diferencia entre los costos efectivos de prestar el SPU y lo que el operador reciba por concepto de tarifas para dicho servicio, o, en otras palabras, los recursos que se requieran para financiar el déficit que genere la prestación de dicho servicio.

De esta forma lo entendió el Gobierno Nacional en el Decreto Reglamentario 223 de 2014 y en la Resolución N° 1552 del mismo año, esta última expedida por el MINTIC. En efecto, el artículo 7° del decreto citado establece, en su parte pertinente:

*“Artículo Séptimo. **METODOLOGÍA PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DÉFICIT DEL SPU. El monto del déficit del SPU que reconocerá anualmente el FONTIC será determinado y pagado al OPO conforme a las siguientes reglas. . .***

- i. ***Se reconocerá como tope máximo el valor que resulte de la aplicación de la siguiente fórmula:***

Déficit calculado del SPU = Ingresos del SPU - Costos del SPU

Dónde:

“Ingresos del SPU: son todos los ingresos por los servicios incluidos en el SPU de qué trata el presente Decreto, incluyendo todos los ingresos que se causen por servicios definidos como parte del SPU que correspondan al área de reserva y a las franquicias.

*El OPO⁴³⁰ deberá confrontar el resultado de la anterior fórmula con su sistema de separación contable **en el cual se asignen para el cálculo del déficit exclusivamente los ingresos por prestación de servicios incluidos en el SPU y se le resten los costos imputados por la prestación de dichos servicios**; se tomará para efectos de reconocimiento del déficit el mayor valor (esto es el menor monto de déficit considerando que su resultado tiene signo negativo) entre la fórmula prevista en el numeral (i) del presente artículo y el ejercicio realizado por el OPO.*

*(iii) En caso de que en la aplicación de la metodología anterior **resulte un valor positivo, es decir, se estime un superávit, no se reconocerá valor alguno por déficit del SPU.***

En el cálculo del déficit del SPU se aplicarán las restricciones que se prevean en materia de eficiencia en los correspondientes contratos de concesión del servicio de correo. (...)”

En el mismo sentido, los artículos 2, literal g) y 4 de la Resolución N° 1552 de 2014 disponen, en lo pertinente:

430 Operador Postal Oficial.

“Artículo 2. Indicadores técnicos y de calidad para los servicios de correo incluidos dentro del Servicio Postal Universal. (...)

“g. Tarifas del SPU

*“Todas las tarifas aplicadas por el OPO a los servicios incluidos en el SPU, deberán ser enviadas al Ministerio para ser aprobadas con quince (15) días de antelación al inicio de su aplicación, **teniendo en cuenta el coste de la operación para la prestación del servicio más un margen razonable**, debiendo adjuntar la memoria justificativa con los cálculos realizados para determinar dichas tarifas.*

“Artículo 4. Factores de estimación para el cálculo del déficit del SPU: En ningún caso el factor de estimación, podrán (sic) exceder en su conjunto el cien por ciento de los costos totales del SPU. El Factor de Estimación que se requiere para calcular los costos del SPU tendrá un tope y se definirá anualmente de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 7 del Decreto 223 de 2014, de acuerdo a las condiciones de la operación del OPO para la prestación del SPU y a la evolución de las condiciones del mercado. (...)” .

Por lo tanto, bien podría ocurrir que una adecuada definición de las tarifas para el Servicio Postal Universal, junto con una disminución en los costos de operación, debido a la mayor eficiencia que se genere en la prestación de dicho servicio público, llevaran a que el SPU fuese autofinanciable, evento en el cual ni el FONTIC ni la Nación tendrían que transferir recursos al Operador Postal Oficial.

En todo caso, aunque dicho escenario no se diera, es claro que los recursos públicos solamente tendrían que utilizarse para cubrir el déficit entre los costos de prestación del Servicio Postal Universal y las tarifas que perciba el Operador Postal Oficial por este concepto, sin que el hecho de que tal entidad fuere de capital mixto o de capital enteramente privado constituya un impedimento para la cofinanciación estatal de los servicios incluidos en el SPU, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1369 de 2009 y en sus disposiciones reglamentarias, por las razones que se han explicado.

2. Régimen jurídico aplicable al contrato

Ahora bien, la conclusión a la que se ha llegado en el sentido de que la hipotética enajenación de la participación del Estado en el capital social de “4-72”, ya sea total o parcial, no implica la terminación del contrato de concesión actualmente vigente, debe entenderse sin perjuicio de que el régimen jurídico aplicable al contrato, **para efectos de su ejecución**, sufra algunas modificaciones en atención a la clase de entidad en la que se transforme el concesionario.

En particular, si Servicios Postales Nacionales S.A. pasare a ser una sociedad privada o una sociedad de economía mixta con participación del Estado en su capital igual o inferior al 50%, el contrato de concesión mencionado ya no podría seguirse considerando como un contrato o “convenio” interadministrativo, para

efectos de lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues dicho acuerdo ya no vincularía a dos “entidades estatales”, como aparecen definidas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, sino a una entidad de esa clase (la Nación) y a un particular o a una entidad pública que no se encuentra regida por dicha normatividad, según el caso. Por lo tanto, desaparecerían algunos privilegios que el Estatuto General de Contratación Pública consagra para los contratos interadministrativos, exclusivamente en atención a la calidad de “entidades estatales” que las dos partes tienen en esa clase de negocios, tales como la no obligatoriedad de las garantías y la ausencia de cláusulas exorbitantes. En efecto, en el evento de que Servicios Postales Nacionales S.A. se convirtiera en una compañía privada o en una sociedad de economía mixta con capital público igual o inferior al 50%, sería necesario exigirle las garantías que establece la ley como obligatorias (artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y Decreto 1510 de 2013⁴³¹) y se entenderían incorporadas al contrato (aunque no se estipulen expresamente) las cláusulas exorbitantes previstas en el citado estatuto (artículo 14, numeral 2º de la Ley 80 y artículo 22 de la Ley 1508 de 2012), todo lo cual, además, se previó expresamente en las cláusulas octava⁴³² y decimoséptima del otrosí que contiene la segunda prórroga. Esta última estipulación, en particular, dispone lo siguiente:

*“CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA – VARIABILIDAD DE LAS CONDICIONES Y RENEGOCIACIÓN DE LAS CONTRAPRESTACIONES- Si durante la vigencia de esta prórroga en el Concesionario llegaren a sobrevenir circunstancias tales como variación en su naturaleza jurídica, suscripción, venta o compra de acciones, liquidación obligatoria, fusión en cualquiera de sus modalidades **o demás circunstancias que hagan que el Estado pierda su condición de accionista mayoritario**, el Ministerio podrá modificar unilateralmente las condiciones económicas, la reasignación de riesgos, el otorgamiento de garantías, la asunción de nuevas obligaciones por parte del concesionario, incorporar las cláusulas exorbitantes previstas en la Ley 80 de 1993 y, en general, adoptar todas las medidas que estime pertinentes para garantizar la efectiva prestación del servicio postal concesionado y la defensa del patrimonio público.*

*“PARÁGRAFO. En el evento de que la modificación de la participación accionaria del Estado en el Concesionario **sea consecuencia de un proceso de venta o enajenación de acciones, las modificaciones a efectuar se definirán en las condiciones de venta que defina el Concesionario** y serán aceptadas por el comprador con la sola presentación de su oferta”. (Se subraya).*

Lo primero que debe aclararse, en relación con esta cláusula, es que la condición (hecho futuro e incierto) que determina la aplicación de los efectos jurídicos previstos en la misma, es decir, la modificación en las condiciones económicas del contrato, la reasignación de riesgos, la asunción de nuevas obligaciones por parte del concesionario, entre otros, es el hecho de que el Estado **pierda su condición de**

431 “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”.

432 “CLÁUSULA OCTAVA – GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO.- Por tratarse de un contrato interadministrativo no será necesaria la constitución de garantías en favor del contratante, sin embargo, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones se reserva el derecho de exigir las cuando en su criterio las circunstancias fácticas o jurídicas que rodean el presente contrato así lo ameriten”. (Se resalta).

accionista mayoritario en “4-72”, lo cual implicaría que los particulares adquirieran la mitad o más de las acciones de dicha compañía.

Por lo tanto, si como producto de las gestiones que se realicen, los particulares llegaren a adquirir una participación en el capital de “4-72” **inferior** al 50%, no se daría la condición mencionada en la cláusula, razón por la cual no se generarían los efectos jurídicos allí previstos. De otra parte, como en tal hipótesis Servicios Postales Nacionales S.A. se convertiría en una sociedad de economía mixta con participación estatal **superior** al 50% de su capital y, por lo tanto, continuaría siendo una “entidad estatal”, el contrato de concesión seguiría siendo “interadministrativo” y, en consecuencia, no sería obligatorio exigir garantías ni podrían estipularse cláusulas exorbitantes.

