



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

Memoria 2015

TOMO III

**CONCEPTOS:
HACIENDA PÚBLICA, BIENES DEL ESTADO Y TRIBUTOS -
OTROS ASUNTOS**



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 superficarios 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**

HACIENDA PUBLICA,
BIENES DEL ESTADO
Y TRIBUTOS

1. Código de Minas, Cánones superficarios 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

Fecha: 29/10/2014

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas (E)*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 16 de enero de 2015

El Ministro de Minas y Energía solicita a la Sala su concepto sobre la posibilidad o la obligación de devolver, en determinados casos, los cánones superficarios recaudados en vigencia de la Ley 1382 de 2010, que modificó el Código de Minas (Ley 685 de 2001), debido a su declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-366 de 2011¹, con efectos diferidos durante dos años, y también por la suspensión de los trámites de sustracción de áreas en una reserva forestal, decretada por la autoridad ambiental.

I. Antecedentes

El funcionario consultante manifiesta, en primer lugar, que el artículo 16 de la Ley 1382 regulaba los llamados “cánones superficarios”, los cuales constituyen una contraprestación que los titulares de las concesiones mineras deben pagar al Estado durante las etapas de exploración y de construcción y montaje de la infraestructura requerida para explotar los minerales encontrados, así como durante la exploración adicional que el titular minero reserve para efectuar durante el periodo de explotación.

Señala que el párrafo primero de esta norma establecía que la autoridad minera solamente podía disponer de los recursos percibidos por este concepto cuando se suscribiera el contrato de concesión, y que únicamente había lugar a la devolución total o parcial de los cánones superficarios recibidos por el Estado, en dos eventos: (i) cuando la propuesta fuera rechazada por superposición total o parcial de áreas, y (ii) cuando la autoridad ambiental competente negara la sustracción de todo o parte de una reserva forestal, para realizar en ella labores de exploración.

Agrega que la misma disposición preceptuó que en el caso de las propuestas en trámite y de los títulos mineros cuyos titulares no hubiesen pagado la primera anualidad del canon superficario a la entrada en vigencia de la Ley 1382 de 2010, debían efectuar dicho pago dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de la citada ley.

¹ Corte Constitucional. Sentencia C- 366 del 11 de mayo de 2011. Expediente D-8250.

Recuerda el Ministro que la Ley 1382, en su totalidad, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-366 de 2011, por haberse omitido el procedimiento de consulta a los pueblos indígenas, afrocolombianos y otras minorías étnicas antes de su presentación al Congreso de la República o durante el respectivo trámite legislativo. También señala que con el fin de impedir que surgiera un vacío normativo o un déficit de protección legal, especialmente en materia ambiental, que pudiera resultar igualmente contrario a la Carta Política, la Corte dirigió los efectos de su decisión por dos (2) años desde la expedición de la sentencia, con el fin de permitir que en este tiempo el Gobierno Nacional preparase y el Congreso aprobara una nueva ley que modificara el Código de Minas y sustituyera las normas que fueron declaradas inconstitucionales.

Se menciona en la consulta que como dicha ley no fue expedida en el período señalado por la Corte, se produjeron irremediablemente los efectos de la sentencia de inexecutable, con lo cual la Ley 1382 de 2010 desapareció del ordenamiento jurídico a partir del mes de mayo de 2013, y revivieron entonces las normas de la Ley 685 de 2001 que habían sido derogadas o modificadas por la primera de las leyes citadas. En esa medida, el artículo 230 de la Ley 685, que regula el pago de los cánones superficarios, volvió a quedar vigente en sus términos originales, en los cuales no se prevé expresamente la devolución de estos recursos ni su disposición por parte de la autoridad minera.

Explica el consultante que esta disposición u otra de la Ley 685 de 2001 no consagraban (ni consagran actualmente) la obligación de pagar la primera anualidad del canon superficario con la presentación de las propuestas, es decir, antes de la celebración del contrato de concesión, sino únicamente después de perfeccionado el mismo, que de acuerdo con la citada normatividad, implica la suscripción del respectivo documento por las dos partes y su inscripción en el Registro Minero Nacional.

Informa también que en vigencia de la Ley 1382 (es decir, desde su promulgación hasta dos años después de su declaratoria de inexecutable), diferentes proponentes pagaron la primera anualidad del canon superficario, inicialmente a Ingeominas y luego a la Agencia Nacional de Minería (en adelante ANM), ambas en su calidad de autoridad minera concedente. Como resultado de dichos pagos, la ANM tenía, al momento de formular la consulta, más de 35.000 millones de pesos que no han podido ser incorporados al presupuesto de esa entidad ni tampoco devueltos a los correspondientes proponentes, porque los respectivos contratos de concesión no se celebraron, pero tampoco se dan las causales que preveía el artículo 16 de la Ley 1382 de 2010 para efectuar su reintegro. En efecto, las mencionadas propuestas fueron rechazadas por otros motivos, tales como (i) no cumplir con la totalidad de los requisitos exigidos por el artículo 271 de la Ley 685 (características del plano, capacidad económica y anexo técnico); (ii) no remitir los documentos soporte dentro del plazo fijado en el artículo 5º, literal g) del “Decreto 2435 de 2008”²; (iii) no atender los requerimientos efectuados por la autoridad

² La Sala entiende que el consultante quiso referirse al Decreto Reglamentario 2345 de 2008, “por el cual se adoptan medidas para la presentación de propuestas de contratos de concesión a través de medios electrónicos”, que no se encuentra vigente en la actualidad, al ser sido derogado expresamente por el Decreto 1829 de 2012 (artículo 3º).

minera para completar los documentos, o (iv) por desistimiento voluntario de los solicitantes.

Indica el ministro que ante este vacío legal han surgido dos (2) tesis opuestas, a saber: (i) que no existe causa jurídica para que el Estado se quede con el dinero recaudado, por lo cual debe ser devuelto a quienes lo pagaron, en desarrollo de la figura del enriquecimiento sin justa causa, y (ii) que no hay lugar a dicha devolución porque el pago anticipado del canon superficiario fue un riesgo que asumió cada proponente, por lo cual, al haberse rechazado sus ofertas por una razón que les es imputable, no pueden recuperar las sumas pagadas y estas deben ingresar al Estado. Lo anterior a pesar de que la Ley 1382 establecía que la autoridad minera solo podía disponer de dichos recursos cuando se celebrara el contrato de concesión.

En relación con la segunda causal que preveía el párrafo primero del artículo 230 del Código de Minas, tal como fue modificado por la Ley 1382 de 2010, para efectuar la devolución de las sumas pagadas a título de canon superficiario, es decir, que la autoridad ambiental competente niegue la sustracción del área de reserva forestal solicitada, en la consulta se informa que por una decisión administrativa del Ministerio del Medio Ambiente se suspendieron todos los trámites de sustracción en un área de reserva forestal (la de la Amazonía), lo cual implica que aun cuando no se ha negado la sustracción solicitada, los concesionarios afectados con esta decisión no pueden adelantar ninguna actividad minera (incluyendo la exploración) en esa región del territorio nacional. Por esta razón, tales contratistas han manifestado que no se les puede obligar a pagar los cánones superficiarios que adeudan.

A manera de síntesis, el Ministro de Minas y Energía menciona que en la actualidad se presentan dos (2) situaciones que no se han podido resolver por los vacíos y la falta de claridad en la normatividad aplicable: (i) los proponentes que pagaron la primera anualidad del canon superficiario en vigencia de la Ley 1382 y cuyas propuestas fueron rechazadas por causales distintas de las contempladas en el artículo 16 de dicha ley, han solicitado la devolución de tales recursos, y (ii) los concesionarios mineros que adeudaban cánones, incluso desde antes de la Ley 1382, consideran que no deben pagarlos debido a la suspensión de los trámites de sustracción de áreas en la reserva forestal de la Amazonía, por parte de la autoridad ambiental.

En atención a estas consideraciones, el Ministro de Minas y Energía formula a la Sala las siguientes preguntas:

“3.1. En cuanto a las propuestas de contrato de concesión presentadas en vigencia de la Ley 1382 de 2010, surgen los siguientes interrogantes:

3.1.1 ¿A la Agencia Nacional de Minería le es dado reintegrar a los proponentes los recursos percibidos por concepto de canon superficiario anticipado cuando las propuestas de contrato de concesión se rechazaron por causas diferentes a las señaladas en el párrafo del artículo 16 de la Ley 1382 de 2010?

3.1.2 *¿Puede la Agencia Nacional de Minería disponer de los recursos de canon superficiario pagado sobre propuestas que fueron rechazadas por causales diferentes a las establecidas en la Ley 1382 de 2010 (Artículo 16, parágrafo), a pesar de que la misma ley señalaba la celebración del contrato de concesión como requisito para la disposición de dichos recursos?*

3.1.3 *Teniendo en cuenta que la Ley 1382 de 2010 desapareció del ordenamiento jurídico el pasado mes de mayo de 2013 y, en virtud de dicha ley procedía la devolución del canon superficiario cuando se dieran los supuestos previstos en el artículo 16 de la misma, ¿en la actualidad, puede la autoridad minera reintegrar dichos recursos a los proponentes de propuestas rechazadas por las causales que establecía la Ley 1382 de 2010, o al producirse los efectos de inexequibilidad de dicha ley, debe procederse a devolver la totalidad de los recursos?*

3.1.4 *En cualquiera de los escenarios antes mencionados, en caso de ser afirmativa la posición de la Sala para reintegrar los dineros a los proponentes, ¿dichos recursos deben ser devueltos con reconocimiento de intereses?, ¿teniendo en cuenta cuál tasa?*

3.2. *En cuanto a los contratos superpuestos a las áreas donde se encuentra suspendido el trámite de sustracción de reserva forestal, se consulta:*

3.2.1 *A los contratos suscritos e inscritos en el Registro Minero Nacional, otorgados con anterioridad a la decisión administrativa de suspensión del trámite de sustracción de reserva forestal ¿se les debe cobrar el canon superficiario si no iniciaron el trámite de sustracción de área antes de la expedición de la mencionada resolución y no han solicitado la suspensión de obligaciones de conformidad a lo establecido por el artículo 52 del Código de Minas?*

3.2.2 *A los contratos suscritos e inscritos que fueron otorgados con posterioridad a la expedición de la decisión administrativa de suspensión del trámite de sustracción de reserva forestal se les causa y debe cobrar el canon superficiario si no han solicitado la suspensión de obligaciones de conformidad a lo establecido por el artículo 52 del Código de Minas?*

3.2.3 *A la autoridad minera le es dado reintegrar a los titulares mineros los recursos percibidos por concepto de canon superficiario anticipado que se recaudaron en vigencia de la Ley 1382 de 2010, cuando al otorgar el contrato estas se superponen con el acto administrativo proferido por la autoridad ambiental que suspendió el trámite de sustracción en un área de reserva forestal?"*

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Para responder los interrogantes planteados, la Sala analizará los siguientes aspectos: (i) La naturaleza jurídica y la regulación de los denominados “cánones superficiarios”; (ii) los efectos de la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 1382 de 2010 por parte de la Corte Constitucional; (iii) la situación de los proponentes

que pagaron la primera anualidad del canon superficiario en vigencia de la Ley 1382 y cuyas ofertas fueron rechazadas; (iv) el caso de los concesionarios afectados por la suspensión del trámite de sustracción de áreas en la reserva forestal de la Amazonía, y (v) el reconocimiento y pago de intereses sobre las sumas que deban reintegrarse.

A. Los “cánones superficiarios”: su naturaleza y regulación

En la medida en que la obligación de pagar los denominados “cánones superficiarios” está contenida en el Código de Minas y éste, a su vez, se inscribe en la temática general de la propiedad y el uso de los recursos naturales no renovables, incluyendo su explotación, es necesario partir de las normas constitucionales que regulan esta clase de bienes, las cuales, como se verá, permiten deducir algunos principios generales que serán importantes para el adecuado entendimiento y la solución de este asunto.

El artículo 332 de la Constitución Política dispone que “*el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes*”. En armonía con lo anterior, el artículo 360 ibídem, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo N° 5 de 2011, establece en lo pertinente:

“Artículo 360. La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables. (...)” (Resalta la Sala).

Así mismo, el artículo 334 de la Carta, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo N° 3 de 2011, preceptúa que “*la dirección general de la economía estará a cargo del Estado*”, y agrega que éste “*intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo... 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... y la preservación de un ambiente sano*” (resaltamos).

Este marco constitucional permite concluir en forma clara: (i) que el Estado es el propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos válidamente adquiridos por los particulares conforme a las leyes preexistentes a la Constitución; (ii) que la explotación de tales recursos por parte de terceros, debidamente autorizados por el Estado, genera a su favor contraprestaciones económicas, consistentes en las regalías y en los demás derechos y compensaciones que se acuerden y (iii) que compete a la ley señalar, con sujeción a la Carta Política, las normas a las cuales debe someterse la explotación de los recursos naturales no renovables, incluyendo las contraprestaciones económicas que deba pagarse al Estado.

Conforme a tales principios, la Ley 685 de 2001, que contiene el Código de Minas³, reguló integralmente los diferentes asuntos, procedimientos y actos jurídicos relacionados con la exploración y explotación de tales recursos, salvo lo atinente a la distribución y el uso de las regalías, materia que se encuentra gobernada por normas especiales. El Título VI, Capítulo XXII de dicha ley dispone lo siguiente, en su parte pertinente:

“TITULO SEXTO

ASPECTOS ECONOMICOS Y SOCIALES DE LA MINERIA “(...)

CAPITULO XXII

Aspectos económicos y tributarios

“Artículo 226. Contraprestaciones económicas. Las contraprestaciones económicas son las sumas o especies que recibe el Estado por la explotación de los recursos naturales no renovables.

“Artículo 227. La regalía. (...)”

“(...)”

*“Artículo 230. Cánones superficarios. **Los cánones superficarios sobre la totalidad del área de las concesiones durante la exploración, el montaje y construcción o sobre las extensiones de la misma que el contratista retenga para explorar durante el período de explotación, son compatibles con la regalía y constituyen una contraprestación que se cobrará por la entidad contratante sin consideración a quien tenga la propiedad o posesión de los terrenos de ubicación del contrato. Los mencionados cánones serán equivalentes a un salario mínimo día por hectárea y por año pagaderos por anualidades anticipadas a partir del perfeccionamiento del contrato si el área solicitada no excede de 2.000 hectáreas, si excediera de 2.000 y hasta 5.000 hectáreas pagará dos (2) salarios mínimos día por hectárea y por año pagaderos por anualidades anticipadas y si excediera de 5.000 y hasta 10.000 hectáreas pagará tres (3) salarios mínimos día y por año pagaderos por anualidades anticipadas.***

“La liquidación, el recaudo y la destinación de los cánones superficarios le corresponde efectuarlos a la autoridad minera”. (Negrillas ajenas al texto).

Como se aprecia, el Código de Minas califica expresamente los cánones superficarios como una *contraprestación* económica que se debe pagar al Estado por el derecho que este otorga de explotar minerales, aunque dicha obligación solamente se causa durante las etapas de exploración, montaje y construcción de la infraestructura requerida para explotar, y durante la etapa de explotación,

3 En adelante, cuando la Sala haga referencia al Código de Minas aludirá a la Ley 685 de 2001, ya que, como más adelante se verá, la Ley 1382 de 2010 no sustituyó ni modificó integralmente la Ley 685, ni tampoco se encuentra vigente en la actualidad.

pero solamente respecto de las áreas que el contratista reserve para explorar o continuar explorando en ese período. A este respecto, vale la pena recordar que el artículo 45 del citado código tipifica el contrato de concesión minera en los siguientes términos:

*“Artículo 45. Definición. El contrato de concesión minera es el que se celebra entre el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de este, **los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en este Código. Este contrato es distinto al de obra pública y al de concesión de servicio público. El contrato de concesión comprende dentro de su objeto las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales por cuenta y riesgo del concesionario y el cierre o abandono de los trabajos y obras correspondientes**”.*

Es decir, que el objeto del contrato de concesión no incluye solamente el derecho que se otorga al concesionario para explotar los minerales que halle en la zona otorgada, sino que también genera el **derecho a explorar** dicho territorio para encontrar los recursos mencionados. Esta conclusión resulta plenamente coherente con las normas constitucionales citadas en precedencia, ya que si el Estado es el propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, salvo algunas excepciones, resulta lógico y equitativo que ninguna persona pueda explorar una determinada zona del territorio nacional en búsqueda de tales bienes sin haber obtenido previamente la autorización del Estado, por intermedio de la autoridad competente, y sin pagar por ello un precio o contraprestación.

Este entendimiento se confirma con otras disposiciones de la misma Ley 685, como el artículo 58, que consagra los derechos que surgen para el concesionario en virtud del perfeccionamiento del contrato de concesión y los cuales incluyen, entre otros, *“... en forma excluyente, la facultad de efectuar dentro de la zona concedida, los estudios, trabajos y obras necesarias para establecer la existencia de los minerales objeto del contrato...”*, o los artículos 70 y siguientes ibídem, que determinan la duración del contrato de concesión y de cada una de sus etapas, que pueden resumirse así: (i) exploración, (ii) construcción y montaje de la infraestructura, (iii) explotación y beneficio de los minerales y (v) cierre o abandono de los trabajos y obras correspondientes. Estas etapas pueden ser sucesivas o coexistir parcialmente, de acuerdo con las reglas que contiene el mismo estatuto. El artículo 78 ibídem define la actividad exploratoria así:

“Artículo 78. Trabajos de exploración. Los estudios, trabajos y obras a que está obligado el concesionario durante el período de exploración por métodos de subsuelo, son los necesarios para establecer y determinar la existencia y ubicación del mineral o minerales contratados, la geometría del depósito o depósitos dentro del área de la concesión, en cantidad y calidad económicamente explotables, la viabilidad técnica de extraerlos y el impacto que sobre el medio ambiente y el entorno social puedan causar estos trabajos y obras”.