En segundo lugar, la Sala entiende que lo dispuesto por el párrafo de la cláusula citada es que los cambios a efectuar en el contrato, incluyendo aquellos en la contraprestación del concesionario y en las demás condiciones económicas, deben ser establecidos en las condiciones de venta de las acciones de “4-72”, que, vale la pena aclarar, no las establece “*el Concesionario*”, como dice erróneamente la cláusula, sino **los propietarios de las acciones**, es decir, los socios interesados en enajenarlas, entre ellos Fiduagraria S.A., como vocera del fideicomiso “PAR Adpostal”. Lo anterior claramente busca que el futuro adquirente de todo o parte del capital de Servicios Postales Nacionales S.A. conozca de antemano las condiciones en las cuales se modificaría el contrato de concesión N° 000010, si llegare a adquirir, solo o junto con otros inversionistas, la mayoría de las acciones de dicha sociedad, teniendo en cuenta que los derechos incorporados en dicho contrato representan el principal activo de “4-72”, según lo informado en la consulta.

Este propósito no solo resulta plausible desde el punto de vista práctico, ya que se dirige a evitar que una vez producida la adquisición de las acciones por parte de uno o varios inversionistas privados, se generen discusiones y litigios entre la sociedad concesionaria y la Nación en relación con las condiciones del contrato, sino que también constituye un mecanismo para hacer efectivos los principios de publicidad, igualdad y libre concurrencia, entre otros, que son anejos a la contratación pública y a la democratización de la propiedad accionaria del Estado.

En efecto, dicho instrumento permitiría que todas las personas interesadas en adquirir acciones de “4-72” conocieran claramente las condiciones jurídicas y económicas que regirían el contrato en el evento de que ocurra la condición suspensiva incorporada en la cláusula decimoséptima, lo cual les permitiría competir en condiciones de igualdad en la presentación de sus ofertas económicas para la adquisición de las acciones de dicha sociedad. De esta manera, el principio de libre concurrencia que se hubiera tenido que aplicar si el Gobierno Nacional hubiese decidido no prorrogar la actual concesión y celebrar un nuevo contrato para la prestación del servicio de correo, se aplicaría en este caso al procedimiento de venta de las acciones, de acuerdo con lo dispuesto tanto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como en la Ley 226 de 1995 y en el

régimen de liquidación de las entidades públicas (Decreto Ley 254 de 2000 y Ley 1105 de 2006).

Para esto sería necesario definir y establecer con absoluta claridad en los documentos que contengan las condiciones de venta de las acciones (incluyendo el “programa de enajenación” que determine el Gobierno, si fuere el caso), tanto el hecho o los hechos que darían lugar a la modificación del contrato, como los ajustes específicos que se harían al mismo, sin que sean suficientes para tal efecto formulaciones genéricas o abstractas. Así, para citar un ejemplo hipotético, podría decirse que si como producto de la enajenación, los particulares llegaren a adquirir una cantidad igual o superior a la mitad de las acciones, el precio de la concesión se elevaría en tal porcentaje o en tantos pesos, los riesgos se distribuirían de cierta forma y/o el concesionario asumiría tales obligaciones específicas, entre otros puntos.

Lo anterior también permitiría reducir a su mínima expresión el margen de negociación y, por ende, las eventuales discrepancias en la modificación del contrato, en el evento de que el hecho descrito como condición suspensiva llegare a ocurrir.

Con fundamento en las precedentes consideraciones

LA SALA RESPONDE:

“1. ¿En cada uno de los escenarios indicados en la sección II del presente documento continuaría con plenos efectos jurídicos el Contrato de Concesión N° 000010 del 9 de julio de 2004 y prorrogado el 8 de julio 2014, el cual fue celebrado como un Convenio Interadministrativo y en virtud del cual 4-72 detenta la calidad de Operador Postal Oficial y de concesionario?”

“2. La continuidad del Contrato de Concesión N° 000010 en los escenarios descritos estaría determinada por el porcentaje de participación accionaria pública y privada resultante en 4-72 de las alternativas descritas en la Sección II de este documento?”

La validez, la eficacia y, por lo tanto, la continuidad del contrato de concesión N° 000010 del 9 de julio de 2004, suscrito entre la Nación – Ministerio de Comunicaciones - y Adpostal, y prorrogado por segunda ocasión el 8 de julio de 2014 con Servicios Postales Nacionales S.A. (“4-72”), no se ven afectadas por la eventual enajenación de las acciones que el Estado posee en dicha sociedad, en ninguno de los dos escenarios descritos en la consulta e independientemente del porcentaje de participación accionaria que se transfiera efectivamente a particulares. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la salvedad que la Sala ha expresado en este concepto sobre el plazo de la citada prórroga.

No obstante, si la participación que llegaren a adquirir personas naturales o jurídicas privadas fuere igual o superior a la mitad de las acciones, habría lugar a modificar

las condiciones jurídicas y económicas del contrato, conforme a lo dispuesto en la ley y lo estipulado en la cláusula decimoséptima del otrosí que instrumenta la prórroga actual. Tales modificaciones deberían señalarse específicamente en los documentos que contengan las condiciones de venta de la participación accionaria estatal.

Remítase al Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Álvaro Namén Vargas, Presidente de la Sala. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala

4. Funciones de control y vigilancia. Reserva de ley.

Radicado 2223

Fecha: 16/04/2015

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 7 de mayo de 2015

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural consulta a esta Sala sobre la posibilidad de desarrollar por acto general las funciones de control y vigilancia que se mencionan en el artículo 8-15 del Decreto 1985 de 2013, por el cual se establece la estructura de dicho organismo.

I. Antecedentes

En relación con el objeto de la consulta el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural trae a colación los siguientes antecedentes:

1. El numeral 15 del artículo 8º del Decreto 1985 de 2013, por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y se determinan las funciones de sus dependencias, establece que a la Oficina Asesora Jurídica de dicho ministerio le corresponde *“ejercer control y vigilancia sobre las organizaciones gremiales agropecuarias y asociaciones campesinas nacionales, para lo cual el Ministerio expedirá la reglamentación respectiva para el adecuado ejercicio de control y vigilancia.”*
2. En la medida en que aparte de lo que dispone el mencionado decreto no existe ninguna norma con rango legal que le asigne al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural la función de control y vigilancia sobre las *organizaciones gremiales agropecuarias y asociaciones campesinas nacionales*, surge la duda de hasta dónde es posible que dicha función se desarrolle mediante actos generales expedidos por ese Ministerio; se pone en evidencia que según la jurisprudencia constitucional la potestad reglamentaria exige un contenido o materia legal que pueda ser desarrollada y en este caso no existe más que la alusión hecha en el referido Decreto 1985 de 2013.
3. En otro aspecto distinto, el organismo consultante indica que el artículo 5º de la Ley 89 de 1993, por la cual se crean la Cuota de Fomento Ganadero y Lechero y el Fondo Nacional del Ganado, se refiere a la conformación de la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ganado, entre cuyos miembros se encuentra un representante de los pequeños ganaderos, quien debe ser nombrado por el Ministerio de Agricultura de ternas enviadas por las Asociaciones Agrarias Campesinas (numeral 9º). Sobre este aspecto se pregunta cuáles serían los límites para reglamentar la materia.

Con base en lo anterior se hacen las siguientes **PREGUNTAS**:

¿Cuál es el sentido y alcance de la potestad reglamentaria del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural prevista en el numeral 15 del artículo 8 del decreto 1985 de 2013, con respecto al control y vigilancia sobre las organizaciones gremiales y asociaciones campesinas nacionales?

¿Puede el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural expedir la reglamentación para el ejercicio del control y vigilancia sobre las organizaciones gremiales y asociaciones campesinas nacionales, si no existe ley que designe dicha función?

¿Cuál es el límite del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para regular lo previsto en el numeral 9 del artículo 5º de la Ley 89 de 1993, con respecto al nombramiento del representante de los pequeños ganaderos en la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ganado?

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

1. Planteamiento del problema

Según los antecedentes presentados por el organismo consultante, el problema principal de la consulta (preguntas 1 y 2) gira entorno a la posibilidad de que una autoridad administrativa desarrolle funciones de inspección, control y vigilancia sin una norma de rango legal que las asigne. Se pregunta entonces si para el ejercicio de tales funciones sería suficiente la mención que de ellas se hace en el decreto que determina la estructura de la entidad (que no tiene rango legal), el cual se desarrollaría a su vez mediante otros actos generales de naturaleza eminentemente administrativa.

Para responder lo anterior la Sala revisará entonces (i) la definición y alcance de las funciones de inspección, control y vigilancia; y (ii) la exigencia constitucional de que tales funciones sean asignadas por la ley. Con base en lo anterior se dará solución al asunto planteado. Finalmente la Sala responderá la tercera pregunta de la consulta que se refiere a los límites de la potestad reglamentaria en relación con la representación de los pequeños ganaderos en la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ganado, según lo previsto en el numeral 9º del artículo 5º de la Ley 89 de 1993.

2. Las funciones de inspección, control y vigilancia. Definición y alcance

Aunque la ley no define “inspección, control y vigilancia”, el contenido y alcance de estas funciones puede extraerse de diversas disposiciones especiales que regulan su ejercicio en autoridades típicamente supervisoras, como las Leyes 222 de 1995 (Superintendencia de Sociedades), 1122 de 2007 (Superintendencia Nacional de Salud) y 1493 de 2011 (Dirección Nacional de Derechos de Autor), entre otras.

Con base en tales disposiciones puede señalarse que *la función administrativa de inspección* comporta la facultad de solicitar información de las personas objeto de supervisión, así como de practicar visitas a sus instalaciones y realizar auditorías y seguimiento de su actividad⁴³³; *la vigilancia*, por su parte, está referida a funciones de advertencia, prevención y orientación encaminadas a que los actos del ente vigilado se ajusten a la normatividad que lo rige⁴³⁴; y, finalmente, *el control* permite ordenar correctivos sobre las actividades irregulares y las situaciones críticas de orden jurídico, contable, económico o administrativo⁴³⁵. En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional, que sobre el particular ha señalado:

“7.2. La Corte ha reconocido que no existe, ni en la Constitución ni en la ley, una definición única de lo que se entiende por actividades de inspección, vigilancia y control y que sea aplicable a todas las áreas del Derecho. En vista de lo anterior, la jurisprudencia ha acudido a diferentes fuentes normativas y ha descrito en términos generales dichas actividades de la siguiente manera:

7.2.1. La función de inspección consiste en la facultad de solicitar y/o verificar información o documentos en poder de las entidades sujetas a control;

7.2.2. La vigilancia hace alusión al seguimiento y evaluación de las actividades de la entidad vigilada;

7.2.3. El control ‘en sentido estricto’ corresponde a la posibilidad de que la autoridad ponga en marcha correctivos, lo cual puede producir la revocatoria de la decisión del controlado o la imposición de sanciones.”⁴³⁶

Por tanto, las funciones de inspección, vigilancia y control de una actividad privada son por su naturaleza formas de intervención estatal que conllevan restricciones importantes al libre ejercicio de las actividades privadas (artículos 16 y 333 C.P.), al derecho de asociación (artículo 38 C.P.) y a la reserva de la información privada (artículo 15 C.P.), entre otros derechos fundamentales. Además, como tales funciones y, particularmente, la de control, normalmente van acompañadas de una potestad

433 Por ejemplo la Ley 1122 de 2007 define la inspección de la siguiente manera: “La inspección, es el conjunto de actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo y evaluación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que sirven para solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud y sus recursos, sobre la situación jurídica, financiera, técnica-científica, administrativa y económica de las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del ámbito de su competencia. Son funciones de inspección entre otras las visitas, la revisión de documentos, el seguimiento de peticiones de interés general o particular y la práctica de investigaciones administrativas.”

434 En este sentido, por ejemplo, Ley 222 de 1995: “La vigilancia consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá en forma permanente.”

435 Ver por ejemplo la Ley 1493 de 2011: “Artículo 28. Control. El control consiste en la atribución de la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, a fin de ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos, cuando así lo determine la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, mediante acto administrativo de carácter particular.”

436 Sentencia C-851 de 2013. En Sentencia C-570 de 2012 también se dijo: “A partir de los anteriores criterios, es posible concluir que, en términos generales, las funciones de inspección, vigilancia y control se caracterizan por lo siguiente: (i) la función de inspección se relaciona con la posibilidad de solicitar y/o verificar información o documentos en poder de las entidades sujetas a control, (ii) la vigilancia alude al seguimiento y evaluación de las actividades de la autoridad vigilada, y (iii) el control en estricto sentido se refiere a la posibilidad del ente que ejerce la función de ordenar correctivos, que pueden llevar hasta la revocatoria de la decisión del controlado y la imposición de sanciones.” (negrilla original). Ver igualmente Sentencia C-787 de 2007, entre otras.

sancionatoria que les asegura eficacia⁴³⁷, entran en juego también otras garantías constitucionales relacionadas con el debido proceso y el principio de legalidad sancionatoria (artículo 29 C.P.).

Todo lo anterior soporta, como pasa a revisarse, la exigencia constitucional de que sea el legislador, en atención a principios de soberanía popular, participación y deliberación democrática, quien defina los casos y condiciones en que proceden estas formas de intervención estatal.

3. Asignación y delimitación de las funciones de inspección, control y vigilancia. Exigencia de ley previa

El artículo 189 de la Constitución le asigna al Presidente de la República funciones de inspección, control y vigilancia sobre la enseñanza (numeral 21), los servicios públicos (numeral 22), las instituciones de utilidad común (numeral 26) y también respecto de las actividades financiera, bursátil, aseguradora, así como de las entidades cooperativas y las sociedades comerciales (numeral 24). Aunque no en todas estas hipótesis se indica expresamente que dichas funciones se ejercerán de conformidad con la ley, esa exigencia se desprende directamente del artículo 150-8 de la misma Constitución, según el cual le corresponde al Congreso de la República *“expedir las normas a las cuales debe sujetarse el gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que señala la Constitución”*.

De otra parte, la Constitución permite que otras actividades privadas distintas a las señaladas en el artículo 189, también sean sometidas a la supervisión y control del Estado⁴³⁸, en virtud de las competencias generales del Congreso para regular el ejercicio de las funciones públicas (artículo 150-23) e intervenir en la economía (artículos 333 y 334). En estos casos el ejercicio de funciones de inspección, control y vigilancia también derivará, necesariamente, de la ley.

De manera que el ejercicio de este tipo de funciones supervisoras, cualquiera sea su origen constitucional (referencias expresas o derivación de la potestad general de intervención del Estado en la economía), está sometido a la exigencia de una ley previa que las asigne y determine las condiciones para su ejercicio, tal como lo ha indicado en reiteradas oportunidades la jurisprudencia constitucional:

*“... Ahora bien, como se infiere de distintos mandatos constitucionales, las funciones de inspección, control y vigilancia asignadas al Presidente de la República, **deben***

437 Se ha explicado además que el control es la expresión más fuerte del poder de supervisión estatal de las actividades privadas, en la medida que permite sancionar e incidir directamente en las decisiones del ente vigilado: “Mientras que la inspección y la vigilancia se consideran mecanismos leves o intermedios de control para detectar irregularidades en la prestación de un servicio o el desarrollo de una actividad, el control supone el poder de adoptar correctivos, es decir, de incidir directamente en las decisiones del ente sujeto a control” Sentencia C-570 de 2012, reiterada en Sentencia C-851 de 2013. Igualmente sentencia C-263 de 1996, reiterada en Sentencia C-172 de 2014, en cuanto a que el “control” comprende necesariamente las funciones de inspección y vigilancia: “Referidas a las competencias asignadas a la Superintendencia, la función de control denota la idea de comprobación, fiscalización, inspección, intervención y vigilancia. Por lo tanto, dentro de ésta se comprende la función de inspección que da la idea de examen, revista o reconocimiento minucioso por quien ejerce la respectiva competencia, así como la función de vigilancia, que implica la actividad de cuidado, observación, atención, celo y diligencia que se debe desplegar en relación con las acciones que se desarrollan por las entidades encargadas de la prestación de servicios públicos domiciliarios”.

438 Sentencia C-851 de 2013.

ser desarrolladas con la anuencia y participación del órgano legislativo a quien le corresponde definir el fundamento jurídico de su ejercicio. En efecto, según lo preceptuado en el numeral 8° del artículo 150 Superior, al Congreso le compete “Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señale la Constitución.” En el caso específico de los servicios públicos, también el numeral 23 de la norma antes citada, le asigna al legislador la función de “Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”, al tiempo que el inciso segundo del artículo 365 ibídem señala que éstos “estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley. (...) Bajo estas condiciones, ha de considerarse que el Congreso es el organismo encargado de fijar las directrices que gobiernan las funciones de inspección, vigilancia y control de los servicios públicos, y que el Presidente es la autoridad llamada a desarrollarlas y ejecutarlas”.⁴³⁹ (Se resalta)

Consecuencia de lo anterior, el Gobierno Nacional no puede auto-atribuirse funciones de inspección, control y vigilancia, pues, se repite, en cualquier caso es necesario que el legislador las haya asignado previamente y establecido los parámetros y límites para su ejercicio:

*“Como ya lo anotó la Sala en apartado anterior, cuando la Constitución afirma que la inspección y vigilancia corresponde al Estado, ello debe interpretarse en el sentido que los criterios y parámetros a partir de los cuales esta función de control debe desarrollarse corresponde fijarlos al Legislador, máxime cuando se trata de materias sometidas a reserva de ley como en el caso de los servicios públicos, y bajo el entendido que la función de inspección y vigilancia se encuentra dirigida a velar por el estricto cumplimiento de los criterios y parámetros prefijados por el Legislador. (...) En este sentido, el Gobierno Nacional puede inspeccionar y vigilar, pero el Gobierno no puede dictar las normas, criterios o parámetros generales a partir de los cuales se debe llevar a cabo la inspección y vigilancia, máxime cuando, como se ha insistido, se trata de materias sujetas a la reserva de ley.”*⁴⁴⁰

Por tanto, es dable concluir que no resultaría constitucionalmente admisible asignar y desarrollar funciones de control y vigilancia de actividades privadas por vía de reglamento y, menos aún, a través de resoluciones o actos administrativos generales de inferior jerarquía⁴⁴¹.

⁴³⁹ Sentencia C-199 de 2001, reiterada en Sentencia C-782 de 2007. Ver también sentencias C-1093 de 2003 y C-489 de 1995.

⁴⁴⁰ Sentencia C-782 de 2007: “Por consiguiente, concluye la Sala, en primer término, que la facultad de inspección y vigilancia tiene un origen constitucional y un fundamento legal, ya que su ejercicio sólo procede de conformidad con lo dispuesto por la Constitución y a partir de los parámetros y criterios generales determinados previamente por el Legislador. En segundo lugar, que cuando el Presidente de la República o el Gobierno ejercen funciones de inspección y vigilancia, en armonía con lo dispuesto por el artículo 189 Superior, lo deben hacer siempre con fundamento en la regulación legal previamente existente (...).” Reiterada en Sentencia C-570 de 2012.