Es evidente, por lo tanto, que la exploración es una etapa inicial y preparatoria de la explotación, pero que no puede adelantarse sino después de perfeccionado el contrato de concesión o “título minero”, lo cual solamente ocurre cuando las dos partes suscriben el documento que contiene el referido contrato y éste se inscribe en el Registro Minero Nacional (artículos 50, 70 y 332 ejusdem, entre otros).

La conclusión anterior permite ratificar la afirmación inicial que se hace en este acápite, en el sentido de que los llamados “cánones superficarios” constituyen una de las contraprestaciones económicas que el interesado debe pagar al Estado por el derecho que le otorga a explotar minerales en una determinada zona, en virtud del contrato de concesión, aunque dicha obligación únicamente surge durante las etapas de exploración y montaje o construcción de la infraestructura, y también durante el período de explotación, pero solo respecto de las áreas que el concesionario haya reservado para explorar o continuar explorando.

El Código de Minas anterior, contenido en el Decreto Ley 2655 de 1988⁴, era acaso más claro en este punto, cuando definía las contraprestaciones económicas en los siguientes términos: “*Las contraprestaciones económicas que percibe el Estado a cargo de las personas a quienes se otorga el **derecho a explorar o explotar recursos minerales, constituyen una retribución directa por el aprovechamiento económico de dichos bienes de propiedad nacional***” (artículo 212). (Se resalta).

Igualmente es ilustrativo citar el artículo 213 del código derogado, el cual disponía que las contraprestaciones económicas eran de cuatro clases: (i) canon superficario, (ii) regalías, (iii) participaciones e (iv) impuestos específicos, y definía el canon superficario como “*la suma de dinero que deberán pagar los beneficiarios de licencias de exploración en los términos señalados en este capítulo, siempre y cuando se trate de proyectos de gran minería*” (subrayamos).

Nótese, entonces, como desde antaño el concepto de canon superficario en el derecho minero colombiano ha estado vinculado a la autorización que el Estado otorga a una determinada persona, ya sea mediante un contrato de concesión o en virtud de una licencia, para explorar una determinada zona en busca de minerales, con miras a su futura y eventual explotación.

La Corte Constitucional ha tenido ocasión de analizar la naturaleza jurídica de esta clase de contraprestaciones económicas, aunque sin referirse en particular a los cánones superficarios. Así, en la sentencia C-221 de 1997⁵, manifestó lo siguiente sobre las regalías y su distinción con los impuestos:

“Diferencias entre los impuestos y las regalías, y la obligatoriedad de las regalías. 16- A pesar de tener en ocasiones similitudes ya que implican pagos del particular al Estado, las regalías y los impuestos son figuras diversas, con un fundamento constitucional y una finalidad diferentes. Así, como bien lo señala uno

⁴ Expedido por el Gobierno Nacional con fundamento en las facultades extraordinarias conferidas mediante la Ley 57 de 1987.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C- 221 del 29 de abril de 1997. Expediente D-1458.

de los intervinientes, **la Carta acoge la concepción de la “regalía-precio”, pues la define como una “contraprestación” que se causa por la explotación de los recursos naturales no renovables de propiedad de la Nación (CP art. 360). Por ende, las regalías están representadas por aquello que el Estado recibe por conceder un derecho a explotar los recursos naturales no renovables de los cuáles es titular (CP art. 332), debido a que estos recursos existen en cantidad limitada. En cambio, los impuestos, tal y como lo ha señalado en varias ocasiones esta Corporación, son cargas económicas que se imponen a los particulares con el fin de financiar los gastos generales del Estado, por lo cual estas obligaciones surgen del poder impositivo del Estado. En ese orden de ideas, las regalías son ingresos públicos pero no tienen naturaleza tributaria, pues no son imposiciones del Estado sino contraprestaciones que el particular debe pagar por la obtención de un derecho, a saber, la posibilidad de explotar un recurso natural no renovable. En ese orden de ideas, la relación entre el Estado y el particular es diversa, pues en un caso la persona voluntariamente decide pagar la regalía para obtener un derecho de explotación, mientras que las personas no pueden sustraerse al pago del tributo, si se cumple el hecho impositivo previsto por la ley. La obligación de pagar un impuesto no surge entonces de la celebración de un contrato con el Estado, ni de la concesión de una licencia o permiso de explotación, sino del cumplimiento del hecho previsto por la ley tributaria”.** (Negritillas añadidas).

Esta misma posición la sostuvo en la sentencia C- 251 de 2003⁶, en donde analizó las semejanzas y diferencias entre las regalías y las “compensaciones” que menciona el artículo 360 de la Carta Política, así:

“La Carta dispone que la compensación, en sentido estricto, tiene origen en un pacto. Adicionalmente, del texto constitucional se deduce que las compensaciones que se pacten son, al igual que las regalías, contraprestaciones causadas a favor del Estado. Sin embargo, a diferencia de las regalías, las compensaciones no son una contraprestación directa por el agotamiento gradual derivado de la explotación del recurso natural no renovable que pertenece al Estado. La compensación es el objeto de una obligación cuya fuente es un contrato mediante el cual se pactan las sumas que el Estado recibirá por su concurso en el proceso de explotación de un recurso. Ello puede comprender pero no tiene que limitarse a prestaciones que equilibrarían o mitigarían las consecuencias negativas de la explotación de unos recursos naturales no renovables. Además, esta consecuencia negativa no tiene que ser un daño, puesto que puede consistir, por ejemplo, en una carga que se ha debido soportar, un riesgo que se debe afrontar, o una necesidad o expectativa que es preciso atender. Quien debe pagar dicha obligación es la persona contratada para explotar el recurso natural no renovable”. (Subraya la Sala).

Nótese, entonces, que para la jurisprudencia constitucional, tanto las regalías como las “compensaciones” a que alude el artículo 360 de la Constitución Política, no son obligaciones tributarias, es decir, no se trata de impuestos, tasas ni contribuciones, sino que constituyen contraprestaciones económicas que la persona natural o

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C- 251 del 25 de marzo de 2003. Expediente N° D-4245.

jurídica a quien se otorga el derecho de explotar determinados recursos naturales no renovables debe pagar al Estado, en virtud de la celebración de un contrato de concesión.

Si bien existen diferencias entre las regalías y las “compensaciones”, la Corte Constitucional destaca que se trata de obligaciones que, aun cuando están consagradas en la Carta Política y reguladas en la ley, nacen y se hacen exigibles en cada caso por la celebración de un acuerdo de voluntades entre el Estado y el particular interesado, acuerdo que corresponde hoy en día al contrato de concesión minera. En esa medida, es claro que no se trata de obligaciones que tengan como fuente exclusiva y directa la ley (“ex – lege”), sino de obligaciones que, teniendo como fundamento último o remoto la Constitución Política y la ley, como sucede con todas las demás, nacen a la vida jurídica por el acuerdo de voluntades entre el Estado y otra persona (obligaciones “ex - contractu”). La Ley 1382 de 2010⁷, aunque modificó varios artículos de la Ley 685 de 2001, incluyendo el 230, que regula los cánones superficarios, no cambió el concepto, la naturaleza ni la finalidad perseguida con dicha obligación, como pasa a verse.

En primer lugar, es del caso aclarar que la Ley 1382 no contenía, como algunos lo sugieren, un nuevo Código de Minas, ya que no sustituyó el código que se encontraba vigente (Ley 685 de 2001) y que aún lo está, y tampoco reformó integral o estructuralmente dicho estatuto, sino que simplemente modificó algunas de sus disposiciones, con unos propósitos claramente determinados en el proyecto de ley que presentó el Gobierno a consideración del Congreso de la República. En punto al canon superficario, el artículo 16 de la Ley 1382 de 2010 dispuso:

“Artículo 16. Modifíquese el artículo 230 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas:

*“Canon superficario. **El canon superficario sobre la totalidad del área de la concesión durante la exploración, el montaje y construcción o sobre las extensiones de la misma que el contratista retenga para explorar durante el período de explotación, es compatible con la regalía y constituye una contraprestación que se cobrará por la entidad contratante sin consideración a quien tenga la propiedad o posesión de los terrenos de ubicación del contrato. El mencionado canon será equivalente a un salario mínimo día legal vigente (smdlv) por hectárea año, del primero al quinto año; de ahí en adelante el canon será incrementado cada dos (2) años adicionales así: por los años 6 y 7 se pagarán 1.25 salarios mínimos día legal vigente por hectárea año; por el año 8, 1.5 salarios mínimos día legal vigente por hectárea año.***

*“Dicho canon será **pagadero por anualidades anticipadas**. La primera anualidad se pagará **dentro de los tres (3) días siguientes al momento en que la Autoridad Minera, mediante acto administrativo, determine el área libre susceptible de contratar.***

⁷ “Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas”.

“Para las etapas de construcción y montaje o exploración adicional, se continuará cancelando el último canon pagado durante la etapa de exploración.

*Parágrafo 1°. La no acreditación del pago del canon superficiario dará lugar al **rechazo de la propuesta, o a la declaratoria de caducidad del contrato de concesión**, según el caso.*

“La Autoridad solo podrá disponer del dinero que reciba a título de canon superficiario una vez celebrado el contrato de concesión. Solamente se reintegrará al proponente la suma pagada en caso de rechazo por superposición total o parcial de áreas. En este último evento se reintegrará dentro de los cinco (5) días hábiles, la parte proporcional si acepta el área reducida, contados a partir que el acto administrativo quede en firme. Igualmente habrá reintegro en los casos en que la autoridad ambiental competente niegue la sustracción de la zona de reserva forestal para la etapa de exploración.

*“Parágrafo 2°. **Las propuestas** que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley se encuentren en trámite y **los títulos mineros** que no hubieren pagado el canon correspondiente a la primera anualidad, deberán acreditar dicho pago dentro de los tres (3) meses siguientes a la promulgación de la presente ley, **so pena de rechazo o caducidad, según corresponda**”. (Se subraya).*

Al comparar las dos normas, es decir, el artículo 230 de la Ley 685 de 2001, en su versión original, con la modificación efectuada a este por el artículo 16 de la Ley 1382 de 2010, es posible destacar las siguientes diferencias, entre otras:

(i) Se cambió el método de liquidación y las tarifas para calcular el valor del canon, ya que mientras el artículo 230 de la Ley 685 establece que el monto de dicha obligación corresponde a *“un salario mínimo día por hectárea y por año... si el área solicitada no excede de 2.000 hectáreas, si excediera de 2.000 y hasta 5.000 hectáreas pagará dos (2) salarios mínimos día por hectárea y por año pagaderos por anualidades anticipadas y si excediera de 5.000 y hasta 10.000 hectáreas pagará tres (3) salarios mínimos día y por año pagaderos por anualidades anticipadas”*, el artículo 16 de la Ley 1382 dispuso que el canon *“será equivalente a un salario mínimo día legal vigente (smdlv) por hectárea año, del primero al quinto año; de ahí en adelante el canon será incrementado cada dos (2) años adicionales así: por los años 6 y 7 se pagarán 1.25 salarios mínimos día legal vigente por hectárea año; por el año 8, 1.5 salarios mínimos día legal vigente por hectárea año”*. Es decir que esta última norma modificó el criterio ascendente de la tarifa en función de la extensión del área de terreno concedida, por un criterio también ascendente pero en función de la duración del contrato.

(iii) Igualmente, el artículo 16 de la Ley 1382 de 2010 anticipó el momento en el que debía empezarse a pagar el canon, pero manteniendo el sistema de pago por anualidades anticipadas. En efecto, dicha norma estableció que la primera anualidad debía pagarse *“dentro de los tres (3) días siguientes al momento en que la Autoridad Minera, mediante acto administrativo, determine el área libre susceptible*

de contratar”, lo cual, como es obvio, debe suceder antes de la celebración del contrato, y así lo ratifican tanto el párrafo 1º de la misma disposición como el artículo 20 de la citada ley, que modificó el 274 del Código de Minas, en el sentido de adicionar como causal de rechazo *de las propuestas* el hecho de que no se acreditara el pago de la primera anualidad del canon superficiario. Vale la pena recordar que el artículo 230 de la Ley 685, en su versión original, establece que el pago de las anualidades anticipadas del canon superficiario solo resulta exigible “*a partir del perfeccionamiento del contrato*”.

(iii) En congruencia con la modificación anterior, el párrafo primero, segundo inciso del artículo 230 del Código, adicionado por el artículo 16 de la Ley 1382, dispone que la autoridad minera solamente podrá disponer del canon superficiario una vez celebrado el contrato de concesión, y añade que únicamente habrá lugar a la devolución (total o parcial, según el caso) de dicho canon cuando la respectiva oferta presente superposición total o parcial de áreas, es decir, cuando la zona solicitada coincida total o parcialmente con terrenos que ya se encuentran comprometidos por un título minero o una propuesta anterior. Así mismo, esta norma señala que habrá reintegro (aunque no aclara si a los proponentes o a los concesionarios) en los eventos en que la autoridad ambiental niegue la sustracción de una zona de reserva forestal para la etapa de exploración.

(iv) Finalmente, y también en armonía con el cambio efectuado sobre el momento de pago de la primera anualidad del canon superficiario, el párrafo segundo del precepto que se comenta estatuye que las propuestas que estaban en trámite al momento de entrar en vigencia la Ley 1382 de 2010 y los títulos mineros en relación con los cuales no se hubiera pagado la primera anualidad del canon superficiario, debían pagar dicha cuota dentro de los tres (3) meses siguientes a la promulgación de la mencionada ley, so pena de que se produjera el rechazo de la propuesta o la caducidad del contrato, según el caso.

La razón por la cual se hizo el cambio descrito en la Ley 1382, en el sentido de anticipar al momento de la presentación de la propuesta el pago de la primera anualidad del canon, consistió en la necesidad de dotar de mayor seriedad a dicho acto jurídico, de forma tal que quien formulara una oferta para la exploración y explotación de minerales en una determinada zona tuviera la intención real de perfeccionar el respectivo contrato de concesión, así como la capacidad técnica y financiera para acometer los trabajos correspondientes, y no que persiguiera simplemente “congelar” la respectiva área durante un tiempo, en virtud del derecho de preferencia que la presentación de la propuesta otorga al oferente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16 del Código de Minas⁸. Así se puede concluir claramente del estudio de los antecedentes de la Ley 1382 y particularmente, de la exposición de motivos del proyecto de ley que en su momento presentó el Gobierno Nacional, y en el cual se afirma:

⁸ “Artículo 16. Validez de la propuesta. La primera solicitud o propuesta de concesión, mientras se halle en trámite, no confiere, por sí sola, frente al Estado, derecho a la celebración del contrato de concesión. Frente a otras solicitudes o frente a terceros, sólo confiere al interesado, un derecho de prelación o preferencia para obtener dicha concesión si reúne para el efecto, los requisitos legales”. (Se resalta).

“La figura única del Contrato de Concesión ha sido precaria en sus requisitos y exigencias lo que ha conducido a que cualquier persona, sin acreditar capacidad técnica y económica alguna, adquiera la calidad de titular de contratos y sean muy escasos los proyectos serios y eficientes de desarrollo sostenible y racional del recurso minero. (...)”.

Y más adelante, el mismo documento afirma lo siguiente, al explicar los cambios que proponía efectuar en relación con el canon superficiario:

“Artículo 6º. Modifica el artículo 230 de la Ley 685 de 2001 – “Canon superficiario” con el objeto de que se acredite el pago de esta contraprestación económica a favor del Estado desde el momento mismo de presentación de la solicitud o propuesta de contrato de concesión, en función y en proporción al tamaño del área que el interesado pretende reservar. De esta manera se evita que el Estado entregue derechos sobre las áreas mineras de su propiedad, sin percibir nada a cambio como sucede en la actualidad. Se impide también la posterior evasión del canon superficiario y se propende por una mayor seriedad y responsabilidad en la presentación de propuestas de contratación de áreas mineras. (...)”

“Consecuencialmente se prevé el rechazo de la propuesta o la declaratoria de caducidad del contrato por la no acreditación de dicho canon. Igualmente se prevé el reintegro total o parcial de la primera anualidad únicamente por razones de libertad de área. (...)”. (Las negrillas son añadidas).

En el mismo sentido, la tratadista Ivonne del Pilar Jiménez⁹ comenta sobre este punto:

“Aumento de requisitos de la propuesta: debido a las prácticas inescrupulosas de personas que sin ninguna tradición, experiencia y capacidad económica solicitan áreas para luego ofrecerlas al mejor postor, el legislativo adicionó dos requisitos que pretenden eliminarlas. Así las cosas, se deberá aportar un anexo técnico que describirá los trabajos de exploración... y cuando se trate de proyectos de más de 150 hectáreas, la demostración de la capacidad económica del interesado para adelantar el proyecto minero...”

“Igualmente, se establece que la primera anualidad por concepto del canon superficiario se pagará dentro de los tres días siguientes al momento en que la autoridad minera mediante acto administrativo determine el área libre susceptible de contratar. La no acreditación del pago del canon superficiario dará lugar al rechazo de la propuesta...”