⁴⁴¹ Sentencia C-782 de 2007. Ver también sentencia C-692 de 2007: el ejercicio de las funciones de inspección, control y vigilancia es compartido entre el Congreso de la República (dicta las reglas para su ejercicio) y el Gobierno (quien las ejecuta). En el mismo sentido Sentencia C-805 de 2006: “Cabe destacar de la misma manera, que la propia Constitución en el Artículo 150 numeral 8, atribuye al legislador la expedición de “las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la constitución”, previsión ésta que puede llevar a la afirmación de que la inspección, la vigilancia y el control constitucionalmente atribuidos al Presidente de la República son funciones compartidas entre el Congreso de la República y el Presidente de la República. No obstante, al reparar con mayor precisión en el alcance de esa disposición constitucional, es claro que al legislador lo que corresponde es el señalamiento o adopción de las formulaciones para determinar características, medios y efectos de tales actividades más no el ejercicio mismo de ellas, el cual es asignado, con exclusividad, al Presidente de la República”.

La anterior afirmación se ve especialmente reforzada en lo que se refiera a la inclusión de potestades sancionatorias como parte o complemento de esas funciones de inspección, control y vigilancia, pues en esa materia (la sancionatoria), la exigencia de un contenido mínimo legal es aún mayor por razones adicionales de legalidad (ley previa y cierta) y debido proceso (artículo 29 C.P.). Al respecto, se ha indicado:

“17.- Uno de los principales límites al ejercicio de la potestad punitiva por el Estado es el principio de legalidad, en virtud del cual ‘las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa (tipicidad) sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa’. Este principio implica también que la sanción debe estar predeterminada, ya que debe haber certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta, pues las normas que consagran las faltas deben estatuir ‘también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquéllas’. Así, las sanciones administrativas deben entonces estar fundamentadas en la ley, por lo cual, no puede transferirse al Gobierno o a otra autoridad administrativa una facultad abierta en esta materia.”⁴⁴²

4. Análisis del caso planteado: imposibilidad de ejercer funciones de control y vigilancia sin una ley que previamente asigne esa competencia (preguntas 1 y 2)

Señala el organismo consultante que no existe una ley que le asigne al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural funciones de control y vigilancia de las organizaciones gremiales agropecuarias y las asociaciones campesinas nacionales. Dicha atribución solamente aparece mencionada de manera tangencial cuando el artículo 8° del Decreto 1985 de 2013 se refiere de la siguiente manera a las tareas de la Oficina Asesora Jurídica de ese ministerio⁴⁴³:

Artículo 8o. Oficina Asesora Jurídica. *Son funciones de la Oficina Asesora Jurídica, las siguientes:*

“15. Ejercer control y vigilancia sobre las organizaciones gremiales agropecuarias y asociaciones campesinas nacionales, para lo cual el Ministerio expedirá la reglamentación respectiva para el adecuado ejercicio de control y vigilancia (...).”

Según lo anotado inicialmente en este concepto, esta disposición tendría entonces dos problemas constitucionales: (i) la ausencia de un fundamento legal para el ejercicio de las funciones de control y vigilancia allí mencionadas; y (ii) el hecho de que se difiera a un acto general del Ministerio de Agricultura (ni siquiera a un reglamento como tal) la función de desarrollar el contenido y alcance de esa potestad supervisora

⁴⁴² Sentencia C-530 de 2003.

⁴⁴³ Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Agricultura y se determinan las funciones de sus dependencias. Decreto expedido con base en el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución y del artículo 54 de la Ley 489 de 1998.

En esa medida, frente a las preguntas 1 y 2 de la consulta, la Sala considera que la simple mención que se hace en el Decreto 1985 de 2013 no es suficiente para que el Ministerio ejerza funciones de control y vigilancia de las organizaciones allí indicadas y menos aún para que desarrolle tales atribuciones a través de reglamentos o de simples actos administrativos generales carentes de cobertura legal. Lo anterior es aún más evidente en relación con la eventual consideración de que por vía infralegal se establezcan sanciones o procedimientos sancionatorios, pues frente a esa opción operarían en contra, adicionalmente, los límites constitucionales previstos en el artículo 29 superior (supra, numeral 3).

Por tanto, la Sala considera que el numeral 15 del artículo 8 del Decreto 1985 de 2013 es inconstitucional, pues se trata de una disposición de carácter administrativo que asigna funciones de inspección, control y vigilancia que solamente puede atribuir el legislador (artículos 150-8, 333 y 334). En consecuencia, frente a dicho numeral debe operar la excepción de inconstitucionalidad derivada del artículo 4 Superior:

“2.1 La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4° de la Constitución, que establece que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...” Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto, ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.”⁴⁴⁴

5. Cuestión final: límites para reglamentar el numeral 9 del artículo 5° de la Ley 89 de 1993 (tercera pregunta)

5.1 Consideraciones generales sobre los límites de la potestad reglamentaria

Para resolver el interrogante que de forma general plantea el organismo consultante en su tercera pregunta -límites que tendría el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para desarrollar el numeral 9° del artículo 5 de la Ley 89 de 1993⁴⁴⁵-, la Sala se referirá, de manera igualmente general, al alcance y límites de la potestad reglamentaria.

En primer lugar debe recordarse que la finalidad de la potestad reglamentaria es la expedición de normas de carácter general orientadas a asegurar la cumplida ejecución de las leyes (artículo 189-11- C.P.)⁴⁴⁶. De este modo, la potestad

⁴⁴⁴ Sentencia C-122 de 2011. Ver también Sentencia C-803 de 2006: “En lo atinente a la finalidad, la excepción de inconstitucionalidad busca preservar la supremacía constitucional con el coste de desvirtuar, para el caso concreto, la presunción de constitucionalidad de la que gozan las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico”.

⁴⁴⁵ “Artículo 5°. Junta Directiva. La Junta Directiva estará conformada así: (...) 9°. Un representante de los pequeños ganaderos, nombrado por el Ministro de Agricultura, de ternas presentadas por las Asociaciones Agrarias Campesinas.”

⁴⁴⁶ Sala de Consulta, Concepto 2143 del 18 de junio de 2014.

reglamentaria está presidida por un principio de necesidad que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha explicado así:

“Pues bien, la Sala reitera que la facultad reglamentaria, que la Constitución le reconoce al poder ejecutivo, es una facultad gobernada por el principio de necesidad, que se materializa justamente en la necesidad que en un momento dado existe de detallar el cumplimiento de una ley que se limitó a definir de forma general y abstracta determinada situación jurídica. Entre más general y amplia haya sido la regulación por parte de la ley, más necesidad hay de la reglamentación en cuanto que este mecanismo facilitará la aplicación de la ley al caso concreto. A contrario sensu, cuando la ley ha detallado todos los elementos necesarios para aplicar esa situación al caso particular no hay necesidad de reglamentos.”⁴⁴⁷

Asimismo debe tenerse presente que la potestad de reglamentación de la ley corresponde al Presidente de la República (artículo 189-11) y que solo de manera residual otras instancias administrativas de la Rama Ejecutiva pueden expedir actos generales orientados a desarrollar las leyes y los propios reglamentos⁴⁴⁸. Por tanto, como se ha señalado, la expedición por parte de los Ministerios de actos administrativos generales orientados a facilitar la ejecución de la ley es *subordinada* y solo tiene justificación cuando la materia requiere todavía un mayor nivel de especificidad no alcanzado por la ley o por el reglamento que la ha desarrollado en un primer momento:

“Es la prioridad, pues, de la función administrativa, resolver en el terreno práctico los cometidos fijados por las reglas del legislador, pues dada la generalidad de estas últimas es poco probable que su implementación pueda lograrse por sí misma.

*No obstante, en el terreno de la aplicación de la Ley, el aparato estatal también enfrenta la progresiva necesidad de afinar las disposiciones jurídicas con el fin de extender la voluntad del legislador a todos los campos a los que va dirigida. Es así como nuestro sistema jurídico ha dispuesto que la cabeza del Ejecutivo – el Presidente de la República- tiene entre sus funciones la de reglamentar la Ley (Art. 189-11), es decir, la de determinar la forma en que aquella debe ejecutarse o cumplirse, mientras que los organismos y autoridades que en la jerarquía administrativa lo suceden asumen cierta potestad regulativa, **de carácter residual, accesorio o auxiliar**, que los habilita para insertar la voluntad del legislador en las últimas posibilidades de aplicación de la norma general.*

*Así, mientras el Presidente expide las pautas para el cumplimiento de la voluntad legislativa, los organismos subordinados emiten la reglamentación necesaria para pormenorizar el proceso de implantación de esa voluntad. Es esta una función de afinamiento que procede desde los trazos más amplios fijados por el legislador hasta los detalles prácticos más concretos, establecidos por el ejecutor de la medida.”*⁴⁴⁹

447 Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 13 de junio de 2011, expediente 2009-00008. Ver también Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 29 de octubre de 2012, expediente 2010-00046.