De esta forma, se observa claramente que lo que se buscó con el citado cambio legislativo fue anticipar el pago de la primera anualidad del canon superficiario para el momento de la presentación de la oferta, con el fin de darle mayor seriedad a la

⁹ “Análisis de la reglamentación a la Ley 1382 de 2010. Reforma al Código de Minas”, en Temas de Derecho Minero. Compilador: Luis Ferney Moreno. Universidad Externado de Colombia, 2010, págs 15 y 16.

formulación de las propuestas y, de paso, facilitar el recaudo de dicha obligación dineraria.

Sin embargo, no se modificó el concepto del canon como una contraprestación económica que se debe pagar al Estado por el derecho que este concede a un particular para explorar minerales, obligación que se causa durante las actividades de exploración y de montaje y construcción de la infraestructura necesaria para la explotación; ni se varió su naturaleza jurídica como una obligación contractual prevista en la ley, que nace a la vida jurídica con el perfeccionamiento del contrato de concesión. Nada de lo anterior se desvirtuó por el hecho de que la Ley 1382 de 2010 hubiera previsto que el pago de la primera anualidad del canon se anticipara un poco más, es decir, desde antes de la celebración del contrato, pues dicha modificación tiene que ver exclusivamente con el momento y la forma de pago de la referida obligación, y se adoptó por razones eminentemente pragmáticas.

Vale la pena recordar que la palabra “*contraprestación*” significa “*prestación que debe una parte contratante por razón de la que ha recibido o debe recibir de la otra*”, tal como la define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, motivo por el cual no podría entenderse que el canon superficiario fuera una contraprestación económica a favor del Estado, como la califica expresamente la ley, pero que el proponente o el concesionario no recibieran a cambio un beneficio económico equivalente. A este respecto, es pertinente señalar que el contrato de concesión minera pertenece a aquellos que la ley, la jurisprudencia y la doctrina califican como “*conmutativos*”, y que el artículo 1498 del Código Civil define así:

*“Artículo 1498.- El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una **cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez;**...”* (negrilla ajena al texto original).

Esta clase de contratos lleva implícito un principio de **equilibrio económico** en las obligaciones de las partes, cuyo quebranto puede dar lugar, en algunos casos, a la rescisión del negocio jurídico por lesión enorme¹⁰, y en otros casos, a que la parte afectada pueda solicitar la revisión y modificación de las condiciones económicas del contrato, e incluso su terminación, en desarrollo de la denominada teoría de la imprevisión, como sucede con los contratos mercantiles de ejecución sucesiva¹¹, o del principio de la preservación del equilibrio económico del negocio, como ocurre también en los contratos estatales¹².

Ahora bien, podría pensarse, en principio, que la Ley 1382 de 2010, al ordenar que la primera anualidad del canon superficiario se pagara con la formulación de la propuesta, tuvo la intención de establecer que dicho canon constituyese también la contraprestación económica **por el derecho de preferencia** que el oferente adquiere por el solo hecho de presentar una propuesta sobre un área que no se encuentre previamente reservada en virtud de un título minero o de una

¹⁰ Artículos 1946 y siguientes del Código Civil, entre otras normas.

¹¹ Artículo 868 del Código de Comercio.

¹² Artículo 4° de la Ley 80 de 1993, modificado por la Ley 1150 de 2007, numerales 8° y 9°, entre otras normas.

oferta anterior. Sin embargo, tal inferencia, además de que no está sustentada en elementos de convicción suficientes, no alcanzaría a desvirtuar las conclusiones a las que se ha llegado previamente sobre la naturaleza y la finalidad perseguida por el canon superficiario, con fundamento en diversas normas constitucionales y legales, en los antecedentes de la Ley 1382 de 2010 y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Téngase en cuenta, también, que si dicho canon fuese una contraprestación por el derecho de preferencia que otorga la presentación de una propuesta de concesión minera, el canon debería cobrarse *en proporción al tiempo* que permanezca vigente la citada oferta, antes de ser aceptada o rechazada por el Estado, pues durante todo ese tiempo el oferente disfruta del citado derecho de preferencia y, por lo tanto, el área de terreno solicitada permanece reservada o “congelada” frente a otros interesados en títulos mineros. Por la misma razón, si se acogiera dicha interpretación, la cuota que se debe pagar con la propuesta tendría que ser adicional al canon que se cause después de celebrado el contrato de concesión.

Sin embargo, ni una cosa ni la otra sucedían al amparo de la Ley 1382, pues lo único que consagraba dicha normatividad era que durante la etapa de presentación de la propuesta debía pagarse en forma anticipada la primera anualidad del canon superficiario, de donde se deduce: (i) que no había lugar a pagar anualidades o cuotas adicionales por este concepto, aunque el estudio de la oferta para decidir sobre su aceptación o rechazo, durara más de un año, y (ii) que la citada anualidad no era adicional al canon superficiario que el concesionario tenía que seguir pagando luego de perfeccionado el contrato, sino que se imputaba al valor total de esta obligación, cuando quedara perfeccionado el referido contrato.

Finalmente, es pertinente recordar que la Ley 1382 de 2010 desapareció del ordenamiento jurídico como resultado de su declaratoria de inexecutable, tan pronto venció el período de exequibilidad transitoria fijado por la Corte Constitucional, como se explicará en el acápite siguiente, de tal manera que la regulación del canon superficiario volvió a ser la establecida en las normas originales de Ley 685 de 2001, conforme a las cuales solo hay lugar al pago de la primera cuota del canon luego de perfeccionado el contrato de concesión minera.

B. Declaratoria de inexecutable de la Ley 1382 de 2010. Efectos de las sentencias de inexecutable proferidas por la Corte Constitucional

Mediante la sentencia C-366 de 2011 la Corte Constitucional declaró inexecutable la Ley 1382 en su totalidad, por considerar que tanto el Gobierno Nacional como el Congreso de la República habían pretermitido el deber de consultar previamente a los grupos indígenas, las comunidades afrocolombianas y otras minorías étnicas, no obstante el efecto directo que las normas de dicha ley estaban llamadas a generar para tales grupos sociales, según lo explicado por esa Corporación. En cuanto a los efectos de dicha sentencia en el tiempo, la Corte resolvió lo siguiente: “*Segundo.- Diferir los efectos de la inexecutable declarada por el término de dos (2) años,*

de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia". En la parte considerativa, la Corte Constitucional justificó esta decisión así:

*"46. La existencia de un vacío normativo sobre la materia ambiental en el ámbito minero, en criterio de la Corte, lleva a una situación de grave e inaceptable riesgo de los bienes constitucionales antes reseñados. **Esta circunstancia implica la necesidad de diferir los efectos de la inconstitucionalidad de la Ley 1382/10, en tanto varios de sus contenidos prevén cláusulas de protección ambiental que se consideran imprescindibles para la garantía de los derechos mencionados en este acápite.** Además, debe tenerse en cuenta que en el caso analizado no es factible hacer uso de una sentencia integradora, habida consideración que esta opción tampoco cumpliría la condición cuyo incumplimiento motiva la presente sentencia, esto es, la omisión de la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.*

*"En consecuencia, acorde con la defensa de la supremacía e integridad de la Constitución, la Corte considera que si bien se constata la existencia de una contradicción con la normatividad superior que impone la exclusión del ordenamiento jurídico de la Ley 1382/10, **también es cierto que con el retiro inmediato de la ley desaparecerían normas que buscan garantizar la preservación de ciertas zonas del impacto ambiental y de las consecuencias perjudiciales que trae la exploración y explotación minera.** Por tal motivo, como se indicó, es necesario diferir los efectos de la sentencia de inexecutable por un lapso de dos años, de manera que a la vez que se protege el derecho de las comunidades étnicas a ser consultadas sobre tales medidas legislativas, **se salvaguarden los recursos naturales y las zonas de especial protección ambiental,** indispensables para la supervivencia de la humanidad y de su entorno. A su vez, en consonancia con el precedente aplicado en esta oportunidad, **la Corte concede el término prudencial antes señalado para que tanto por el impulso del Gobierno, como del Congreso de la República y dentro de sus competencias, den curso a las medidas legislativas dirigidas a la reforma del Código de Minas,** previo el agotamiento de un procedimiento de consulta previa a las comunidades indígenas y afrocolombianas, en los términos del artículo 330 de la Carta Política. Bajo la misma lógica, **en caso que esa actividad sea pretermitida por el Gobierno y el Congreso una vez culminado el término de dos años contados a partir de la expedición de esta sentencia, los efectos de la inconstitucionalidad de la Ley 1382/10 se tornarían definitivos,** excluyéndose esta norma del ordenamiento jurídico". (Resaltamos).*

De esta forma, la Ley 1382 de 2010 siguió rigiendo y, por ende, produciendo plenos efectos jurídicos durante dos (2) años después de proferida la sentencia de la Corte Constitucional, es decir, hasta el 11 de mayo de 2013, momento en el cual dicha ley desapareció del ordenamiento jurídico.

Vale la pena aclarar que aun cuando el referido fallo se dio a conocer mediante el comunicado de prensa N° 21 del 13 de mayo de 2011, la Sala considera que el plazo de dos (2) años establecido por la Corte Constitucional para que continuara rigiendo transitoriamente la Ley 1382, no se debe contar desde ese día, como se

asume en la consulta, sino desde la fecha de la sentencia, es decir, el 11 de mayo de 2011, por las siguientes razones:

(i) En primer lugar, porque así lo dijo la misma Corte en la providencia que se comenta. En efecto, aunque la parte resolutive se limitó a decir que se diferían los efectos de la inexecutable declarada “*por el término de dos (2) años, de conformidad en la parte motiva de la sentencia*”, en la parte considerativa la Corte Constitucional expresó: “... *en caso que esa actividad (se refería a la adopción de una nueva ley) sea pretermitida por el Gobierno y el Congreso una vez culminado el término de dos años contados a partir de la expedición de esta sentencia, los efectos de la inconstitucionalidad de la Ley 1382/10 se tornarán definitivos...*” (resaltamos).

(ii) En segundo lugar, porque este mismo entendimiento lo ratificó la Corte en la sentencia C-027 de 2012¹³, mediante la cual decidió atenerse a lo resuelto en el fallo C-366 de 2011, por existir cosa juzgada, al fallar sobre dos nuevas demandas de inconstitucionalidad que se presentaron contra la Ley 1382. En aquella providencia dijo la Corte Constitucional:

*“3.1. Habida cuenta que la Corte Constitucional el once (11) de mayo de dos mil once (2011) en la Sentencia C - 366 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) ordenó declarar **INEXEQUIBLE** la Ley 1382 de 2010, “por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas” y diferir los efectos de la inexecutable declarada por el término de dos (2) años, se dispone en esta ocasión **ESTARSE A LO RESUELTO** en esta decisión de tal manera que la Ley 1382 de 2010 sólo quedará excluida del ordenamiento jurídico, al cabo de dos (2) años de proferida esta decisión”.* (Negrillas del original; se subraya).

(iii) Y finalmente, porque la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que los fallos que dicta esa Corporación al ejercer el control constitucional de las leyes, ya sea de executable o de inexecutable, producen efectos jurídicos *erga omnes a partir de la fecha de la sentencia*, que corresponde al día en que la misma es adoptada por la Sala Plena, y no desde el momento en que la providencia es notificada ni tampoco desde que queda ejecutoriada. A este respecto, la Corte manifestó lo siguiente en el auto A022 de 2013¹⁴:

*“Los argumentos expuestos demuestran que el comunicado de prensa es una herramienta útil para la comunicación del sentido de las decisiones que adopta la Corte en ejercicio del control de constitucionalidad, **las cuales tienen efectos a partir del momento en que se adoptan**, pues así lo exige la vigencia de los principios de legalidad, seguridad jurídica y preservación de la cosa juzgada constitucional. (...)*” (Subrayamos).

Aunque esa Corporación, en el citado auto, pareciera partir del supuesto de que los comunicados de prensa se emiten siempre el mismo día en que se adoptan

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C- 027 del 27 de enero de 2012. Expedientes D -8385 y D-8390.

¹⁴ Corte Constitucional. Auto A022 del 14 de febrero de 2013. Solicitud de nulidad de la sentencia T-716 de 2011.

las respectivas decisiones, por lo cual no analizó específicamente al problema jurídico que surge cuando la sentencia se adopta un día pero se comunica al público en una fecha posterior, tal como ocurrió justamente con la sentencia C-366 de 2011, que declaró la inexecutable de la Ley 1382 de 2010, dicho problema resulta irrelevante en este caso, porque, como se ha indicado, el efecto principal de la referida providencia, que fue la exclusión de la Ley 1382 del ordenamiento legal, no se produjo desde el día siguiente al de la adopción de la sentencia, como ordinariamente acontece, sino dos (2) años después, momento en el cual, como es obvio, la decisión judicial ya era plenamente conocida por todas las personas.

Por lo tanto, en el caso de la consulta, la fecha de adopción de la decisión judicial, si bien no marca el momento a partir del cual la ley declarada inexecutable salió del ordenamiento positivo, sí determina el día a partir del cual debe contarse el plazo señalado por la Corte Constitucional para diferir los efectos del fallo. En conclusión, el referido plazo venció dos (2) años después de la fecha de la sentencia C-366 (11 de mayo de 2011), es decir, el 11 de mayo de 2013, razón por la cual el 12 de mayo del mismo año, la Ley 1382 ya no hacía parte del ordenamiento jurídico colombiano y, de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria y reiterada de la Corte Constitucional, revivieron en ese momento las normas que la citada ley había derogado o modificado, a menos que aquellas resultaran ostensiblemente contrarias a la Carta Política¹⁵.

Ahora bien, con el fin de analizar los efectos concretos que produjo para el Estado y para los proponentes y concesionarios mineros, en los casos descritos en la consulta, la declaratoria de inexecutable de la citada ley, es pertinente recordar los diferentes efectos que, en general, están llamadas a generar las sentencias dictadas por la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad, en relación con la vigencia de las leyes y las situaciones jurídicas ocurridas al amparo de ellas. La misma Corte, en la sentencia T-389 de 2009¹⁶, sintetizó el asunto planteado en los siguientes términos:

*“Efectos de las sentencias de control de constitucionalidad dictadas por la Corte Constitucional. 12.- Los efectos de las sentencias de control de constitucionalidad dictadas por la Corte Constitucional deben ser analizados desde dos perspectivas. La primera relativa a los efectos sobre la vigencia e interpretación de la norma a partir de la respectiva sentencia, y la segunda relativa a determinar desde cuándo se siguen dichos efectos, es decir, **los efectos en el tiempo de las sentencias de control de constitucionalidad.***

“Sobre los efectos en la vigencia y la interpretación de las disposiciones objeto de control, la Corte Constitucional dicta tres modalidades de fallos de mérito¹⁷. El

¹⁵ Sobre este tema, pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias C-402 del 26 de mayo de 2010 (exp. D-7846) y C-251 del 6 de abril del 2011 (exp. RE-179).

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-389 del 28 de mayo de 2009. Expediente T-1400804.

¹⁷ “[11] Si bien también existen otros fallos, cuya fórmula es “estarse a lo resuelto” o “inhibición”, para efectos de lo que se quiere explicar en la presente providencia, resulta suficiente señalar que un fallo de “estarse a lo resuelto”, se produce a partir de la configuración de la cosa juzgada y se refiere a una executable (simple o condicionada) o a una inexecutable. Mientras que el fallo inhibitorio no es una modalidad de decisión de mérito, es decir no es ni una executable (simple o condicionada) ni una inexecutable. De otro lado, la noción de los efectos sobre las normas objeto de control de constitucionalidad, se extiende a las disposiciones de los tratados internacionales, cuyo contenido es también objeto de control, en los términos del artículo 241-10 de la Constitución”.

fallo de exequibilidad (simple), que permite la entrada en vigencia, o deja la norma vigente en el ordenamiento jurídico en las condiciones en las que fue emitida por el legislador. El fallo de inexecutable, que impide la entrada en vigencia, o termina la vigencia de la norma, luego ésta sale del ordenamiento jurídico, y prohíbe la reproducción y aplicación de su contenido a todas las autoridades (art. 243 C.N). Y el fallo de exequibilidad condicionada, que permite la entrada en vigencia, o deja la norma vigente en el ordenamiento jurídico, pero siempre que se interprete como la Corte expresamente lo establezca.

“13.- Ahora bien, los efectos en el tiempo de las consecuencias de las sentencias sobre las normas objeto de control, se circunscriben a los fallos de inexecutable y exequibilidad condicionada. La regulación de los efectos temporales de estos fallos, se ha diseñado a partir de varias fuentes normativas; la Constitución (arts. 243), la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270/96, art. 45), la aplicación de los principios generales del derecho sobre la vigencia de las normas jurídicas y la jurisprudencia constitucional. (...)

“14.- De este modo, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado las características principales y generales de los efectos en el tiempo de las sentencias de control de constitucionalidad... Dichas características, derivan en gran medida de los efectos en el tiempo de las normas de derecho. En este orden, se tiene que el efecto temporal de las proposiciones jurídicas es por regla general, (i) la aplicación general, inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad, y (ii) siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal, esto es, que quien produce la norma tiene prima facie, la posibilidad de asignarle efectos temporales distintos de los que sugiere la regla general descrita.