448 Corte Constitucional, Sentencia C-1005 de 2008.

449 Sentencia C-917 de 2002, reiterada en sentencia C-300 de 2011.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, que ha recordado además que la potestad normativa de los Ministerios, por ser residual, no puede invadir los espacios propios del reglamento:

*“Tal y como lo sostuvo la Corte Constitucional en referencia al tema en cuestión, reitera esta Sala, que **la competencia de un ministro o jefe de departamento, es residual y sus atribuciones de regulación ostentan un carácter subordinado a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, así como atañen únicamente al ámbito de su respectiva especialidad, y en ningún caso, pueden desplazar la competencia reglamentaria del Jefe de Gobierno.**”*⁴⁵⁰ (Se resalta)

Ahora bien, como quiera que nuestro sistema jurídico está basado en un principio de jerarquía normativa⁴⁵¹, tanto el reglamento presidencial como los demás actos generales de otras autoridades inferiores, deben respetar el contenido y fines de la norma superior. De este modo, unos y otros están circunscritos a garantizar su cumplida ejecución, que, como se dijo, es el fin y justificación de la potestad reglamentaria y de expedición de actos generales en todos sus niveles:

*“17.4 No debe perderse de vista que, como ha dicho la Sala, la potestad reglamentaria que atañe al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa está concebida por el ordenamiento constitucional vigente bajo una concepción eminentemente finalística: “para la cumplida ejecución de las leyes” (art. 189.11 CN). Se trata evidentemente de una típica función administrativa que faculta al gobierno para la formulación de los actos indispensables y las medidas necesarias para la efectividad práctica del precepto legal, vale decir, concretar por la vía del acto administrativo el enunciado abstracto de la ley en orden a tornarlo efectivo en el terreno práctico, por lo que dichos actos administrativos deben contraerse a asegurar el cumplimiento de la ley y no pueden extenderse a más de su objeto (su cumplida ejecución), y por lo mismo deben respetar la letra y el espíritu de la ley. De lo contrario la atribución reglamentaria se extralimitaría, pues pasaría de ser desarrollo de la decisión legislativa conducente a su debida ejecución, a pretender modificar la disposición del legislador que se reglamenta y de esta suerte se invadirían los predios exclusivos del representante popular, al decretar normas que únicamente a este último competen.”*⁴⁵²

En consecuencia, en ejercicio de la potestad reglamentaria y de expedición de actos administrativos generales no se puede sobrepasar la ley (debe preservarse su naturaleza y elementos), así como tampoco es posible dictar una regulación que en lugar de facilitar su aplicación (de la ley), la restrinja o impida la realización de sus fines:

“Es evidente que el control judicial que recae sobre el reglamento debe cuidar que la función reglamentaria no sobrepase ni invada la competencia del legislativo, en el sentido de que el reglamento no puede ni desfigurar la situación regulada por

450 Sección Segunda, Sentencia del 12 de julio de 2012, expediente 2008-0063.

451 Sentencia C-037 de 2000.

452 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de octubre de 2012, expediente 2010-00046.

la ley ni hacerla nugatoria ni extenderla a situaciones de hecho que el legislador no contempló. Si el reglamento preserva la naturaleza y los elementos fundamentales de la situación jurídica creada por la ley, bien puede este instrumento propio del ejecutivo detallar la aplicación de la ley al caso mediante la estipulación de todo lo concerniente al modo como los sujetos destinatarios de la ley la deben cumplir”⁴⁵³.

En síntesis, todo lo anterior determina que el reglamento y los demás actos generales que desarrollan la ley, no pueden, so pena de invalidez, exceder ni restringir su contenido:

“De la anterior relación se extraen algunas características: primera, la subordinación a la norma superior; segunda, su expedición es eventual, porque depende de que la materia la trate primero la norma superior; tercero, la vigencia se supedita a la existencia de la norma superior, lo que supone que ésta se desarrolla mientras rija, pero si pierde vigencia su reglamento también desaparece; finalmente, la subordinación a la norma superior origina un control de legalidad más riguroso, al tener restricciones derivadas de la jerarquía, ya que, por un lado, el reglamento no puede restringir el alcance o contenido de la norma superior, y por otro no puede ampliar los contenidos de la norma superior, pues lo suyo es desarrollarla no crear aspectos que solo ésta puede introducir.”⁴⁵⁴

5.2 El asunto consultado

En la parte final de la consulta y sin ningún antecedente en particular, se pregunta a la Sala cuáles serían los límites para desarrollar el numeral 9 del artículo 5° de la Ley 89 de 1993, que se refiere al nombramiento del representante de los pequeños ganaderos en la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ganado. El referido numeral dispone:

“Artículo 5°. Junta Directiva. La Junta Directiva estará conformada así: (...)

9°. Un representante de los pequeños ganaderos, nombrado por el Ministro de Agricultura, de ternas presentadas por las Asociaciones Agrarias Campesinas.”

Según se observa, los elementos de esta disposición legal son los siguientes: (a) en la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ganado debe haber un representante de los pequeños ganaderos; (b) la designación de ese representante le corresponde a Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural; y (c) la escogencia se hace de las ternas que envíen las asociaciones agrarias campesinas para tales efectos. De acuerdo con lo revisado inicialmente sobre el alcance y límites de la potestad reglamentaria, se tendría entonces que:

⁴⁵³ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 13 de junio de 2011, expediente 2009-00008.

⁴⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de octubre de 2014, expediente 2008-00087. Ver igualmente Concepto 2143 de 2014 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

- i. La reglamentación que se expida debe estar dirigida a facilitar el cumplimiento de la ley, en este caso, la participación efectiva de los pequeños ganaderos en el Fondo Nacional del Ganado (ej.: forma de enviar las ternas, plazos, etc.);
- ii. El desarrollo de la norma legal corresponderá primero al Presidente de la República y, de manera residual (en lo que el reglamento no prevea), al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural;
- iii. Como el contenido de la ley determina el alcance de las normas de inferior jerarquía que la desarrollan, en el caso concreto analizado la reglamentación a expedir deberá tener en cuenta y no podrá modificar los elementos normativos de la disposición analizada: (a) designación de un representante de los pequeños ganaderos, (b) por el Ministro de Agricultura, y (c) de ternas enviadas por las Asociaciones Agrarias Campesinas;
- iv. Las disposiciones normativas que se expidan deberán tener en cuenta los principios constitucionales de la función administrativa (artículo 209 C.P): igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.
- v. Adicionalmente, como la presencia de un representante de los pequeños ganaderos en la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ganado, es expresión de derechos constitucionales como los de pluralidad y participación ciudadana, esos mismos derechos deben ser tenidos en cuenta para el desarrollo de la ley.

En síntesis, la normatividad que se expida debe contener procedimientos de participación eficaces y transparentes, que garanticen, en condiciones de igualdad, la representación efectiva de las diversas asociaciones agrarias campesinas. Recuerda la Sala que en casos como el analizado, el derecho de participación de la población campesina es expresión de un conjunto de normas constitucionales que regulan de manera particular la vida agraria, en orden, entre otros aspectos, a mejorar la calidad de vida de las poblaciones campesinas⁴⁵⁵. Por tanto, se trata de un asunto de especial relevancia constitucional que deberá ser desarrollado dentro del sistema de valores y principios que en esta materia contiene la Carta Política de 1991.

Con base en lo anterior,

LA SALA RESPONDE:

1. *¿Cuál es el sentido y alcance de la potestad reglamentaria del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural prevista en el numeral 15 del artículo 8 del decreto 1985 de 2013, con respecto al control y vigilancia sobre las organizaciones gremiales y asociaciones campesinas nacionales?*

455 Así, el artículo 64 promueve el acceso progresivo de los trabajadores agrarios a la propiedad y a los servicios de educación, vivienda, salud, seguridad social, crédito y asistencia técnica; el 65 señala que el Estado protegerá la producción de alimentos; y el 66 establece el deber de ofrecer sistemas especiales de crédito agrario basados en los riesgos de la actividad, los ciclos de la naturaleza y las calamidades ambientales. (ver Concepto 2233 de 2014)

2. *¿Puede el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural expedir la reglamentación para el ejercicio del control y vigilancia sobre las organizaciones gremiales y asociaciones campesinas nacionales, si no existe ley que designe dicha función?*

Respecto del control y vigilancia sobre las organizaciones gremiales y asociaciones campesinas nacionales por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el numeral 15 del artículo 8 del Decreto 1985 de 2013 es contrario a la Constitución Política y, por ende, debe inaplicarse en virtud de la excepción de inconstitucionalidad contenida en el artículo 4 de Superior.

3. *¿Cuál es el límite del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para regular lo previsto en el numeral 9 del artículo 5° de la Ley 89 de 1993, con respecto al nombramiento del representante de los pequeños ganaderos en la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ganado?*

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural debe respetar el contenido de del numeral 9° del artículo 5° de la Ley 89 de 1993 y garantizar una participación efectiva, transparente y en condiciones de igualdad de las organizaciones campesinas. Además deberá tener en cuenta la reglamentación previa del Gobierno Nacional y orientarse por los principios constitucionales que rigen la función administrativa.