“Luego, aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma. Este efecto temporal, coincide con la noción de los efectos temporales de actos jurídicos, denominados efectos ex nunc. Éstos suponen justamente, efectos inmediatos, hacia el futuro y vinculantes para situaciones jurídicas originadas en el pasado y en curso. La Corte Constitucional ha desarrollado pues, la tesis según la cual, por regla general los efectos de sus sentencias de constitucionalidad son ex nunc, salvo que la misma Corte asigne otros efectos temporales, en los términos del artículo 45 de la Ley 270 de 1996.

“15.- Junto a estas características generales de los efectos temporales de las normas, se encuentran otras como son la irretroactividad o prohibición de retroactividad y la ultractividad. La primera, complementaria a la regla general y referida a la imposibilidad genérica de afectar situaciones jurídicas consolidadas, a partir de la entrada en vigencia de una disposición jurídica nueva. El alcance de esta prohibición, consiste en que la norma no tiene per se la virtud de regular situaciones que se han consolidado jurídicamente antes de su promulgación. Ello sería posible sólo si la misma norma así lo estipula.

“Así pues, la jurisprudencia constitucional ha acogido también el contenido del fenómeno de la irretroactividad o prohibición de retroactividad, como aspecto fundamental del desarrollo de los efectos temporales de sus sentencias de control de constitucionalidad. Su fundamento implica el reconocimiento de principios constitucionales como el de la buena fe y confianza legítima¹⁸ y el de seguridad jurídica¹⁹, entre otros. Y, encuentra su desarrollo específico en contenidos normativos constitucionales como por ejemplo, la garantía de los derechos adquiridos en materia de seguridad social²⁰ y civil²¹, así como el principio de legalidad en materia sancionatoria²², entre otros. **Estas disposiciones constitucionales procuran que las nuevas regulaciones normativas respeten situaciones que se han consolidado jurídicamente en pasado, lo cual trae como consecuencia la limitación de las normas de derecho para retrotraer sus efectos con el fin de alterar eventos cuyos resultados jurídicos se dieron antes de su vigencia. No obstante, como se dijo, el alcance de esta prohibición consiste en que no se pueden presumir los efectos retroactivos, aunque, si pueden establecerse de manera expresa.**

“De otro lado, el fenómeno de la ultractividad, es la situación en la que una norma sigue produciendo efectos jurídicos después de haber sido derogada. Estos efectos se dan de manera concurrente con los efectos de la ley derogatoria, pero sólo frente a ciertas situaciones que se consolidaron jurídicamente a partir de lo contenido en la norma derogada mientras estuvo vigente. El efecto ultractivo es la consecuencia de la irretroactividad, y por ello se fundamenta también en el respeto que nuestro orden jurídico garantiza a las situaciones jurídicas consolidadas, respecto de los efectos de normas nuevas.

“En tanto la ultractividad se presenta a partir del fenómeno de la derogación normativa, no es propia de los efectos de las sentencias. Aunque, un fenómeno similar, pero no igual, se presenta cuando una disposición normativa se declara inexecutable. En dicha situación la jurisprudencia constitucional ha explicado que debido a la irretroactividad de las sentencias de control de constitucionalidad, se deben respetar las consecuencias jurídicas de la aplicación de la norma mientras estuvo vigente. Esto es, entre el momento de su entrada en vigencia y su declaratoria de inexecutable. De otro lado, tal como se ha dicho sólo si la misma Corte Constitucional así lo decide y expresamente lo señala, los efectos de la sentencia de inexecutable pueden ser retroactivos, caso en el cual no se aplicaría la regla general según la cual se respetan las consecuencias jurídicas de la vigencia de la norma que con posterioridad se declare inexecutable.

18 “[13] Constitución de 1991. Artículo 83”.

19 “[14] *Ibidem*. Artículo 2”.

20 “[15] *Ibidem*. Artículo 48, inciso séptimo”.

21 “[16] *Ibidem*. Artículo 58.

22 “[17] *Ibidem*. Artículo 28”.

23 “[18] Sobre la distinción entre normas derogadas que siguen produciendo efectos los cuales pueden ser objeto de control de constitucionalidad, y las normas declaradas inexecutables que han producido efectos jurídicos entre el momento de su entrada en vigencia y su declaratoria de inexecutable, se puede consultar el Auto de Sala Plena A-089 de 2008 (fundamento jurídico # 3)”.

“16.- Ahora bien, la situación contraria a la irretroactividad, es decir los efectos retroactivos, coinciden con el efecto de los actos jurídicos que pretenden afectar situaciones del pasado, denominados efectos ex tunc. Éstos, son propios de las nulidades o anulaciones. Implican justamente, que las situaciones surgidas del acto que se anula, deben ser modificadas para dejarlas como estaban antes de su expedición. Esto es, como si el acto no se hubiera producido.

“La Corte Constitucional ha descartado pues, los efectos ex tunc para sus sentencias de control de constitucionalidad como efecto general, aunque dichos efectos – se insiste- pueden darse si la Corte así lo estipula de manera expresa²⁴. Y, la justificación de su exclusión sugiere, tal como se ha explicado, el respeto y garantía por situaciones jurídicamente consolidadas, por los derechos adquiridos y por los principios de la buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, entre otros.

“17.- Por último, conviene señalar que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado también efectos de inexecutable diferidos hacia el futuro. Este evento consiste en que la Corte Constitucional declara inexecutable una norma pero difiere en el tiempo y hacia el futuro la consecuencia práctica de dicha declaratoria, cual es la salida de la norma del ordenamiento jurídico. Lo anterior tiene como consecuencia que la norma estará vigente y producirá efectos jurídicos, después de la sentencia que la declara inexecutable, pero dicha vigencia culminará en la fecha en la que la Corte haya dispuesto su salida del ordenamiento²⁵.” (La Sala resalta).

De lo explicado por la Corte Constitucional se concluye: (i) que la Ley 1382 de 2010 sólo desapareció del ordenamiento jurídico después de vencido el plazo de dos (2) años fijado expresamente en la sentencia C-366 de 2011, es decir, el 12 de mayo de 2013; (ii) que la mencionada ley produjo plenos efectos jurídicos entre el día siguiente a su promulgación (9 de febrero de 2010) y la fecha en la que venció el término anteriormente referido (11 de mayo de 2013); (iii) que los derechos válidamente adquiridos por los particulares y el Estado, los contratos perfeccionados y, en general, las situaciones jurídicas debidamente consolidadas al amparo de la Ley 1382, no pueden ser desconocidos ni afectados de ninguna forma por la declaratoria de inexecutable de la citada ley, ya que tal decisión no se adoptó con efectos retroactivos, y (iv) finalmente, que los procedimientos y las situaciones jurídicas iniciadas y en curso durante la vigencia de la misma ley, pero que no se alcanzaron a perfeccionar o consolidar al momento en el que ésta salió del ordenamiento jurídico, resultaron afectadas por la decisión de la Corte, debido a los efectos retrospectivos que tales fallos producen y a la “reviviscencia” de las normas derogadas o modificadas por la Ley 1382 de 2010, motivo por el cual esos

²⁴ “[19] Cr, entre otras la sentencia C-426 de 2007. En esta sentencia se declaró inexecutable una norma derogatoria de otra que consagraba la autoridad competente para organizar y disponer el concurso para notarios públicos. Como quiera que la norma derogatoria no incluyó lo relativo a la autoridad en mención, fue excluida del ordenamiento (declarada inexecutable) desde el momento de su entrada en vigencia, es decir la sentencia tuvo efectos retroactivos, y se ordenó la reincorporación de la norma derogada. Otras sentencias con efectos retroactivos son C-870 de 1999, C-002 de 1999, C-080 de 1999, C-037 de 1994”.

²⁵ “[20] Como ejemplo de esta modalidad de efectos en el tiempo de sentencia de control de constitucionalidad, denominado inexecutable diferida, se pueden consultar entre otras las sentencias C-737 de 2001, C-141 de 2001, C-700 de 1999 y la sentencia C-221 de 1997 que declara una inexecutable condicionada temporal, por 5 años, al cabo de los cuales la norma resulta inexecutable (inexecutable diferida)”.

procedimientos y situaciones deben seguirse rigiendo por las disposiciones que resurgieron²⁶ al declararse inexecutable la Ley 1382, así como por las demás normas que se encuentran vigentes.

Finalmente, es necesario comentar que, aun cuando los efectos en el tiempo de las normas derogatorias guardan cierta semejanza con los efectos temporales de las sentencias de inexecutable, tales efectos no son idénticos, como lo ha explicado la jurisprudencia y la doctrina, por cuanto ambas circunstancias parten de fundamentos distintos. Así, la derogatoria implica una valoración que hace quien expide la nueva disposición (ya sea el legislador ordinario o extraordinario, el Gobierno Nacional o la autoridad competente), por razones de conveniencia, para concluir que la norma anterior debe ser sustraída total o parcialmente del ordenamiento jurídico, mientras que la inexecutable supone siempre un juicio de valor que hace el operador judicial entre el precepto de inferior jerarquía y las normas y principios de la Constitución Política, el cual conduce a desvirtuar la presunción de validez que revestía a la norma acusada o revisada y, por lo tanto, a dejarla sin fundamento jurídico.

Por ello, aunque resulta normal y aceptable que una disposición derogada expresa o tácitamente siga aplicándose, no sólo a las situaciones jurídicas consolidadas en vigencia de la misma, sino incluso a situaciones jurídicas iniciadas durante su vigencia **y que no hubiesen concluido cuando dicha norma fue derogada**, si así lo dispone expresamente el legislador, no es aceptable, en principio, que un precepto que haya sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional pueda seguirse aplicando a situaciones jurídicas que se encontraban en curso al momento en que el fallo de inconstitucionalidad produzca efectos, es decir, cuando la norma cuestionada sea efectivamente expulsada del ordenamiento jurídico. Esto obedece a que tales situaciones jurídicas no podrían seguirse rigiendo por una norma que ha sido declarada como opuesta a la Constitución Política por el órgano judicial competente. Esta distinción ha sido abordada tanto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado como por la doctrina de esta Sala. La Corte Constitucional en la sentencia C-901 de 2011²⁷ manifestó:

*“La derogación tiene como función “dejar sin efecto el deber ser de otra norma, expulsándola del ordenamiento”²⁸. Por ello se ha entendido que la derogación es la cesación de la vigencia de una disposición como efecto de una norma posterior”²⁹, **que no se fundamenta en un cuestionamiento sobre la validez de la normas, por ejemplo, cuando es declarada inexecutable, “sino en criterios de oportunidad libremente evaluados por las autoridades competentes, y en especial, en relación con las leyes por el Congreso. Así la derogación no deriva de conflictos entre normas de distinta jerarquía sino de la libertad política del legislador. La derogación no afecta tampoco ipso iure la eficacia de la norma derogada, pues en general***

26 Lo cual sucede, en particular, con las normas de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas) que la Ley 1382 de 2010 modificó y derogó.

27 Corte Constitucional. Sentencia C-901 del 30 de noviembre de 2011. Exp. D-8551.

28 “[8] Ver, entre otras, la sentencia C-055 de 1996. Fundamento jurídico No. 6. A nivel de la doctrina, ver Hans Kelsen, Ulrich Klug. Normas jurídicas y análisis lógico. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp 71”.

29 “[9] Sentencia C-443 de 1997”.

las situaciones surgidas bajo su vigencia continúan rigiéndose por ella, por lo cual la norma derogada puede mantener su eficacia, la cual poco a poco se va extinguiendo. Esto es precisamente lo que justifica que la Corte se pronuncie incluso sobre normas derogadas cuando éstas siguen produciendo efectos, con el fin de hacerlos cesar, por ministerio de la declaratoria de inexecutable, si tales efectos son contrarios a la Carta”.³⁰

Esta Sala, por su parte, apoyada en la jurisprudencia de la Corte y del Consejo de Estado, ha sostenido³¹:

“1. Los efectos de la inexecutable declarada mediante la sentencia C – 175 de 2009 de la Corte Constitucional. El pronunciamiento de la Corte Constitucional es inequívoco en señalar que los efectos de la mencionada declaratoria se proyectan hacia el futuro, de lo cual se sigue que la Corte dejó a salvo los efectos jurídicos que se ejecutaron o consolidaron en vigencia de la norma objeto de declaración.

“Lo sostenido en precedencia no sólo tiene sustento en la sentencia C – 175 y en el artículo 45 de la ley estatutaria citada, sino que es concordante con la jurisprudencia que de tiempo atrás ha seguido el Consejo de Estado sobre la materia, destacándose el siguiente aparte:

*“...los efectos de la inexecutable y de la derogatoria ofrecen diferencias sustanciales que no permiten ninguna equiparación: **la norma derogada puede y debe ser aplicada con posterioridad a su derogatoria, en relación con situaciones creadas bajo su vigencia. En cambio, hacia el futuro el efecto de la inexecutable es más amplio que el de la derogatoria porque, desvirtuado en la sentencia el crédito general de conformidad con la Constitución y, por consiguiente, extinguida la fuerza jurídica que la norma superior le comunicaba a la inferior, debe considerársela para lo sucesivo, como si no hubiere existido. Hacia el pasado, y, por razón antes apuntada, de la validez que le comunica la norma superior a la inferior, todo lo ejecutado en función de aquella también tiene plena validez, lo mismo que las situaciones jurídicas constituidas y, en mayor medida, las decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas, por razón de los efectos de la ‘cosa juzgada’. (...)**”³².*

*“Por otra parte, la Corte Constitucional siguiendo la tradición jurídica colombiana en la materia³³, indicó en sentencia C – 145 de 1994 que **con la declaratoria de***

30 “[10] *Ibidem*. No se puede confundir el estudio sobre la vigencia de una determinada norma con el examen de validez, toda vez que “la derogatoria es un fenómeno de teoría legislativa donde no sólo juega lo jurídico sino la conveniencia político-social, mientras la inexecutable es un fenómeno de teoría jurídica que incide tanto en la vigencia como en la validez de la norma. Luego, dentro del ordenamiento jurídico no es lo mismo inexecutable que derogación” (sentencia C-145 de 1994. Cfr. sentencias C-775 de 2010, C-402 de 2010, C-736 de 2006, C-159 de 2004, C-443 de 1997 y C-055 de 1996”).

31 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N° 1.953 del 6 de agosto de 2009. En el mismo sentido se había pronunciado la Sala en los conceptos Nos. 1188 del 9 de junio de 1999 y 1939 del 18 de febrero de 2009, entre otros.

32 “[13] Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de mayo 22 de 1974, C.P. Dr. Carlos Galindo Pinilla, Actor: José Raúl Noguera Solarte, expediente 2013.”

33 “[14] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 22 de junio de 1982, Ponentes Luis Carlos Sáchica y Ricardo Medina Moyano, Gaceta Judicial T-171, págs. 311 y ss. En dicha oportunidad, cuando la Corte Suprema tenía funciones de control de constitucionalidad, al definir la acusación contra el artículo 146 del Decreto 294 de 1973, reconoció que las normas derogadas por el Acto Legislativo N° 1 de 1979 reviven al ser inexecutable éste. Dijo entonces la Corte: “Al ser declarada inexecutable la modificación introducida en el parágrafo del artículo 208 de

inexequibilidad se restauran ipso jure, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento constitucional, las normas que habían sido derogadas por los apartes de una Ley. Esta determinación de la Corte, reiteró lo expuesto en la sentencia C – 608 de diciembre 14 1992... (Negrillas añadidas).

Las distinciones efectuadas hasta ahora son relevantes para abordar las preguntas formuladas por el Ministerio de Minas en esta consulta, pues, como más adelante se verá, es diferente la situación de las personas que habían presentado propuesta de concesión minera al amparo de la Ley 1382 de 2010, y la cual hubiese sido rechazada o no hubiera sido objeto de pronunciamiento alguno por parte de la autoridad competente al momento de ser retirada esa ley del ordenamiento jurídico, de la situación de aquellos que adquirieron un título minero en vigencia de la Ley 1382, es decir, que perfeccionaron un contrato de concesión minera, por haberse firmado e inscrito en el Registro Minero Nacional antes de que la citada normatividad quedara por fuera del ordenamiento positivo.

C. Proponentes que pagaron la primera anualidad del “canon superficial” en vigencia de la Ley 1382 de 2010

Como se ha reseñado, la Ley 1382 de 2010 (artículos 16 y 20) estableció la obligación de pagar en forma anticipada la primera cuota o anualidad del canon superficial durante la etapa de presentación de la propuesta y, más específicamente, “*dentro de los tres (3) días siguientes al momento en que la Autoridad Minera, mediante acto administrativo, determine el área libre susceptible de contratar*”.

En este punto, es pertinente recordar que la presentación de la propuesta solo genera un derecho de prelación para el respectivo oferente, que consiste en el derecho a que el Estado lo prefiera para entregarle en concesión una determinada zona, con el fin de realizar labores de exploración y explotación mineras, sobre otras personas que soliciten posteriormente la entrega en concesión de la misma área, para la explotación de la citada clase de minerales o materiales.

Pero en relación con la facultad de explorar y explotar los recursos naturales no renovables que puedan encontrarse en el territorio solicitado, la presentación de la oferta no otorga derecho alguno al proponente, ya que tales derechos solo surgen con el perfeccionamiento del contrato de concesión, lo cual exige, como se ha indicado, la firma del documento que lo contiene por las dos partes y su inscripción en el Registro Minero Nacional. La propuesta forma parte de un procedimiento administrativo precontractual, que solamente concluye con el perfeccionamiento del citado contrato y que, mientras tanto, apenas genera expectativas (por lo general válidas o legítimas) para el oferente.

la Constitución por el acto Legislativo número 1 de 1979, y revivir el antiguo párrafo de dicha disposición, adoptada como artículo 67 del Acto Legislativo número 1 de 1968, recuperó también su vigencia el artículo 146 acusado y por tanto, la Corte puede ejercer su jurisdicción constitucional sobre la norma demandada.”