Remítase al señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Álvaro Namén Vargas, Presidente de la Sala. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

5. Designación del Ministro Delegatario.

Radicado 2067

Fecha: 21/09/2011

Consejero Ponente: *Luis Fernando Álvarez Jaramillo*

Levantamiento de la reserva mediante auto del 23 de septiembre de 2015

El señor Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República formula a la Sala una consulta acerca de la *“verificación sobre el cumplimiento del requisito de previsto en el artículo 196 de la Constitución Política, para proceder a la designación del Ministro Delegatario cuando ocurra un traslado del señor Presidente de la República a territorio extranjero en ejercicio del cargo.”*

I. Antecedentes

1. Indica el señor Director que, de acuerdo con el artículo 196 de la Constitución, el Ministro Delegatario debe pertenecer al mismo partido o movimiento político del Presidente, requisito que, según lo expresado por la Sección Quinta del Consejo de Estado, es un requisito que se verifica cuando queda establecido que los dos servidores públicos *“militan efectivamente en un mismo partido o movimiento político.”*

2. Agrega que, de acuerdo con lo expuesto, *“cabe interrogarse cuál sería la forma de satisfacer el mencionado requisito constitucional, en consideración a que el gabinete ministerial podría estar integrado: i) exclusivamente por ministros que no militan en partido o movimiento político alguno o, ii) uno o algunos ministros que pertenecen al partido por el cual se inscribió el Presidente de la República, pero cuya militancia se verifica con posterioridad a la inscripción de la candidatura o, iii) exclusivamente con ministros que militan en partido distinto al que amparó la inscripción de la candidatura del Presidente.”*

3. Observa que el mismo interrogante surge en el supuesto de que el Presidente de la República resulte electo sin que su inscripción se pueda relacionar con un partido o movimiento político sino amparado en otra figura autorizada por la ley.

La consulta en referencia plantea las siguientes **PREGUNTAS**:

“1. En los casos en que el Presidente de la República en ejercicio del cargo se traslade a territorio extranjero: ¿En quién puede recaer la designación de Ministro Delegatario cuando dentro del gabinete ministerial no haya titulares de cartera que pertenezcan al partido por el cual se inscribió la candidatura del Presidente de la República?”

2. En los casos en que el Presidente de la República en ejercicio del cargo se traslade a territorio extranjero: ¿Puede hacerse la designación de Ministro

Delegatario en algún titular de cartera que pertenece al partido por el cual se inscribió la candidatura del Presidente de la República y cuya militancia es posterior a dicha inscripción?

3. Cuando de ello dependa el cumplimiento de la regla constitucional prevista en el artículo 196 de la Constitución Política, en los términos expresados por la Sección Quinta del Consejo de Estado:

- a. En el caso de los ministros ¿El derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (C.P. art. 40-7) y la correlativa facultad del Presidente de la República para designarlos (C.P. art. 189-1) se puede condicionar a que acrediten la pertenencia al partido político por el cual se inscribió la candidatura del Primer Mandatario?
- b. ¿Está el Presidente de la República obligado a conformar su gabinete con por lo menos un ministro que pertenezca al partido político por el cual realizó su inscripción?

4. ¿En quién puede hacerse la Designación del Ministro Delegatario cuando es el Presidente de la República quien ha resultado electo por cuenta de una organización política diferente a un partido o movimiento político con personería jurídica? ¿Cómo se hace la confrontación sobre la identidad política con el Ministro Delegatario en estos casos?"

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

1. Problema jurídico

La consulta busca precisión en relación con las reglas que deben aplicarse para la designación del Ministro Delegatario dada una diversidad de hipótesis. Para el efecto la Sala revisará los antecedentes del artículo 196 de la Carta de 1991, referidos a la institución del Ministro Delegatario; luego analizará las condiciones requeridas para ser ministro delegatario; posteriormente estudiará la Ley Estatutaria 1475 de 2011 y, finalmente, dará respuesta a las preguntas objeto de la consulta.

2. Antecedentes del artículo 196 de la Constitución de 1991 referidos a la institución del Ministro Delegatario

El artículo 196 de la Constitución Política de 1991 corresponde al artículo 128 de la Constitución de 1986, que había sido modificado a su vez por el artículo 5° del Acto Legislativo No. 1 de 1977. Decía la norma:

“ARTÍCULO 5o. *El Artículo 128 de la Constitución Nacional quedará así:*

El Presidente de la República o quien haga sus veces no podrá trasladarse a territorio extranjero durante el ejercicio de su cargo, sin aviso previo al Senado o, en receso de éste, a la Corte Suprema de Justicia. La infracción a esta disposición

implica abandono del puesto. El Presidente de la República o quien haya ocupado la Presidencia a título de encargado, no podrá salir del país dentro del año siguiente a la fecha en que cesó en el ejercicio de sus funciones, sin permiso previo del Senado.

Quando el Presidente de la República se traslade a territorio extranjero en ejercicio del cargo, el Ministro a quien corresponda, según el orden de precedencia legal, ejercerá, bajo su propia responsabilidad, las funciones constitucionales que el Presidente le delegue. El Ministro delegatario pertenecerá al mismo partido político del Presidente.”

El artículo 196 de la Constitución Política de 1991 actualmente señala:

“ARTICULO 196. *El Presidente de la República, o quien haga sus veces, no podrá trasladarse a territorio extranjero durante el ejercicio de su cargo, sin previo aviso al Senado o, en receso de éste, a la Corte Suprema de Justicia. La infracción de esta disposición implica abandono del cargo. El Presidente de la República, o quien haya ocupado la Presidencia a título de encargado, no podrá salir del país dentro del año siguiente a la fecha en que cesó en el ejercicio de sus funciones, sin permiso previo del Senado.*

*Quando el Presidente de la República se traslade a territorio extranjero en ejercicio de su cargo, el Ministro a quien corresponda, según el orden de precedencia legal, ejercerá bajo su propia responsabilidad las funciones constitucionales que el Presidente le delegue, **tanto aquellas que le son propias como las que ejerce en su calidad de Jefe del Gobierno.** El Ministro Delegatario pertenecerá al mismo partido **o movimiento político** del Presidente.” (Subrayas de la Sala)*

Las normas transcritas son muy similares. La diferencia entre ellas radica en que la última incluye la frase *“tanto aquellas que le son propias como las que ejerce en su calidad de Jefe del Gobierno”*, para referirse a las funciones que se delegan, y la referencia a *“o movimiento político”*, expresión propia del marco constitucional de 1991.

Dada la similitud entre las normas transcritas, resulta pertinente considerar los antecedentes del acto legislativo No. 1 de 1977, mediante el cual se reglamentó *“lo relativo a las faltas temporales o absolutas del Presidente de la República, la institución de la Designatura y las demás provisiones para el reemplazo del Jefe del Estado, así como las salidas del Presidente al exterior en ejercicio de su cargo,”* dado que son la fuente del artículo 196 de la Carta. En la ponencia para primer debate presentada al Congreso de la República el 3 de diciembre de 1975, se sostuvo que para evitar conflictos políticos el Designado debería tener la misma filiación partidista del Presidente. Esta posición se aplicó en idénticos términos para el ministro delegatario. Se dijo textualmente:

Artículo 124. // Con muy buen criterio el Senado acogió una reglamentación completa de la institución de la Designatura, que por su sencillez y claridad estimo, debe ser igualmente aprobada por la Cámara de Representantes. Se conservó la elección

del Designado por el Congreso y para periodos de dos (2) años que comenzarán a contarse en la misma fecha en que se inicia el periodo del Presidente, es decir el siete (7) de agosto del año respectivo. **Se estatuye como norma permanente, con lo cual también se evitan conflictos políticos, que el Designado tendrá la misma filiación partidista del presidente de la República.** (...) Artículo 128. // Es esta, sin lugar a dudas, la modificación más importante introducida por el proyecto de Acto Legislativo en mención, ya que elimina la dualidad de Presidente a que hemos hecho referencia, en el caso de viaje del Jefe del Estado al exterior en la plenitud de sus atribuciones constitucionales y al mismo tiempo facilita dichos viajes atendiendo al tipo de diplomacia directa que se impone hoy en las relaciones interestatales. // Se aclara de una vez por todas la confusión reinante con un sistema tan sencillo como práctico, y que al mismo tiempo respeta las tradiciones propias de nuestro derecho constitucional. Es bueno advertir que en gran parte dicha confusión ha provenido de una errónea interpretación del significado del término ‘faltas temporales’ del Presidente pues contra toda evidencia, se había considerado como tales sus transitorios viajes al exterior en ejercicio de sus funciones. No hay duda de que en tales circunstancias **no hay falta del Presidente** y en esas condiciones tampoco resulta necesario, sino por el contrario ilógico, que lo reemplace el Designado. Las disposiciones del proyecto eliminan las dudas sobre el particular, al establecer que en estos casos, el Presidente, que **continúa desde el exterior en pleno ejercicio de sus atribuciones**, simplemente delega al Ministro a quien corresponda según el orden de precedencia legal, funciones constitucionales que ejercerá bajo su propia responsabilidad.”(...) 456 (Subrayas de la Sala)

En los mismos términos se presentó la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes.⁴⁵⁷

Con la Carta de 1991 se mantuvo el espíritu de la norma consagrada en el artículo 5º del acto legislativo No. 1 de 1977, en el sentido de que el Ministro Delegatario debe tener la misma filiación política del Presidente de la República, condición que se expresa mediante una fórmula más amplia que la del Acto Legislativo N° 1 de 1977, al hacerla consistir en el “mismo partido o movimiento político”.