Así lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-983 de 2010³⁴, en la cual declaró exequible el parágrafo segundo del artículo 230 del Código de Minas, adicionado por el artículo 16 de la Ley 1382 de 2010, que obligaba a pagar la primera anualidad del canon superficiario dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de dicha ley, a los proponentes y concesionarios que hubieran presentado ofertas o adquirido títulos mineros antes de expedirse la misma ley, so pena de rechazo o caducidad, respectivamente. En esta providencia dijo la Corte:

“(i) La norma demandada hace relación a dos situaciones distintas: de un lado a las propuestas que se encuentren en trámite, y de otro lado, a los títulos mineros que no hubieren pagado la anualidad, ambas situaciones referidas al momento de entrada de la Ley 1382 de 2010, para estipular como causal de rechazo o de caducidad, según el caso, el que no se hubiere pagado el canon superficiario, el cual deberá pagarse dentro de los tres meses siguientes a la promulgación de la ley.

*“(ii) **En el caso de las propuestas** presentadas que se encuentren en trámite, es claro para la Corte que no afecta ni el debido proceso administrativo, ni los derechos adquiridos. Lo anterior, por cuanto el Legislador, de una parte, fija un requisito para la prosperidad de la propuesta, con pleno respeto de las garantías inherentes al debido proceso administrativo, y de otra parte, **si la propuesta se encuentra en trámite, es claro que no existe todavía una situación consolidada para el proponente que constituya un derecho adquirido, ya que mientras la propuesta se encuentre en trámite y no se haya perfeccionado el contrato de concesión minera, no existen derechos adquiridos de los proponentes.** En este caso, encuentra la Corte que lo que hace el Legislador, es determinar que se concede un término de tres meses para que se pague el canon superficiario por parte del proponente, disposición que no puede considerarse violatoria del debido proceso administrativo, ni de derechos adquiridos, por cuanto en este caso existen meras expectativas legítimas”. (negritas ajenas al texto).*

Vale la pena aclarar que cuando se dictó esta sentencia, la misma Corte no había declarado aún la inexecutable de la Ley 1382 en su totalidad, razón por la cual la norma acusada en aquella ocasión (artículo 16) se encontraba vigente y no estaba afectada por el fenómeno de la cosa juzgada que generó la declaratoria de inexecutable de la citada ley.

De lo anterior se deduce, entonces, que una vez declarada inexecutable la Ley 1382 de 2010 mediante la sentencia C-366 de 2011, y vencido el plazo otorgado por la misma Corte Constitucional para que la citada ley continuara produciendo transitoriamente efectos jurídicos, las disposiciones de la misma solo podían continuar aplicándose a las situaciones jurídicas que quedaron plenamente consolidadas al amparo de dicha ley, como sucede con los contratos de concesión que fueron debidamente perfeccionados durante su vigencia, pero no para las situaciones jurídicas que se encontraban en curso, como ocurre con las propuestas

³⁴ Corte Constitucional, sentencia del 1º de diciembre de 2010. Expediente N° D-8171.

que se hubiesen presentado y, en general, con los procedimientos precontractuales que se hallaran en trámite.

En esa medida, a partir del 12 de mayo de 2013, las normas que obligaban a los proponentes a efectuar el pago de la primera anualidad del canon superficiario antes de la celebración del respectivo contrato, y que establecían los eventos en los cuales el Estado podía disponer de dichos recursos o, por el contrario, estaba obligado a reintegrarlos, es decir, los artículos 16 y 20 de la Ley 1382 de 2010, principalmente, desaparecieron del ordenamiento jurídico por ser violatorias de la Constitución. En consecuencia, desde ese momento tales disposiciones no pueden ser aplicadas por ningún particular o autoridad pública.

Lo anterior permite concluir que desde la fecha señalada, el Estado no tiene título jurídico alguno que le permita incorporar los recursos percibidos por este concepto al presupuesto de la Agencia Nacional de Minería (ANM) o de otra entidad pública y disponer de los mismos, ni tampoco para mantener tales sumas de dinero en su poder, independientemente de que las propuestas que dieron lugar a su pago se encuentren aún en trámite o hayan sido rechazadas definitivamente por cualquier motivo o causal.

En efecto, si las propuestas se encontraban en trámite el 11 de mayo de 2013, porque no existía pronunciamiento alguno de la autoridad minera, o porque los respectivos oferentes habían sido objeto de requerimientos para aclarar, corregir o adicionar sus ofrecimientos, o bien porque las propuestas fueron rechazadas pero el interesado interpuso algún recurso dentro de la actuación administrativa que no se hubiera resuelto aún, entonces el procedimiento respectivo se encontraba todavía en trámite y, por lo tanto, ni el Estado ni los oferentes tenían derechos adquiridos (con excepción del derecho de preferencia antes explicado), por lo cual ninguno de los dos podía continuar aplicando las disposiciones de la Ley 1382.

Por lo tanto, a partir de ese momento, el Estado carecía de título jurídico para mantener las sumas de dinero recibidas por concepto de la primera anualidad del canon superficiario pagado por los proponentes, y menos aun para incorporar esos recursos en el presupuesto de la ANM y disponer de los mismos.

Finalmente, es pertinente mencionar que aun si se considerara, en gracia de discusión, que las disposiciones de la Ley 1382 de 2010 debieran seguirse aplicando a las ofertas que fueron presentadas durante su vigencia, haciendo caso omiso de los argumentos de tipo constitucional que se han desarrollado sobre los efectos de las sentencias de inexecutable, se llegaría a la misma conclusión que se ha formulado, aunque por un camino distinto.

En efecto, es necesario reconocer que la Ley 1382 adolecía de un importante vacío en relación con la apropiación o devolución de las sumas recibidas de los proponentes por concepto de la primera anualidad del canon superficiario, ya que, por una parte, establecía que el Estado solamente podía disponer de dichos recursos **cuando se celebrara el contrato de concesión**, pero al mismo tiempo preceptuaba

que únicamente había lugar a la devolución de tales sumas en dos (2) eventos: (i) cuando la propuesta se superpusiera total o parcialmente con otra propuesta anterior o con un título minero, y (ii) cuando la autoridad ambiental competente negara la sustracción de la zona de reserva forestal solicitada por el interesado.

Sin embargo, al revisar el artículo 274 del código minero, tal como fue modificado por el artículo 20 de la Ley 1382 de 2010³⁵, se constata que existían cinco (5) causales distintas para rechazar la propuestas, incluyendo la de no acreditar el oferente el pago de la primera anualidad del canon superficiario, la cual, como es obvio, no podía tenerse en cuenta para determinar los eventos en los que hubiera lugar a efectuar la devolución de la primera cuota de esta obligación.

Es necesario preguntarse, entonces, ¿qué sucedía si la propuesta era rechazada por alguna de las otras dos (2) causales que establecía el citado artículo 20 de la Ley 1382, vale decir: (i) si no se acreditaban todos los requisitos establecidos en el artículo 271 del Código de Minas, o (ii) si no se daba cumplimiento al requerimiento de subsanar las deficiencias de la propuesta? Igualmente habría que cuestionarse qué ocurría si un proponente desistía de su oferta voluntariamente?

Al aplicar literalmente lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley 1382 de 2010 se llegaría a la conclusión de que en tales casos el Estado **no puede disponer de las sumas respectivas, pero tampoco puede devolverlas** a los particulares que efectuaron su pago, solución que a todas luces resulta absurda e injusta, pues implicaría que tales recursos quedaran en una especie de “limbo” jurídico y financiero, y que no beneficiarían ni al Estado ni a los antiguos proponentes.

Por lo tanto, es claro que dicho vacío tendría que llenarse, siguiendo las reglas de integración del derecho que consagra la ley, y que la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado. De esta forma, ante la imposibilidad jurídica de que el Estado se apropie de unos recursos que recibió anticipadamente de los proponentes, por carecer en lo absoluto de autorización legal o título jurídico para ello, la única alternativa factible sería la de reintegrar tales sumas de dinero a las personas que las pagaron, aplicando por analogía lo dispuesto en el segundo inciso del parágrafo primero del artículo 230 del Código de Minas, en la forma en que fue modificado por el artículo 16 de la Ley 1382. En este punto, resulta significativo mencionar lo dispuesto por el artículo 3º del Código de Minas, cuando dispone en su parágrafo:

*“Artículo 3º. Regulación completa. (...) Parágrafo. En todo caso, las autoridades administrativas a las que hace referencia este Código **no podrán dejar de resolver, por deficiencias en la ley, los asuntos que se les propongan en el ámbito de su***

35 “ Artículo 20. Modifícase el artículo 274 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas el cual quedará así:
Rechazo de la propuesta. La propuesta será rechazada en los siguientes casos:

1. Si el área pedida en su totalidad se hallare ubicada en los lugares y zonas señaladas en el artículo 34 de este Código siempre que no hubiere obtenido las autorizaciones y conceptos que la norma exige.
2. Si se superpone totalmente a propuestas o contratos anteriores.
3. Si no cumple con la presentación de todos los requisitos establecidos en el artículo 271 del presente Código.
4. Si no se cumple el requerimiento de subsanar las deficiencias de la propuesta.
5. Si no se acredita el pago de la primera anualidad del canon superficiario ”.

competencia. En este caso, **acudirán a las normas de integración del derecho y, en su defecto, a la Constitución Política**". (Resaltamos).

D. El caso de los concesionarios afectados con la suspensión de los trámites de sustracción de áreas en la reserva forestal de la Amazonía

Uno de los objetivos primordiales de la intervención del Estado en la economía es la protección y preservación del medio ambiente, como se desprende claramente de todas las disposiciones constitucionales que conforman lo que la Corte Constitucional ha venido en llamar "la constitución ecológica". Lo anterior es más evidente aun en el campo de la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables, dado el impacto negativo que dichas actividades ocasionan al medio ambiente, por lo general, como lo ha manifestado expresamente la Corte con fundamento en estudios científicos³⁶.

Es por esta razón que, aparte de lo previsto en la legislación ambiental, el Código de Minas estableció dos (2) categorías de áreas o zonas del territorio nacional en las cuales la actividad minera está vedada, en principio, o restringida. La primera categoría corresponde a las denominadas "*zonas excluibles de la minería*", que consagra el artículo 34 de dicho Código, y el segundo grupo corresponde a las llamadas "*zonas de minería restringida*", las cuales están descritas en el artículo 35 ibídem.

Estas categorías de áreas producen efectos jurídicos diferentes, como quiera que en las primeras no se puede realizar actividades mineras, por regla general, ni siquiera de tipo exploratorio, salvo que la autoridad ambiental competente, a solicitud del interesado, decida sustraer toda o parte de la zona protegida, lo cual, en todo caso, no es viable en los parques naturales nacionales o regionales, mientras que en las "*zonas de minería restringida*", pueden efectuarse trabajos y obras de exploración y explotación de minerales, pero con las restricciones, condicionamientos y permisos que señala el artículo 35 del Código de Minas. El artículo 34 de la misma normatividad, en la versión que regía antes de la Ley 1382 de 2010 y que está vigente de nuevo, dispone lo siguiente sobre las áreas excluibles de la minería:

“Artículo 34. Zonas excluibles de la minería. No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente y que, de acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia, expresamente excluyan dichos trabajos y obras.

“Las zonas de exclusión mencionadas serán las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional y zonas de reserva forestales.

36 Al respecto, pueden consultarse, entre otras, la sentencia C-339 del 7 de mayo de 2002, expediente D-3767, y la misma sentencia C-366 de 2011, antes citada.

Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales con la colaboración de la autoridad minera, en aquellas áreas de interés minero.

“Para que puedan excluirse o restringirse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en las zonas de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente, el acto que las declare deberá estar expresamente motivado en estudios que determinen la incompatibilidad o restricción en relación con las actividades mineras.

“No obstante, la autoridad minera previo acto administrativo fundamentado de la autoridad ambiental que decrete la sustracción del área requerida, podrá autorizar que en las zonas mencionadas en el presente artículo, con excepción de los parques, puedan adelantarse actividades mineras en forma restringida o sólo por determinados métodos y sistemas de extracción que no afecten los objetivos de la zona de exclusión. Para tal efecto, el interesado en el Contrato de Concesión deberá presentar los estudios que demuestren la compatibilidad de las actividades mineras con tales objetivos”. (Resalta la Sala).

Por su parte, el artículo 36 del Código de Minas establece los efectos que producen las citadas zonas en relación con los contratos de concesión, así:

“Artículo 36. Efectos de la exclusión o restricción. En los contratos de concesión se entenderán excluidas o restringidas de pleno derecho, las zonas, terrenos y trayectos en los cuales, de conformidad con los artículos anteriores, está prohibida la actividad minera o se entenderá condicionada a la obtención de permisos o autorizaciones especiales. Esta exclusión o restricción no requerirá ser declarada por autoridad alguna, ni de mención expresa en los actos y contratos, ni de renuncia del proponente o concesionario a las mencionadas zonas y terrenos. Si de hecho dichas zonas y terrenos fueren ocupados por obras o labores del concesionario, la autoridad minera ordenará su inmediato retiro y desalojo, sin pago, compensación o indemnización alguna por esta causa. Lo anterior, sin perjuicio de las actuaciones que inicien las autoridades competentes en cada caso cuando a ello hubiere lugar”.

Vale la pena mencionar que la Corte Constitucional, en la sentencia C- 339 de 2002, antes citada³⁷, declaró exequible en forma condicionada el artículo 34 de la Ley 685 de 2001, y declaró inexecutable una expresión que formaba parte del artículo 36 de la misma ley. En dicha providencia sostuvo la Corte lo siguiente, sobre la interpretación y la finalidad perseguida por el artículo 34:

“5. Artículo 34. Zonas excluibles de la minería. (...) El inciso primero prohíbe los trabajos de explotación y exploración minera en zonas que sean delimitadas y declaradas conforme con la normatividad vigente, como de protección de los recursos naturales renovables o del ambiente, o que expresamente excluyan el

³⁷ Ver pie de página anterior.

trabajo minero. Hasta aquí no existe ninguna objeción sobre la norma, porque **concuerta con los postulados axiológicos de la Constitución tendentes a las (sic) protección del medio ambiente y de los recursos naturales, reseñados al comienzo de estas consideraciones.**

“El inciso segundo señala que las zonas de exclusión se encuentran integradas por las siguientes áreas: a) el sistema de parques nacionales naturales, b) los parques naturales de carácter regional y, c) las zonas de reserva forestal. Con lo anterior se pretende la protección de la biodiversidad, de acuerdo con la gran importancia de Colombia a nivel mundial como lo reconoció la Corte cuando analizó el tema³⁸. La Corte precisa que además de las zonas de exclusión previstas en esta Ley, pueden existir otras, ya declaradas con anterioridad o que se declaren en el futuro por la autoridad ambiental.

“Naturalmente las zonas excluidas deben ser claramente delimitadas geográficamente y esta función se le asigna a la autoridad ambiental en integración y armonía con lo preceptuado por el artículo 5 de la ley 99 de 1993. Además incluye la colaboración de la autoridad minera en las áreas de interés minero, con lo cual se hace efectivo el principio de protección prioritaria de la biodiversidad del país junto con un aprovechamiento en forma sostenible, de acuerdo con lo (sic) principios universales y de desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992, ratificada por Colombia.

“Se hace necesario para la Corte señalar que la autoridad minera tiene el deber de colaborar con la autoridad ambiental, pero que este deber de colaboración no limita ni condiciona el ejercicio de la competencia de la autoridad ambiental quien es la que puede establecer las zonas de exclusión (...)”

En relación con el artículo 36, la Corte encontró inexecutable la expresión “de conformidad con los artículos anteriores”, pues en su criterio limitaba los efectos de las áreas de protección ambiental a las señaladas expresa y taxativamente en el Código de Minas, dejando por fuera otras zonas que hubieran sido excluidas o restringidas para la minería por leyes anteriores o que lo sean en el futuro.

Por otra parte, la Sala observa que el tratamiento dado por el Código de Minas a las áreas de reserva forestal armoniza plenamente con lo normado a ese respecto en el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto 2811 de 1974), que dispone en lo pertinente:

“Artículo 206. Se denomina área de reserva forestal la zona de propiedad pública o privada reservada para destinarla exclusivamente al establecimiento o mantenimiento y utilización racional de áreas forestales productoras, protectoras o productoras - protectoras.

³⁸ “[13] Sentencia C-519 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa”.

“Artículo 207. El área de reserva forestal solo podrá destinarse al aprovechamiento racional permanente de los bosques que en ella existan o se establezcan y, en todo caso, deberá garantizarse la recuperación y supervivencia de los bosques. (...)”

“Artículo 208. La construcción de obras de infraestructura, como vías, embalses, represas o edificaciones, **y la realización de actividades económicas dentro de las áreas de reserva forestal, requerirán licencia previa.** La licencia sólo se otorgará cuando se haya comprobado que la ejecución de las obras y el ejercicio de las actividades **no atenta contra la conservación de los recursos naturales renovables del área.** (...)”

“Artículo 210. Si en área de reserva forestal, por razones de utilidad pública o interés social, es necesario realizar actividades económicas que impliquen remoción de bosques o cambio en el uso de los suelos o cualquiera otra actividad distinta del aprovechamiento racional de los bosques, **la zona afectada deberá, debidamente delimitada, ser previamente sustraída de la reserva.**”

“También se podrán sustraer de la reserva forestal los predios cuyos propietarios demuestren que sus suelos pueden ser utilizados en explotación diferente de la forestal, siempre que no se perjudique la función protectora de la reserva”. (Resalta la Sala).

Ahora bien, la interpretación lógica, armónica y sistemática de las normas constitucionales y legales que se han mencionado, permite concluir con certeza que aun cuando el objetivo principal de las “zonas excluibles de la minería” (artículo 34) y de las “zonas de minería restringida” (artículo 35) es esencialmente el mismo, es decir, proteger el medio ambiente y, en algunos casos, los bienes de uso público o el patrimonio histórico, arqueológico y cultural, existe una diferencia fundamental entre estas dos categorías de áreas en cuanto a los efectos jurídicos que producen. En efecto, mientras que las primeras se entienden **excluidas, de pleno derecho, de los contratos de concesión minera**, por lo cual el concesionario **no adquiere derechos u obligaciones de ninguna clase en relación con las mismas**, las “zonas de minería restringida” pueden ser incluidas en los contratos de concesión, pero la ejecución de las respectivas actividades se entiende condicionada a la obtención de los permisos o autorizaciones especiales que se exigen en ciertos casos (por ejemplo, en las playas y zonas de bajamar o en sitios de interés arqueológico, histórico o cultural), así como al cumplimiento de ciertas restricciones y limitaciones específicas de tipo técnico que deben acatarse para la realización de esas labores. Esta interpretación aparece confirmada al revisar los antecedentes de la Ley 685 de 2001, en cuya exposición de motivos se puede leer³⁹:

“Zonas excluidas y restringidas de la minería. I. La legislación colombiana de minas, a semejanza de otras extranjeras y casi desde sus orígenes, **ha querido sustraer de la actividad minera ciertas zonas y lugares** que por sus características especiales, su afectación a ciertos servicios o por ser inherentes a ciertos valores y bienes

39 Gaceta del Congreso, año IIX, N° 113. Bogotá, 14 de abril de 2000.

que podrían destruirse o deteriorarse con las obras y labores extractivas, deben conservarse fuera de estas actividades en forma absoluta.

“Igualmente, hay otras áreas y lugares que, si bien están adscritas o destinadas a actividades prevalentes a la minería, sí es posible permitir en ellas la presencia de esta, bajo ciertas restricciones y condicionamientos. De unas y otras se ocupa el proyecto, agregando algunas zonas que por ser de especial valor para la conservación ecológica y ambiental deben también excluirse de la minería. (...)

“Es de anotar que entre las zonas excluidas o restringidas hay algunas, dentro de las cuales puede darse la presencia de trabajos, estudios e investigaciones mineras, si se realizan en forma limitada o condicionada al uso de ciertos métodos o técnicas. En estos casos habrá la posibilidad de adelantar estas actividades bajo ciertas autorizaciones especiales”. (Negrillas fuera del texto).

En apoyo a dicho entendimiento puede citarse también lo dispuesto por el artículo 274 del Código de Minas (versión original), que es del siguiente tenor:

“Artículo 274. Rechazo de la propuesta. La propuesta será rechazada si el área pedida en su totalidad se hallare ubicada en los lugares y zonas señaladas en el artículo 34 de este Código, si no hubiere obtenido las autorizaciones y conceptos que la norma exige; si se superpone totalmente a propuestas o contratos anteriores, si no cumple con los requisitos de la propuesta o si al requerirse subsanar sus deficiencias no se atiende tal requerimiento. En caso de hallarse ubicada parcialmente, podrá admitirse por el área restante si así lo acepta el proponente”. (Resalta la Sala).

Como puede apreciarse, esta disposición se encuentra en perfecta armonía con los artículos 34 y 36 del mismo código, al establecer que si la propuesta de concesión coincide en su totalidad con una “zona excluible de la minería”, dicha oferta debe ser rechazada, al paso que si solo coincide parcialmente, la propuesta puede ser admitida parcialmente, si lo acepta el oferente.

Si bien es cierto que el interesado puede solicitar a la autoridad ambiental competente que sustraiga todo o parte de una zona que se encuentre excluida de la minería, salvo en los parques naturales, para realizar actividades mineras en forma restringida, debe tenerse en cuenta lo siguiente: (i) en primer lugar, que dicha posibilidad no otorga derecho alguno al particular, ya que la autoridad ambiental puede decidir libremente si efectúa o no la sustracción, de acuerdo con las pruebas que se practiquen en la actuación administrativa y con el análisis técnico y científico que realice sobre los riesgos que tales actividades impliquen para el medio ambiente, y (ii) en segundo lugar, que mientras la sustracción no se decreta por la autoridad competente, mediante un acto administrativo en firme, el área respectiva **sigue estando vedada o excluida para la minería**, por disposición de la ley, por lo cual **no puede ser incluida ni entenderse incorporada en ningún contrato de concesión minera**.

El análisis anterior es relevante para efectos de la consulta que nos ocupa y, en especial, para determinar si hay lugar o no al cobro o a la devolución, según el caso, del canon superficiario correspondiente a zonas excluidas de la minería, como las reservas forestales, mientras la autoridad ambiental se pronuncia sobre la sustracción solicitada por uno o varios interesados, ya que la obligación de pagar el canon superficiario solo nace, como se ha demostrado, en virtud de la celebración y el perfeccionamiento de un contrato de concesión minera y en función del área que se ha concedido para llevar a cabo tareas de exploración y montaje o construcción de la infraestructura requerida para explotar los minerales.

En efecto, si el Estado no puede aceptar propuestas que recaigan totalmente sobre áreas excluidas de la minería y solo puede acogerlas parcialmente cuando se sobrepongan en parte con dichas zonas (artículo 274 del Código de Minas), por lo cual no puede incluir en los contratos de concesión el derecho a explorar y/o explotar minerales en tales espacios (artículo 36 ibídem), a menos que estos hayan sido sustraídos previamente por la autoridad ambiental competente, entonces el concesionario no tendría por qué pagar cánones superficiarios sobre las mismas zonas, teniendo en cuenta que no ha adquirido derecho alguno de exploración ni de explotación en relación con las mismas.

Ahora bien, una vez obtenida la sustracción del área excluida, si la autoridad ambiental considera viable y conveniente hacerlo, la propuesta que se refiera a dicha zona puede ser aceptada por la autoridad minera y el área podría incorporarse al respectivo contrato de concesión minera en curso, o dar lugar a la celebración de un nuevo contrato de esa clase sobre el área sustraída. En este evento, por supuesto, el concesionario quedará obligado a pagar el canon superficiario sobre el citado terreno desde el momento en el que se produzca el perfeccionamiento del nuevo contrato de concesión o la modificación del que se encuentre vigente. Esta interpretación, que a juicio de la Sala resulta lógica y surge con claridad de las normas citadas, vino a desdibujarse o desvirtuarse con las modificaciones efectuadas por la Ley 1382 de 2010 al Código de Minas, por las siguientes razones:

(i) En primer lugar, el artículo 3º de la citada ley modificó el artículo 34 de la Ley 685 y, entre los cambios que efectuó a dicha norma, incluyó el siguiente inciso:

*“(…) las áreas de reserva forestal creadas por la Ley 2ª de 1959 y las áreas de reserva forestales regionales, podrán ser sustraídas por la autoridad ambiental competente. La autoridad minera **al otorgar el título minero deberá informar al concesionario que se encuentra en área de reserva forestal y por ende no podrá iniciar las actividades mineras hasta tanto la Autoridad Ambiental haya sustraído el área. Para este efecto, el concesionario minero deberá presentar los estudios que demuestren la adecuada coexistencia de las actividades mineras con los objetivos del área forestal**”.* (Resalta la Sala).

Esta disposición permite deducir que en el evento de que se presentara una oferta que coincidiera parcialmente con zonas excluidas de la minería pero sustraibles por la autoridad ambiental, como sucede con las reservas forestales creadas por la Ley

2 de 1959, la propuesta podía ser aceptada por la autoridad minera y el contrato de concesión podía suscribirse sobre la totalidad del área solicitada, pero el inicio de la actividad exploratoria quedaba condicionado a la efectiva sustracción del “área excluible” decretada por la autoridad ambiental.

(ii) Esta interpretación se confirmaría con lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley 1382, que al modificar el artículo 230 del Código de Minas, estableció lo siguiente: *“Igualmente habrá reintegro (del canon superficiario) en los casos en que la autoridad ambiental competente niegue la sustracción de la zona de reserva forestal para la etapa de exploración”* (parágrafo 1º, inciso 2º), lo cual permite concluir que el valor del canon superficiario debía liquidarse y pagarse inicialmente sobre la totalidad del área solicitada en concesión, incluyendo la parte que corresponda a zonas excluidas de la minería pero susceptibles de sustracción, y que solo posteriormente, si la autoridad ambiental niega la sustracción solicitada, habría lugar a re-liquidar el valor del canon para devolver al proponente o contratista, según el caso, las sumas que hubiese pagado por este concepto y que correspondan a las áreas excluidas.

(iii) Así mismo, tal entendimiento se vería reforzado con la modificación efectuada al artículo 274 del Código de Minas por el artículo 20 de la Ley 1382, norma que eliminó la posibilidad de que el Estado acepte parcialmente una propuesta cuando recaiga en forma parcial sobre alguna de las áreas excluidas de la minería a que se refiere el artículo 34 del citado código, y solamente mantuvo como causal de rechazo de la propuesta, en lo que concierne a esta circunstancia, el hecho de que *“el área pedida **en su totalidad** se hallare ubicada en lugares y zonas señaladas en el artículo 34 de esta Código siempre que no hubiere obtenido las autorizaciones y conceptos que la norma exige”* (numeral 1º) (se resalta).

En esa medida, al interpretar esta norma en concordancia con el artículo 16 de la misma ley podría concluirse que si un proponente solicitaba en concesión una zona de terreno que se encontraba ubicada totalmente en un área excluida legalmente de la actividad minera, la respectiva oferta debía ser rechazada y, por lo tanto, no era posible celebrar el respectivo contrato de concesión; pero si el oferente pedía en concesión una zona que se encontrara ubicada parcialmente en un área excluida de la minería, la respectiva propuesta sí podía ser aceptada y, en consecuencia, también podía suscribirse el correspondiente contrato de concesión, quedando sujetos los derechos del concesionario en relación con ese espacio a la condición suspensiva (hecho futuro e incierto) de que la autoridad ambiental decretara la sustracción de dicha área.

A pesar de la validez de estos argumentos, la posición hermenéutica que de ellos se deriva continúa estando en oposición con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 685 de 2001, en el sentido de que las áreas excluidas de la minería por disposición legal se entienden excluidas de pleno derecho de los contratos de concesión minera, es decir, sin que se requiera declaración o manifestación alguna de las partes o de una autoridad administrativa o judicial, razón por la cual tampoco podrían dar lugar al pago del canon superficiario. Es importante recordar que esta norma no

fue derogada ni modificada por la Ley 1382 de 2010 y, por ende, siguió rigiendo en sus términos originales durante todo el período en que estuvo vigente la Ley 1382.

Sin embargo, podría aducirse contra dicho argumento que la Ley 1382 de 2010 fue posterior en el tiempo a la 685 de 2001, por lo cual las disposiciones de aquella prevalecen sobre las de esta última⁴⁰ y, además, que tanto el artículo 230 como el 274 del Código de Minas, ambos modificados por la Ley 1382, se encuentran ubicados dentro del citado código después de los artículos 34 y 36, razón por la cual habría que preferir también lo dispuesto en aquellas disposiciones⁴¹.

Con todo y a pesar de las múltiples contradicciones en que incurrió en este tema la Ley 1382 de 2010, no sólo entre sus propias normas sino también frente al Código de Minas (Ley 685 de 2001) del cual formaba parte, la Sala no puede desconocer que una de las interpretaciones posibles y válidas que se derivan de las disposiciones de la Ley 1382 es aquella según la cual, cuando la propuesta de concesión recayera sobre un área parcialmente coincidente con una zona excluida de la minería, pero susceptible de sustracción por la autoridad ambiental, como sucede con las reservas forestales previstas en la Ley 2ª de 1959, la oferta podía ser aceptada y el contrato celebrado sobre **la totalidad** del área solicitada, quedando, sin embargo, condicionado el inicio de la exploración y, en general, la realización de cualquier actividad minera sobre la zona vedada, a la previa obtención de la sustracción de dicho espacio por la autoridad ambiental. Bajo este entendimiento, el proponente y luego el concesionario tenían que pagar el canon superficiario sobre la totalidad del área objeto de la concesión, y la autoridad minera debía proceder al reembolso parcial de las sumas pagadas si la autoridad ambiental llegaba a negar definitivamente la sustracción solicitada.

El análisis anterior obliga a la Sala a estudiar por separado dos (2) grupos de eventos, para poder responder las preguntas formuladas en la consulta sobre este asunto: (i) los contratos de concesión minera perfeccionados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1382 de 2010 y después de que esta fue excluida del ordenamiento jurídico, y (ii) los contratos perfeccionados durante la vigencia de dicha ley, caso en el cual es necesario distinguir, a su vez, entre los contratos perfeccionados antes de la publicación de la Resolución 1518 de 2012 expedida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y los perfeccionados después de esa fecha.

1. Contratos de concesión perfeccionados antes de la Ley 1382 de 2010 y después de que esta fue retirada del ordenamiento jurídico

En el caso de los contratos de concesión minera que se perfeccionaron desde la promulgación de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas) hasta el 9 de febrero de 2010 (fecha de publicación en el Diario Oficial de la Ley 1382), así como aquellos perfeccionados después del 11 de mayo de 2013 (último día de vigencia de la Ley 1382), la Sala entiende, por las razones explicadas previamente, que los

40 Ley 153 de 1887, artículo 2º.

41 Ley 57 de 1887, artículo 5º.

concesionarios no están – ni estaban - obligados a pagar cánones superficiarios sobre “zonas excluibles de la minería”, incluyendo la reserva forestal de la Amazonía, sino únicamente a partir del momento en que la autoridad ambiental decreta la sustracción de las áreas que coincidan con las referidas “zonas excluibles” y las mismas se incorporen al contrato de concesión o sean objeto de un nuevo contrato. En consecuencia, la Agencia Nacional de Minería no podría seguir cobrando a dichos concesionarios el canon superficiario sobre tales áreas, y si ya lo recaudó, debería proceder a restituirlo.

2. Contratos de concesión perfeccionados al amparo de la Ley 1382 de 2010

Con respecto a los contratos de concesión perfeccionados durante la vigencia de la Ley 1382 de 2010, es decir, entre el 10 de febrero de 2010 y el 11 de mayo de 2013, es necesario analizar el efecto que sobre dichos negocios tuvo la expedición de la Resolución N° 1518 del 31 de agosto de 2012 por parte del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, mediante la cual se resolvió “suspender temporalmente la recepción y el trámite de solicitudes de sustracción en la Reserva Forestal de la Amazonía, establecida mediante la Ley 2ª de 1959, para actividades mineras con base en el principio de precaución”.

Es importante comentar que el mismo acto administrativo determinó su forma de aplicación a los trámites de sustracción que se encontraban en curso y a las nuevas solicitudes que se presentaran. Sobre este punto, el artículo 3º dispuso que “los procesos de sustracción de la Reserva Forestal de la Amazonía, iniciados antes de la expedición de la presente resolución, continuarán su trámite en el Ministerio hasta su decisión (...)”. De lo preceptuado en esta norma, en armonía con el artículo 1º de la misma resolución, se colige que ésta distinguió dos situaciones: (i) las solicitudes de sustracción de áreas en la reserva forestal amazónica que ya se hubiesen recibido por parte de la autoridad ambiental competente y se encontraran en trámite al momento de publicarse el citado acto administrativo, y (ii) las nuevas solicitudes de sustracción que se quisieran presentar después de publicada la Resolución N° 1518 de 2012.

En el primer caso, es decir, para las solicitudes de sustracción de áreas debidamente presentadas hasta el 16 de septiembre de 2012, fecha de publicación de la Resolución 1518 en el Diario Oficial N° 48.555, se estableció que tales peticiones seguirían su curso normal hasta su decisión por parte del Ministerio de Ambiente. En el segundo evento, esto es, las solicitudes que los interesados pretendieron formular después de esa fecha, se dispuso que no serían recibidas ni, desde luego, tramitadas hasta que no se efectúe “la zonificación y ordenamiento de la Reserva Forestal de la Amazonía”, es decir, sin que se haya señalado un plazo fijo para levantar la mencionada suspensión⁴². Por lo tanto, es necesario diferenciar

42 Merece la pena aclarar que el párrafo 2º del artículo 34 del Código de Minas, adicionado por el artículo 3º de la Ley 1382 de 2010, otorgó un plazo de cinco (5) años al Ministerio del Medio Ambiente para redelimitar “las zonas de reserva forestal de Ley 2ª de 1959; en cuanto a cuáles son protectoras y cuáles no...”. Sin embargo, esta disposición no está vigente, como resultado de la declaratoria de inexistencia de la Ley 1382, por lo cual tampoco estaría vigente el plazo consagrado en la misma.

en este evento dos situaciones diferentes, a saber: (i) los contratos de concesión perfeccionados antes de la publicación de la Resolución 1518 de 2012, y (ii) los contratos que se perfeccionaron después de publicado dicho acto administrativo.

a. Contratos de concesión minera perfeccionados hasta el 16 de septiembre de 2012

Lo explicado anteriormente sobre el contenido y el alcance de la Resolución 1518 de 2012 lleva a concluir que en el primero de los casos propuestos, dicho acto administrativo no introdujo ninguna modificación o alteración en la situación jurídica de los concesionarios en relación con las normas que se encontraban vigentes en ese momento, pues la autoridad ambiental debía seguir adelante con el estudio de las solicitudes de sustracción de áreas que se hubiesen presentado, hasta su decisión final, ya sea en el sentido de conceder la sustracción o de negarla.