3. Condiciones requeridas para ser Ministro Delegatario

La Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la exequibilidad de una ley aprobatoria de un tratado internacional sancionada por un ministro delegatario, expresó en la sentencia C-172 de 2006 lo siguiente:

“Nótese cómo fueron cumplidos a cabalidad los presupuestos señalados por el artículo 196 de la Constitución Política para la delegación de funciones presidenciales. En efecto, del contenido del Decreto 2317 de 2005 se colige (i) el traslado del Presidente de la República a territorio extranjero en ejercicio de su cargo; (ii) la delegación de funciones al Ministro del Interior de Interior y de Justicia,

456 Gaceta del Congreso Número 91 del 3 de diciembre de 1975. Ponencia para Primer Debate en la Cámara de Representantes. P. 1348.

457 Gaceta del Congreso Número 98 del 12 de diciembre de 1975. Ponencia para Segundo Debate en la Cámara de Representantes. P. 1452.

quien ostenta el **primer orden de precedencia legal** de los ministros del despacho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 790 de 2002; y (iii) la determinación taxativa de las funciones constitucionales delegadas, entre ellas la de sancionar las leyes. Aunque fue una materia que no hizo parte de la intervención del Fiscal General en el presente proceso de constitucionalidad, resta analizar la última condición fijada por el artículo 196 Superior, relacionada con la pertenencia del Ministro Delegatario al mismo partido o movimiento político del Presidente. Acerca de este tópico, la Corte advierte que en el asunto de la referencia no existen los elementos de juicio necesarios que indiquen que el Ministro Delegatario no pertenece al mismo partido o movimiento político del Presidente de la República.”⁴⁵⁸

Ahora bien, en el mismo sentido la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia del 11 de julio de 2011, radicación No. 2010-00118-00, se pronunció expresamente sobre el tema consultado, concluyendo que es necesario que el Ministro Delegatario sea del mismo partido al que pertenece el Presidente de la República, razón por la cual anuló “los decretos 3327 de 8 de septiembre de 2010 y 3415 de 16 de septiembre de 2010 expedidos por el señor Presidente de la República de Colombia, en los cuales se designó como Ministro Delegatario al Ministro del Interior y de Justicia, doctor Germán Vargas Lleras y se le asignaron específicas funciones durante la ausencia del señor Presidente de la República en razón de los viajes que realizaría durante los días 14 y 15 de septiembre de 2010 a la ciudad de México y 21 al 25 de septiembre de 2010 a la ciudad de Nueva York, respectivamente.”

Las razones en que se fundó la decisión en ese caso concreto parten de las definiciones de partidos y movimiento políticos contenidas en la ley 130 de 1994 y de concluir que el proceso de elección presidencial es uno solo y comprende la denominada segunda vuelta sin que en el camino se pueda cambiar el partido por el cual fue inscrito el presidente electo. Dice así la sentencia en lo pertinente:

“El hecho de que este partido político haya resuelto para la segunda vuelta electoral apoyar la candidatura del doctor Juan Manuel Santos y acordara presentar al nuevo gobierno propuestas de iniciativas constitucionales y legales en diversas materias, no significa en manera alguna que ello equivalga a que al doctor Vargas Lleras se le tenga como **perteneciente al mismo** partido o movimiento político que inscribió la candidatura del Presidente de la República.

Porque no se puede confundir el partido o movimiento político del Presidente de la República con la coalición que concurre al programa de gobierno. Esta coalición política que se conforma por distintos partidos en apoyo del programa de gobierno, por cuya virtud deciden participar en el gabinete, no representa ni significa que a sus integrantes, en razón de ello, pueda equipararseles como pertenecientes al partido o movimiento político que inscribió al Presidente.

⁴⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-172 de 2006. En el mismo sentido ver la sentencia C-276 de 2006.

*El acuerdo programático no crea un partido que equivalga al del Presidente. Entonces, en este orden de ideas, el apoyo que para la segunda vuelta electoral el partido Cambio Radical otorgó a la candidatura presidencial del doctor Juan Manuel Santos sólo tiene el alcance de representar una adhesión programática surgida de los lineamientos expresados con toda precisión, **por dicho partido**, en el comunicado de prensa del 9 de junio de 2010, a folio 99 del expediente. Carece totalmente de la virtualidad de constituirse con efecto retroactivo a la primera vuelta presidencial, en partido político que avaló la inscripción de la candidatura del doctor Juan Manuel Santos a la Presidencia de la República. (...)*

Como se ha insistido a lo largo de esta ratio decidendi, la inscripción de la candidatura presidencial del doctor Juan Manuel Santos Calderón por ese partido político rigió y tuvo vigencia para ambas etapas del proceso electoral, pues éste es uno sólo que inicia con la inscripción de los candidatos por los diferentes partidos y movimientos políticos y termina con la elección de uno de ellos, independientemente de que esto se produzca en la primera o en la segunda vuelta.

*El hecho de que ninguno de los candidatos obtenga la mitad mas uno de los votos “que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos en la fecha y con las formalidades que determine la ley” (lo que se denomina **primera vuelta**), forzando la celebración de “una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde” (que se conoce como **segunda vuelta**) y que para esas segundas elecciones algunos de los que no obtuvieron las dos más altas votaciones apoyen otro candidato, no implica, per-se, que dejen de pertenecer al partido o movimiento político que los inscribió. El partido al cual, tanto para la época de inscripción de la candidatura presidencial del doctor Juan Manuel Santos C., como para la segunda vuelta presidencial pertenecía quien en los decretos acusados fue designado Ministro Delegatario, era el partido Cambio Radical, y no así el de Unidad Nacional – Partido de la U.*

*Ahora bien, la razón de ser de la exigencia constitucional de que la designación de Ministro Delegatario recaiga en un Ministro “con pertenencia” **al mismo** partido o movimiento político del Presidente tiene el claro sentido de contribuir a fortalecer a estas agrupaciones, en el entendido de que los Ministros pertenecientes al partido que otorgó el aval al Presidente electo, son quienes mejor pueden asegurar el compromiso político presidencial de realización del programa de gobierno.*

Significa una especie de premio en voto de confianza a la certeza de lealtad a los principios filosóficos y a la ideología que identifica al partido o movimiento político del Presidente, el mismo al que pertenece el Ministro, puesto que se trata de quien, pro tempore, resulta elevado a la dignidad presidencial de la República como Jefe de Gobierno durante las estadias del titular en el exterior, respecto de las funciones que se le asignan.

De la misma manera esta exigencia constitucional garantiza que la voluntad popular de los electores pertenecientes al partido inscriptor del Presidente se mantenga incólume incluso durante los viajes de éste al exterior, asegurándose la continuidad de los postulados ideológicos y políticos del partido ganador.”

4. Diversas situaciones que pueden presentarse dentro del marco constitucional del sistema de partidos

La Sala encuentra inobjetable el razonamiento expuesto en la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, del 11 de julio de 2011, radicación No. 2010-00118-00, para el caso concreto allí estudiado, esto es, cuando el Presidente de la República y el Ministro Delegatario pertenecen a distintos y reconocidos partidos políticos, habiendo de otra parte en el gabinete ministerial miembros del mismo partido del Presidente sobre los cuales podría haber recaído la designación. Sin embargo, supuestos de hecho diferentes de los considerados en el fallo comentado, que se someten a consideración de la Sala en la consulta en referencia, podrían exigir otras soluciones constitucionales, como pasa a analizarse a continuación.

4.1. El artículo 196 de la Constitución establece dos condiciones o reglas concomitantes para la designación de Ministro Delegatario cuando el Presidente de la República se traslade a territorio extranjero en ejercicio de su cargo. La primera dice que delegará funciones suyas en *“el Ministro a quien corresponda, según el orden de precedencia legal”*, para que las ejerza bajo su propia responsabilidad. La segunda estipula que *“El Ministro Delegatario pertenecerá al mismo partido o movimiento político del Presidente.”* La aplicación íntegra de esta disposición no presenta dificultad alguna cuando el Ministro Delegatario, siendo miembro de un partido o de un movimiento político, pertenezca al mismo partido o movimiento político del Presidente.

Podría, con todo, presentarse una dificultad para la integral aplicación del artículo 196 de la Constitución en relación con el cumplimiento de la segunda regla o condición, cuando el Presidente de la República haya sido candidatizado por un grupo significativo de ciudadanos, al cual puede decirse, por tanto, que “pertenece”. En semejante circunstancia es evidente que el primer mandatario no pertenece ni a un partido ni a un movimiento político. Una interpretación puramente gramatical de la norma constitucional llevaría al absurdo de que el Presidente estaría impedido para cumplir misiones en el exterior durante todo su periodo constitucional. Y que esta parálisis de las funciones del Presidente durante cuatro años, como Jefe de Estado, no podría remediarse ni siquiera con la designación de un ministro perteneciente al mismo grupo significativo de ciudadanos, porque dicha expresión no figura en el texto del artículo 196. A lo dicho debe agregarse que, de acuerdo con el artículo 108 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo N° 1 de 2009, además de los grupos significativos de ciudadanos, los **movimientos sociales** “también podrán inscribir candidatos”, incluso a la Presidencia de la República.