Por esa razón, independientemente de que la expedición de la Resolución 1518 de 2012 se considere en abstracto como un evento de caso fortuito o fuerza mayor, los referidos concesionarios no podrían alegar que tal hecho afectó el cumplimiento de las obligaciones contractuales de las dos partes, pues dichos contratistas hubieran podido solicitar ante la autoridad ambiental competente la sustracción de las áreas coincidentes con la reserva forestal antes de la publicación de la citada resolución.

En esa medida, podría considerarse que para dichos contratistas, la publicación de ese acto administrativo no constituyó un hecho irresistible, aunque hubiese podido ser imprevisible, ya que actuando diligentemente y con prontitud hubieran podido escapar a los efectos de la citada resolución. Vale la pena recordar, igualmente, que dentro de la teoría general de las obligaciones, el deudor no puede ser exonerado definitiva o transitoriamente del cumplimiento de una obligación cuando, a pesar de ocurrir un evento que pueda ser calificado (en abstracto) como caso fortuito o fuerza mayor, tal circunstancia no hubiera impedido u obstaculizado el cumplimiento de la obligación si el deudor hubiese actuado diligente y cuidadosamente, es decir, sin ninguna especie de culpa.

Por lo tanto, tales concesionarios no podrían solicitar la suspensión de las obligaciones surgidas de los respectivos contratos de concesión, en relación con las áreas excluidas pero sustraibles, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 del Código de Minas⁴³, tal posibilidad solo existe cuando se presenta una circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor que impida temporalmente el cumplimiento de esas obligaciones.

43 "Artículo 52. Fuerza mayor o caso fortuito. A solicitud del concesionario ante la autoridad minera las obligaciones emanadas del contrato podrán suspenderse temporalmente ante la ocurrencia de eventos de fuerza mayor o caso fortuito. A petición de la autoridad minera, en cualquier tiempo, el interesado deberá comprobar la continuidad de dichos eventos".

b. Contratos de concesión minera perfeccionados después de la publicación de la Resolución 1518 de 2012

Por otro lado existe el caso de los concesionarios que celebraron el contrato de concesión **después** del 16 de septiembre de 2012, fecha de publicación de la Resolución 1518 de 2012, quienes podrían alegar, en principio, que no podían – y no pueden aún - solicitar la sustracción de las áreas comprendidas en la reserva forestal de la Amazonía.

Sin embargo, es necesario recordar que los actos administrativos de alcance general son obligatorios para todas las personas, servidores públicos y particulares, desde el momento en que se publican en el Diario Oficial o en otro órgano de divulgación que permita la ley en casos especiales, de tal manera que, a partir de ese momento, ninguna persona puede alegar válidamente el desconocimiento de lo dispuesto en dichos actos. Por tal razón, desde el 17 de septiembre de 2012, los proponentes y demás interesados en obtener la concesión de zonas mineras, no podían ignorar legítimamente lo ordenado por el Ministerio de Ambiente en la Resolución 1518 de 2012, y en consecuencia, si presentaron propuestas o suscribieron contratos de concesión que incluían parcialmente áreas comprendidas en la reserva forestal de la Amazonía, lo hicieron conociendo o debiendo saber que en ese momento y durante un tiempo indefinido no podían solicitar la sustracción de tales áreas.

Lo anterior permite descartar que tales concesionarios puedan invocar la expedición de la citada resolución como un evento de caso fortuito o fuerza mayor, pues la publicación de tal acto administrativo constituyó en estos casos un hecho anterior al perfeccionamiento del contrato y, por la misma razón, conocido en ese momento.

Es importante recordar que uno de los requisitos que la jurisprudencia y la doctrina han establecido para que el caso fortuito o la fuerza mayor puedan sustraer válidamente al deudor del cumplimiento de una obligación contractual, consiste en que el hecho que lo constituye ocurra **con posterioridad a la celebración del contrato**. La razón lógica de lo anterior es que si el hecho que se pretende calificar como caso fortuito o fuerza mayor había ocurrido antes de la celebración del contrato y era conocido por las partes, o debía serlo, tal evento es completamente previsible, por lo cual las partes asumieron los efectos del mismo al momento de celebrar el contrato, o fueron negligentes en prever dichas consecuencias y evitarlas; pero en cualquiera de los dos casos, no pueden invocar el respectivo hecho como una circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor para exonerarse de su obligación, ni tampoco como un evento imprevisible, sobreviniente y extraordinario, que dé lugar a solicitar la revisión de las condiciones económicas del contrato (teoría de la imprevisión).

En esa medida, los referidos concesionarios no pueden solicitar la suspensión de las obligaciones derivadas de los respectivos contratos de concesión, con fundamento en el artículo 52 del Código de Minas, pues la interpretación literal y lógica de dicha norma, en armonía con los principios que informan la teoría general

de las obligaciones, llevan a concluir que las circunstancias que constituyan caso fortuito o fuerza deben ocurrir durante la ejecución del contrato, es decir, después de su perfeccionamiento.

En todo caso, la Sala estima pertinente aclarar que tanto dichos contratistas como los indicados en el literal anterior, podrían acudir opcionalmente a los siguientes mecanismos jurídicos para excluir de sus contratos las áreas que se sobreponen a la citada reserva forestal y, de esa forma, evitar **hacia el futuro** el pago de los respectivos cánones superficiarios:

(i) *Renuncia parcial a la concesión*. El artículo 108 del Código de Minas dispone lo siguiente, en su parte pertinente:

*“Artículo 108. Renuncia. **El concesionario podrá renunciar libremente a la concesión** y retirar todos los bienes e instalaciones que hubiere construido o instalado, para la ejecución del contrato y el ejercicio de las servidumbres. Se exceptúan los bienes e instalaciones destinadas a conservar o manejar adecuadamente los frentes de explotación y al ejercicio de las servidumbres y a las obras de prevención, mitigación, corrección, compensación, manejo y sustitución ambiental. **Para la viabilidad de la renuncia será requisito estar a paz y salvo con las obligaciones exigibles al tiempo de solicitarla.** La autoridad minera dispondrá de un término de treinta (30) días para pronunciarse sobre la renuncia planteada por el concesionario, término que al vencerse dará lugar al silencio administrativo positivo. De la renuncia se dará aviso a la autoridad ambiental”. (Se resalta).*

Aunque la norma transcrita no se refiere expresamente a la renuncia **parcial** de la concesión, la Sala no encuentra ningún impedimento jurídico para que el concesionario pueda renunciar parcialmente a la concesión, esto es, desistir de la concesión en relación con una parte del área que le fue otorgada, pues se trata de un derecho individual de contenido económico, cuya renuncia, en principio, no perjudica al Estado ni a otra persona distinta del propio concesionario.

Sobre este punto, vale la pena recordar que según el artículo 6º de la Constitución Política, *“los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”*, y también que conforme al artículo 15 del Código Civil, *“podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren el interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”*.

Así, si el concesionario decide renunciar, como un acto unipersonal, a la concesión minera otorgada sobre la parte del área que coincida con la reserva forestal de la Amazonía, y la autoridad minera acepta dicha renuncia expresa o tácitamente (como resultado del silencio administrativo positivo), los efectos de la renuncia se producirían y, por lo tanto, el contratista no tendría ya ningún derecho ni obligación relacionado con la respectiva franja de terreno, incluyendo el pago del canon superficiario.

Ahora bien, como la renuncia solo opera hacia el futuro, es claro que en el evento de producirse la misma, el concesionario no quedaría exonerado del pago del canon superficiario que se hubiera causado con anterioridad sobre la zona renunciada, ni la ANM estaría obligada a restituir, por ese solo hecho, las sumas que el concesionario hubiese pagado. Por el contrario, como lo expresa el artículo 108 del Código de Minas, el pago de los cánones superficiarios adeudados previamente es condición indispensable para que la autoridad minera pueda aceptar la renuncia.

(ii) *Modificación del contrato de concesión por acuerdo mutuo.* Vale la pena recordar, en primer lugar, que el artículo 53 del Código de Minas excluye expresamente, con algunas salvedades, la aplicación de las normas generales de contratación estatal a los contratos de concesión que dicha código regula. La disposición citada estatuye:

“Artículo 53. Leyes de contratación estatal. Las disposiciones generales sobre contratos estatales y las relativas a procedimientos precontractuales, no serán aplicables a la formulación y trámite de las propuestas de concesión minera, ni a la suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación de ésta, salvo las referentes a la capacidad legal a que se refiere el artículo 17 del presente Código. En todas estas materias se estará a las disposiciones de este Código y a las de otros cuerpos de normas a las que el mismo haga remisión directa y expresa”.

Adicionalmente, el artículo 51 del mismo código prohíbe, en particular, aplicar en esta clase de contratos las denominadas “cláusulas exorbitantes” previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en otras leyes, con excepción de la cláusula de caducidad⁴⁴. Como se sabe, entre dichas cláusulas se encuentra la de modificación unilateral del contrato por parte de las entidades estatales, que corresponde a la potestad que la jurisprudencia y la doctrina han denominado “*ius variandi*”. Sin embargo, la imposibilidad jurídica de que la autoridad estatal concedente modifique unilateralmente los contratos de concesión minera, no significa que las partes no puedan modificar el contrato de mutuo acuerdo, es decir, con el concurso de sus respectivas voluntades, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad y en aplicación de las normas generales que gobiernan las obligaciones y los contratos, contenidas principalmente en el Código Civil y en el de Comercio.

En efecto, la concesión minera es, ante todo, **un contrato** celebrado entre el Estado y un particular. Por lo tanto, el hecho de que no se le apliquen las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con algunas excepciones, no significa necesariamente que dicho acto jurídico no se rija por los principios generales de la contratación estatal, y tampoco implica que no se gobierne por los principios y las normas generales que regulan la institución jurídica del contrato, entre ellos la facultad que tienen las partes contrayentes para modificar de consuno lo que han acordado previamente, facultad que existe tanto en la contratación privada como en la pública, aunque en esta última se encuentre sujeta a ciertas

⁴⁴ “Artículo 51. Cláusulas exorbitantes. El contrato de concesión minera, con excepción de lo previsto sobre la declaración de su caducidad, no podrá ser modificado, terminado o interpretado unilateralmente por parte de la entidad pública concedente. Para cualesquiera de estas actuaciones se deberá recurrir al juez competente o al empleo de árbitros o peritos”. (Resaltamos).

limitaciones y reglas especiales que consagra la ley o ha señalado la jurisprudencia, para salvaguardar los principios generales a los que se ha hecho alusión.

En esa medida, y ante la expedición de la Resolución 1518 de 2012, la Agencia Nacional de Minería, en su calidad de autoridad minera, y los concesionarios afectados con esta situación, podrían estipular de común acuerdo una modificación a los respectivos contratos de concesión, en el sentido de excluir las áreas que forman parte de la reserva forestal amazónica y que están afectadas, por lo tanto, con la suspensión de los trámites de sustracción decretada por el Ministerio del Medio Ambiente.

En dicho caso, los efectos temporales de esta modificación, a partir del momento de su perfeccionamiento, serían similares a los de la renuncia parcial, esto es, que sólo eximirían al contratista de sus obligaciones futuras, incluyendo aquella relacionada con el pago de los cánones superficarios, pero no de las obligaciones que se hayan causado con anterioridad. Por lo tanto, la ANM estaría obligada a continuar cobrando los cánones que se hubiesen causado hasta ese momento y no podría devolver las sumas que hubiera recibido válidamente de los concesionarios hasta el momento de la suspensión.

E. Devolución del canon superficario pagado. Reconocimiento y pago de intereses

Debe observarse, en primer lugar, que la devolución a los proponentes y concesionarios de parte del canon superficario pagado por ellos, como resultado de lo explicado en este concepto, constituiría una obligación dineraria a cargo de la autoridad minera, que actualmente es la Agencia Nacional de Minería (ANM). En esa medida, es pertinente plantearse la inquietud que se formula en la consulta, en el sentido de establecer si dicha obligación causa intereses y, en tal evento, a qué tasa.

Sobre este punto, debe recordarse que en nuestro ordenamiento jurídico las obligaciones dinerarias solamente generan intereses cuando las partes lo han pactado, o cuando la ley lo dispone, ya sea de manera imperativa o bien de forma supletoria, es decir, para reemplazar la voluntad de las partes en algunos negocios jurídicos, como el contrato de mutuo mercantil (artículo 1163 del Código de Comercio).

Por otro lado, de acuerdo con el principio nominalista que rige en nuestro medio para esta clase de obligaciones, el deudor solamente está obligado a pagar al acreedor la cantidad nominal de dinero que se haya comprometido dar, salvo que incurra en mora o que las partes hayan acordado expresamente algún mecanismo o fórmula para actualizar el valor de la obligación (cláusulas de ajuste).

En efecto, uno de los eventos en los que el acreedor de una obligación monetaria está facultado por la ley para cobrar intereses, aunque no se hayan pactado, es cuando el respectivo deudor incurre en mora, pues en dicho caso los intereses moratorios constituyen una forma de indemnizar los perjuicios sufridos por el

acreedor. Así lo consagran el artículo 1617 del Código Civil, para las obligaciones civiles, y el artículo 65 de la Ley 45 de 1990⁴⁵, en el caso de las obligaciones mercantiles. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la mora en las obligaciones sólo se presenta cuando se da alguna de las hipótesis que consagra el artículo 1608 del Código Civil, así:

“Artículo 1608. El deudor está en mora:

1º) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2º) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3º) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha precisado que para que pueda imponerse al deudor de una suma de dinero la obligación de pagar intereses, se requiere que la obligación respectiva sea clara, determinada, líquida y exigible. Por lo tanto, cuando la obligación es discutible, como ocurre, por ejemplo, cuando las partes controvierten su existencia en los estados judiciales, o cuando solo se vuelve exigible como resultado de una sentencia declarativa que la reconoce, no hay lugar al pago de intereses, sino a partir de la ejecutoria de la decisión judicial que reconoce la existencia de la obligación y condena a la parte vencida a efectuar su pago, o bien a partir del vencimiento del término que haya fijado el juez en el mismo fallo para realizar el pago. Así, por ejemplo, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 23 de septiembre de 2009⁴⁶, manifestó:

“Interés legal y moratorio. La parte actora, también reclamó a título de indemnización de perjuicios el pago de intereses bancarios corrientes y el pago de intereses moratorios, pretensión que será denegada por las siguientes razones:

i) En el caso sub lite la suma que se ordena reintegrar a la parte actora como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo... no corresponde a una obligación surgida del contrato celebrado entre las partes y a cargo de la parte demandada.

ii) La obligación de reintegro de la multa a cargo de ... indiscutiblemente surge de la sentencia misma, en tanto que es ella la que define la controversia suscitada en relación con la legalidad de la sanción impuesta por ...

45 “Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones”.

46 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia del 23 de septiembre de 2009. Radicación número 25000-23-26-000-2001-01219-01(24639).

iii) *Al encontrar la Sala que el acto administrativo que impuso la sanción es ilegal, una vez se encuentre ejecutoriada la providencia que declara su nulidad, se produce un doble efecto, de una parte, surge la obligación de de hacer el reintegro del valor pagado y correlativamente, el derecho de ... de exigir su devolución.*

iv) *Es claro que la sentencia es constitutiva de la obligación, puesto que con ella se introduce una estructura nueva en la relación jurídica, creándola, modificándola o extinguiéndola, es decir que para producir dicha situación nueva resulta indispensable dictar la sentencia⁴⁷. En otras palabras solo con la sentencia, ... se convierte en deudor y ... en acreedor y es este el momento en que nace la obligación y, por lo tanto, **no habría lugar al reconocimiento de intereses corrientes bancarios y mucho menos moratorios**, como lo pretende la parte actora, toda vez que al momento en que la multa fue pagada por ..., ... no tenía obligación de restitución alguna a su cargo, única razón para que procediera el reconocimiento de los frutos civiles, desde esa época.*

“En este orden de ideas, tan solo procede en favor de la parte actora y a título de indemnización de perjuicios, el reconocimiento... del valor de la multa..., debidamente indexada”. (Negrillas añadidas).

En igual sentido, la misma Sección manifestó lo siguiente, en sentencia del 12 de julio de 2012⁴⁸:

“21.6 Así, resulta claro para la Sala que la diferencia fundamental entre la sentencia que anula el acto administrativo que impone una multa o hace efectiva una cláusula penal pecuniaria y la que advierte la falta de pago de unas obras contratadas y realizadas, radica en que en el primer caso la sentencia constituye el título que obliga a la entidad a restituir al contratista la suma que éste había pagado, pues anula el acto administrativo que la impuso, y solo a partir de entonces se puede decir que la entidad le debe al contratista una suma de dinero, razón por la cual no se puede hablar de que haya mora de la entidad con anterioridad a la constitución del título de la obligación, es decir, al momento en que la sentencia queda en firme. Por el contrario, en el caso de la falta de pago de las obras realizadas por parte del contratista, el título de la obligación correspondiente es el contrato, pues ahí se encuentra el acuerdo que dio lugar a que el contratista las construyera y a que la entidad las pagara, de suerte que ante la renuencia de esta última y la consecuente persecución judicial adelantada por el contratista, acreedor de la obligación dineraria, se activa la responsabilidad como elemento de la obligación y surge a su favor el derecho de cobrar la suma debida y los intereses moratorios respectivos, causados desde el momento en que ha debido pagarse, obviamente, con anterioridad a la fecha de la sentencia de acuerdo con lo que el título indicare, o en los términos del artículo 885 del Código de Comercio, tal y como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sección”.