Por supuesto, no cabe en esta hipótesis que el Vicepresidente asuma funciones presidenciales, porque el Vicepresidente únicamente puede hacerlo para **reemplazar** al Presidente en sus **faltas temporales o absolutas**, de acuerdo con el artículo 202 de la Constitución, y ocurre que, cuando el Presidente se desplaza al exterior en misión diplomática, lo hace “en ejercicio de su cargo” y, por tanto, su ausencia del país no genera falta ni temporal ni absoluta.

En semejante circunstancia, cuando el Presidente ha sido elegido a partir de una candidatura propuesta por un grupo significativo de ciudadanos (o por un movimiento social), la segunda regla del artículo 196, según la cual el Ministro Delegatario debe pertenecer al mismo partido o movimiento político del Presidente, se convierte en una condición imposible de cumplir. Y subsiste únicamente la primera, esto es, que se designará como Ministro Delegatario al “*Ministro a quien corresponda, según el orden de precedencia legal*”.

4.2. Ahora bien, si del gabinete ministerial no formaran parte Ministros que pertenezcan al partido por el cual se inscribió el Presidente de la República, no siendo factible por tanto la aplicación de la regla segunda del artículo 196 constitucional, la Sala considera que el Presidente deberá en todo caso dar aplicación a la primera regla y, por consiguiente, delegar en el “*Ministro a quien corresponda, según el orden de precedencia legal*”, sin consideración a su filiación política por no existir la posibilidad ni de conciliarla ni de contrastarla con la del Presidente de la República.

4.3. Una tercera hipótesis se refiere a que el Ministro Delegatario se haya hecho miembro del partido del Presidente después de la inscripción de la candidatura presidencial.

Al respecto, la Sala considera que la condición de ser miembro del mismo partido o movimiento político del Presidente debe verificarse al momento de la designación como Ministro Delegatario y no en alguna oportunidad anterior. El artículo 196 de la Constitución no impone límites temporales para certificar la pertenencia al partido del Presidente, ni exige un tiempo mínimo de militancia. Por estas razones basta que, al momento de su designación, el Ministro Delegatario acredite que es miembro del partido o movimiento político al que pertenece el Presidente.

Las razones expuestas buscan conferirle efecto útil a la norma, con apoyo en el principio según el cual entre varias interpretaciones de una disposición ha de preferirse la que admita consecuencias jurídicas, sobre aquella que no las prevea, o sobre la que prevea consecuencias superfluas o innecesarias, o pudiera tener efectos contrarios al propio orden constitucional.

De no ser así, se llegaría al absurdo de considerar que por lo menos una cartera del gabinete tiene color político –el del Presidente de turno–; que para ser ministro se debe tener filiación política determinada; que en caso de que el Presidente de la República sea elegido por un grupo significativo de personas no podría haber Ministro Delegatario y en consecuencia el Presidente no podría salir del país en ejercicio del cargo; que en la condición de ministro no es posible cambiar de filiación política.

4.4. Las coaliciones

Con posterioridad a la sentencia de la Sección Quinta arriba mencionada, se expidió la ley Estatutaria 1475 del 14 de julio de 2011, mediante la cual se reglamenta o desarrolla el Acto Legislativo N° 1 de 2009, denominado de *Reforma Política*. Estas

disposiciones modifican de manera sustancial el contexto para la interpretación de la normatividad sobre los partidos y movimientos políticos y, en consecuencia, amplía los alcances del artículo 196 constitucional en lo relativo a identidad política entre el Presidente de la República y su Ministro Delegatario. En efecto, la nueva normatividad permite que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, entre sí y/o con grupos significativos de ciudadanos, inscriban candidatos de coalición. Dice la ley Estatutaria 1475 sobre este particular:

ARTÍCULO 29. CANDIDATOS DE COALICIÓN. *Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica coaligados entre sí y/o con grupos significativos de ciudadanos, podrán inscribir candidatos de coalición para cargos uninominales. El candidato de coalición será el candidato único de los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos que participen en ella. Igualmente será el candidato único de los partidos y movimientos con personería jurídica que aunque no participen en la coalición decidan adherir o apoyar al candidato de la coalición.*

En el caso de las campañas presidenciales también formarán parte de la coalición los partidos y movimientos políticos que públicamente manifiesten su apoyo al candidato. *En el formulario de inscripción se indicarán los partidos y movimientos que integran la coalición y la filiación política de los candidatos.*

PARÁGRAFO 1o. *Antes de la inscripción del candidato, la coalición debe haber determinado los siguientes aspectos; mecanismo mediante el cual se efectúa la designación del candidato, el programa que va a presentar el candidato a gobernador o alcalde, el mecanismo mediante el cual se financiará la campaña y cómo se distribuirá entre los distintos partidos y movimientos que conforman la coalición la reposición estatal de los gastos, así como los sistemas de publicidad y auditoría interna. Igualmente deberán determinar el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al elegido.*

PARÁGRAFO 2o. *La suscripción del acuerdo de coalición tiene carácter vinculante y por tanto, los partidos y movimientos políticos y sus directivos, y los promotores de los grupos significativos de ciudadanos no podrán inscribir, ni apoyar candidato distinto al que fue designado por la coalición. La inobservancia de este precepto, será causal de nulidad o revocatoria de la inscripción del candidato que se apoye, diferente al designado en la coalición.”*

El artículo en mención, en consonancia con el artículo 107 de la Constitución, permite que los partidos o movimientos políticos se unan entre sí -sin perder su identidad- y/o con grupos significativos de ciudadanos. Aún más, que ya inscrito el candidato de coalición, las adherencias posteriores de partidos o movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos, hagan parte de ella. Bajo estas condiciones, a partir de una ineludible interpretación sistemática de la Constitución, se concluye que la lectura de la frase “*pertenecer al mismo partido o movimiento político*” en el artículo 196 constitucional comprende la hipótesis de “*pertenecer a la misma coalición*”.

En efecto, el carácter vinculante de la coalición, la imposibilidad de apoyar a un candidato diferente y la sanción por el incumplimiento de estos preceptos permiten inferir que el compromiso de quienes hagan parte de ella, en términos de la sentencia ya referida, asegura la realización del programa de gobierno y ofrece una “*especie de premio en voto de confianza a la certeza de lealtad a los principios filosóficos y a la ideología que identifica al partido o movimiento político del Presidente, el mismo al que pertenece el Ministro*”.

Con base en lo expuesto,

LA SALA RESPONDE:

“1. En los casos en que el Presidente de la República en ejercicio del cargo se traslade a territorio extranjero: ¿En quién puede recaer la designación de Ministro Delegatario cuando dentro del gabinete ministerial no haya titulares de cartera que pertenezcan al partido por el cual se inscribió la candidatura del Presidente de la República?”

En el caso que plantea esta pregunta, y de acuerdo con lo expuesto, la designación de Ministro Delegatario se regirá por el orden legal de precedencia, única condición materialmente aplicable de las establecidas en el artículo 196 de la Constitución Política.

2. En los casos en que el Presidente de la República en ejercicio del cargo se traslade a territorio extranjero: ¿Puede hacerse la designación de Ministro Delegatario en algún titular de la cartera que pertenece al partido por el cual se inscribió la candidatura del Presidente de la República y cuya militancia es posterior a dicha inscripción?”

Si, dado que la pertenencia del Ministro Delegatario al mismo partido, movimiento político o coalición del Presidente de la República debe verificarse al momento de la delegación.

3. Cuando de ello dependa el cumplimiento de la regla constitucional prevista en el artículo 196 de la Constitución Política, en los términos expresados por la Sección Quinta del Consejo de Estado:

En el caso de los ministros ¿El derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (C.P. art. 40-7) y la correlativa facultad del Presidente de la República para designarlos (C.P. art. 189-1) se puede condicionar a que acrediten la pertenencia al partido político por el cual se inscribió la candidatura del Primer Mandatario?

La pertenencia a determinado partido o movimiento político o a una coalición en concreto no es un requisito constitucional y ni siquiera legal para que un ciudadano pueda ser nombrado titular de una cartera ministerial. Ahora bien, en caso de que el

Ministro Delegatario pertenezca a un partido, movimiento político o coalición, debe certificarlo de conformidad con el artículo 3º de la ley 1475 de 2011.

¿Está el Presidente de la República obligado a conformar su gabinete con por lo menos un ministro que pertenezca al partido político por el cual realizó su inscripción?

No. No existe una norma que expresamente limite la forma de seleccionar el gabinete ministerial, ni disposición alguna que indique que los ministros estén obligados a tener una filiación política.

4. ¿En quién puede hacerse la Designación del Ministro Delegatario cuando es el Presidente de la República quien ha resultado electo por cuenta de una organización política diferente a un partido o movimiento político con personería jurídica? ¿Cómo se hace la confrontación sobre la identidad política con el Ministro Delegatario en estos casos?"

La exigencia contenida en el artículo 196 de la Constitución no aplica cuando el Presidente de la República es elegido por cuenta de una organización política diferente a un partido o movimiento político con personería jurídica. En este caso es de obligatorio cumplimiento designar Ministro Delegatario teniendo en cuenta el orden de precedencia legal a que alude al artículo 196 de la Constitución, como única regla materialmente aplicable.

Transcríbase al señor Director del Departamento Administrativo de la Presidencia. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Augusto Hernández Becerra, Presidente de la Sala. Enrique José Arboleda Perdomo Consejero. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Consejero. William Zambrano Cetina Consejero. Jenny Galindo Huertas, Secretaria de la Sala.