⁴⁷ “[71] MORALES MOLINA Hernando, Parte General, Novena edición, Bogotá, 1985, pág. 496”.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia del 12 de julio de 2012. Radicación número 85001-23-31-000-1995-00174-01(15024).

En esa medida, la Sala considera que la obligación de restituir o devolver la parte de los cánones superficiarios que hayan sido pagados indebidamente por proponentes y concesionarios mineros, no puede considerarse como una obligación dineraria que sea clara, determinada, líquida y exigible, porque, como se colige fácilmente de este concepto y de la consulta que lo origina, dicha obligación resulta discutible y ni su existencia ni su monto se encuentran determinados claramente en un contrato, en un acto administrativo, en una sentencia judicial o en otro acto o documento similar.

Por otro lado, tampoco puede afirmarse que la ANM se halle en mora de cumplir con esta obligación, dado que la misma no está sujeta a plazo, ni debía pagarse necesariamente en cierto momento o tiempo específico, y la Agencia tampoco ha sido reconvenida judicialmente para su pago, según lo informado a esta Sala en la audiencia llevada a cabo el pasado 17 de septiembre, reconvenición o requerimiento que en la actualidad opera con la notificación del auto admisorio de la demanda, según lo dispone el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil⁴⁹.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la Agencia Nacional de Minería no ha podido invertir en el mercado de capitales las sumas de dinero recibidas por este concepto, con el fin de obtener rendimientos, pues en el caso de los cánones pagados por concesionarios mineros que correspondan a zonas de reserva forestal (excluidas de la minería), los recursos han debido destinarse para financiar los gastos ordinarios de funcionamiento e inversión de dicha entidad, como se deduce del Decreto 4134 de 2011⁵⁰, y en el caso de la primera anualidad de dichos cánones pagada por los proponentes, la ANM ni siquiera ha incorporado tales sumas de dinero en su presupuesto para poder disponer de ellas.

Lo anterior permite rechazar también la idea de que la Agencia deba pagar intereses sobre las sumas que esté obligada a restituir, bajo la consideración de que, al constituir los intereses el fruto civil del dinero (artículo 717 del Código Civil), la autoridad minera tuviese que devolver también los rendimientos financieros que hubiera obtenido sobre tales recursos.

Y por último, en el caso de los concesionarios mineros cuyos contratos se perfeccionaron antes de la Ley 1382 de 2010 y después de que esta desapareció del ordenamiento jurídico, podría considerarse que se presentó un pago de lo no debido, en relación con la parte del canon que corresponde a la reserva forestal de la Amazonía, pues si bien dicho pago se hizo formalmente con fundamento en los contratos de concesión minera celebrados con esas personas, de tales contratos hay que entender excluidas las áreas que se sobreponen a la citada reserva, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 36 del Código de Minas, razón por la cual los respectivos concesionarios no estaban obligados realmente a efectuar el mencionado pago. En esa medida, resulta pertinente citar lo dispuesto por el artículo 2318 del Código Civil, referente al cuasicontrato del pago de lo no debido:

⁴⁹ Aplicable a los procesos contenciosos administrativos por la remisión que hace al Código de Procedimiento Civil el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

⁵⁰ "Por el cual se crea la Agencia Nacional de Minería, ANM, se determina su objetivo y estructura orgánica".

*“Artículo 2318.- El que ha recibido dinero o cosa fungible que no se le debía, es obligado a la restitución de otro tanto del mismo género y calidad. **Si ha recibido de mala fe debe también intereses corrientes**”.* (Se destaca).

Teniendo en cuenta que la Sala no tiene pruebas ni elementos de juicio para pensar que la Agencia Nacional de Minería recibió estas sumas de dinero de mala fe, es decir, con la clara conciencia de que no se le debían, es evidente que no se aplica el inciso segundo del artículo 2318 y, por lo tanto, no está obligada a pagar intereses sobre las sumas de dinero a restituir. Por todas las razones anteriores, la Sala considera que la ANM no debe pagar intereses (de plazo o moratorios) a los proponentes y concesionarios mineros sobre las sumas que deba reintegrarles por este concepto.

LA SALA RESPONDE:

3.1. En cuanto a las propuestas de contrato de concesión presentadas en vigencia de la Ley 1382 de 2010, surgen los siguientes interrogantes:

3.1.1 ¿A la Agencia Nacional de Minería le es dado reintegrar a los proponentes los recursos percibidos por concepto de canon superficiario anticipado cuando las propuestas de contrato de concesión se rechazaron por causas diferentes a las señaladas en el parágrafo del artículo 16 de la Ley 1382 de 2010?

Sí. Conforme a lo explicado en este concepto, la Agencia Nacional de Minería debe efectuar la devolución o reintegro de las sumas recibidas por concepto de canon superficiario, al amparo de la Ley 1382 de 2010, de proponentes de concesión minera cuyas ofertas hayan sido rechazadas, con independencia de la razón que haya dado origen al rechazo.

3.1.2 ¿Puede la Agencia Nacional de Minería disponer de los recursos de canon superficiario pagado sobre propuestas que fueron rechazadas por causales diferentes a las establecidas en la Ley 1382 de 2010 (Artículo 16, parágrafo), a pesar de que la misma ley señalaba la celebración del contrato de concesión como requisito para la disposición de dichos recursos?

La Agencia Nacional de Minería **no** puede disponer de las sumas de dinero recibidas por concepto de cánones superficiarios correspondientes a propuestas que hayan sido rechazadas, independientemente del motivo, debido a que carece de fundamento jurídico para el efecto.

3.1.3 Teniendo en cuenta que la Ley 1382 de 2010 desapareció del ordenamiento jurídico el pasado mes de mayo de 2013, y en virtud de dicha ley procedía la devolución del canon superficiario cuando se dieran los supuestos previstos en el artículo 16 de la misma, ¿en la actualidad, puede la autoridad minera reintegrar dichos recursos a los proponentes de propuestas rechazadas por las causales que establecía la Ley 1382 de 2010, o al producirse los efectos de inexistencia de dicha ley, debe procederse a devolver la totalidad de los recursos?

Conforme a lo explicado en este concepto, al desaparecer del ordenamiento jurídico la Ley 1382 de 2010, como consecuencia de su declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-366 de 2011, desapareció igualmente el fundamento legal que obligaba a los proponentes a pagar la primera anualidad del canon superficial y que facultaba al Estado para mantener en su poder tales recursos mientras se estudiaba la viabilidad de las propuestas. En consecuencia, a partir del 12 de mayo de 2013, fecha en la cual se produjeron los efectos de la mencionada sentencia, había lugar a devolver la totalidad de los recursos percibidos por este concepto, correspondientes a propuestas de concesión minera que hubiesen sido rechazadas por cualquier causal, e incluso a ofertas que en dicho momento se encontraran en trámite.

3.1.4 En cualquiera de los escenarios antes mencionados, en caso de ser afirmativa la posición de la Sala para reintegrar los dineros a los proponentes, ¿dichos recursos deben ser devueltos con reconocimiento de intereses?, ¿teniendo en cuenta cuál tasa?

En cualquiera de los dos escenarios mencionados, la autoridad minera no está obligada al pago de intereses remuneratorios ni moratorios.

3.2. En cuanto a los contratos superpuestos a las áreas donde se encuentra suspendido el trámite de sustracción de reserva forestal, se consulta:

3.2.1 A los contratos suscritos e inscritos en el Registro Minero Nacional, otorgados con anterioridad a la decisión administrativa de suspensión del trámite de sustracción de reserva forestal ¿se les debe cobrar el canon superficial si no iniciaron el trámite de sustracción de área antes de la expedición de la mencionada resolución y no han solicitado la suspensión de obligaciones de conformidad a lo establecido por el artículo 52 del Código de Minas?

Para responder esta pregunta, es necesario distinguir dos (2) hipótesis:

- i. Contratos de concesión perfeccionados (firmados por las partes e inscritos en el Registro Minero Nacional) **antes de la entrada en vigencia de la Ley 1382 de 2010, es decir, hasta el 9 de febrero de ese año:** en este caso, los respectivos concesionarios no tienen la obligación de pagar canon superficial sobre las áreas que correspondan a “zonas excluibles de la minería”, entre ellas la reserva forestal de la Amazonía, ya que las citadas áreas se entienden excluidas de pleno derecho de los contratos de concesión minera.
- ii. Contratos de concesión perfeccionados **después de la entrada en vigencia de la Ley 1382 y antes de la publicación de la Resolución 1518 de 2012 emitida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (16 de septiembre de 2012):** En este evento, los concesionarios estaban obligados a pagar el canon superficial sobre la totalidad del área objeto de la concesión, aunque la misma incluyera zonas superpuestas a la citada reserva forestal. Dichos contratistas no podrían solicitar la suspensión de las obligaciones con fundamento en el artículo 52 del Código de Minas, ya que han debido iniciar oportunamente el trámite de sustracción de las referidas áreas ante la autoridad

ambiental competente y, por ende, no pueden alegar que la expedición de la Resolución 1518 de 2012 los haya afectado. Por lo tanto, deben seguir pagando el canon superficiario sobre la totalidad del área concesionada, hasta que la autoridad ambiental decrete la sustracción de la zona que coincida con la reserva forestal, si esto llega a suceder.

Sin embargo, estos concesionarios podrían renunciar parcialmente a la concesión, o acordar con la autoridad minera una modificación al contrato, con el fin de excluir las áreas que se encuentran superpuestas a la reserva forestal de la Amazonía.

3.2.2 A los contratos suscritos e inscritos que fueron otorgados con posterioridad a la expedición de la decisión administrativa de suspensión del trámite de sustracción de reserva forestal se les causa y debe cobrar el canon superficiario si no han solicitado la suspensión de obligaciones de conformidad a lo establecido por el artículo 52 del Código de Minas?

Para responder esta pregunta es necesario diferenciar dos (2) casos:

- i. Contratos de concesión perfeccionados **después del 16 de septiembre de 2012 (fecha de publicación de la Resolución 1518) y hasta el 11 de mayo de 2013** (último día de vigencia de la Ley 1382): Tales concesionarios no pueden solicitar la suspensión de las obligaciones contractuales de las partes con fundamento en el artículo 52 del Código de Minas, ya que, al haberse publicado la Resolución 1518 de 2012 antes del perfeccionamiento de sus respectivos contratos, este hecho no puede ser invocado como un evento de caso fortuito o fuerza mayor.
- ii. Contratos perfeccionados **a partir del 12 de mayo de 2013**: En relación con estos concesionarios, no habría título jurídico para exigir el pago del canon superficiario sobre las áreas que correspondan a “zonas excluibles de la minería”, entre ellas la reserva forestal de la Amazonía, ya que las citadas áreas se entienden excluidas de pleno derecho de los contratos de concesión minera.

3.2.3 A la autoridad minera le es dado reintegrar a los titulares mineros los recursos percibidos por concepto de canon superficiario anticipado que se recaudaron en vigencia de la Ley 1382 de 2010, cuando al otorgar el contrato estas se superponen con el acto administrativo proferido por la autoridad ambiental que suspendió el trámite de sustracción en un área de reserva forestal?”

De acuerdo con la respuesta anterior, la autoridad minera solo estaría obligada a reembolsar o devolver el canon superficiario pagado en dichos casos si el contrato de concesión se perfeccionó después del 11 de mayo de 2013.

Remítase al señor Ministro de Minas y Energía 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.

2. Artículo 48 de la Ley 1551 de 2012. Prueba de la posesión de los inmuebles de los Municipios.

Radicado 2154

Fecha: 18/06/2014

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Levantamiento de la reserva mediante auto del 13 de enero de 2015

El Director del Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre “Coldeportes”, consulta la correcta aplicación del artículo 48 de la Ley 1551 de 2012, con base en los siguientes:

I. Antecedentes

La entidad consulta acerca de la posesión como prueba de la propiedad de los bienes inmuebles de naturaleza pública, para los efectos dispuestos en el inciso final del artículo 48 de la Ley 1551 de 2012⁵¹. Afirma que el ordenamiento jurídico colombiano diferencia la propiedad de la posesión, en tanto que para acreditar la propiedad es necesario probar el título y el modo. En materia de bienes inmuebles, el título constituye la fuente generadora de obligaciones, principalmente el contrato, y el modo la tradición, esto es la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. Uno y otro deben constar para que la propiedad esté debidamente acreditada, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia.

En relación con la posesión, de acuerdo con el Código Civil, recuerda que no precisa de acreditación en los términos dispuestos para la propiedad, pues constituye exclusivamente la tenencia del bien con ánimo de dueño.

4. Con fundamento en dichas consideraciones, formula la siguiente **PREGUNTA**:

¿A la luz del artículo 48 de la Ley 1551 de 2012, en qué forma se debe acreditar la posesión para que sea plena prueba de propiedad?

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

A. Problema Jurídico

El problema jurídico consiste en establecer las condiciones en que se debe acreditar la posesión de los bienes públicos, para los fines contemplados en el inciso final del artículo 48 de la Ley 1551 de 2012.

⁵¹ “En los casos en los que las entidades nacionales exigen como requisito para financiar o cofinanciar proyectos de inversión con los municipios, la prueba de la propiedad de los bienes que van a ser objeto de intervención, bastará con que estas acrediten la posesión y su destinación al uso público o a la prestación de un servicio público.”

B. Análisis de la sala

1. Cuestión previa

El manejo de los bienes públicos ha cobrado importancia para la correcta gestión administrativa, en la medida en que la concepción de lo público se ha ampliado a nuevos roles que obligan al Estado, como responsable de la dirección de la economía (art. 334 C.P.), a buscar alternativas en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, con miras a lograr el desarrollo progresivo del país. Precisamente la Constitución, como norma fundamental de la Nación, es el instrumento primordial que garantiza este propósito.

En efecto, toda Constitución recoge y obedece a necesidades históricas concretas y debe abordar, entre otros asuntos, lo relativo a su territorio y a sus bienes. La nueva concepción constitucional de los bienes públicos revalúa la clasificación que se estableció a partir del Código Civil de bienes de uso público y bienes fiscales, para dar paso al concepto de “afectación” como criterio determinante para definir el régimen jurídico que se le debe aplicar a un determinado bien inmueble. El grado de afectación de un inmueble al uso o al servicio público determinará el límite hasta el cual se puede disponer de él, esto es, si se encuentra dentro del comercio en las mismas condiciones que los bienes privados o por el contrario corresponde a un bien sobre el cual la capacidad de disposición está reducida o condicionada a las necesidades del interés general.

2. El reconocimiento de la propiedad pública

La especificidad de la propiedad pública frente a su homóloga privada, radica no tanto en su sustancia –en ambos casos es la relación más intensa que liga un bien a un sujeto de derecho– sino en el régimen jurídico que le ha reservado tanto el constituyente como el legislador a lo largo de la historia nacional.

i) Los bienes públicos en la historia nacional

En el territorio que ahora corresponde a Colombia, el tratamiento jurídico dado a los bienes del Estado en las épocas históricas del descubrimiento, la conquista y la colonia, tuvo su origen en el derecho español⁵², el cual hubo de acondicionarse a las necesidades de las nuevas colonias americanas. La propiedad de la tierra estaba en cabeza de la Corona como reino colonizador de los nuevos territorios y ella disponía según sus intereses.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 5 de agosto de 1942, con ponencia del Magistrado Aníbal Cardozo Gaitán, analizó el asunto e indicó que hubo diferentes

52 Iglesias, Redondo, Juan. Derecho Romano. Historia e Instituciones. Editorial Ariel Derecho. Barcelona. 1993, p.p. 205 a 216: “El manejo de la propiedad pública en España tiene como referente el derecho romano, de donde surge el concepto de “propiedad pública”, el cual distingue dentro de la clasificación de las cosas las “res divini iuris” (Comprende las res sacrae, las res religiosas y las res sanctae), las “res communes omnium” (Definidas como las cosas que por derecho natural le pertenecen a todos los hombres: aire, agua, mar, etc.) y las “res publicae” (Son las cosas que pertenecen al populus, a la comunidad organizada en Estado). Dentro de esta última, se distinguían dos clases: i) la “res publico usui destinatae”, bienes fuera del comercio como los puentes, vías, plazas, etc., y ii) las “res in pecunia” o “in patrimonio populi”, bienes que pueden ser objeto de comercio y ser adquiridos por los particulares mediante negociación con el Estado...”

períodos y normas para el manejo de los bienes del Estado, así: (i) las Ordenanzas de Felipe II de 1563; (ii) las Cédulas de Felipe II de 1578 y 1589; (iii) las Cédulas del Pardo, especialmente expedidas para el territorio de la Nueva Granada; (iv) el Código de Indias o Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias de 1680; (v) la Cédula de San Lorenzo de 1754; (vi) la Cédula de San Ildefonso de 1780. A estas normas se le agregaron las decisiones de los virreyes, las audiencias, los gobernadores, los corregidores, los alcaldes y los cabildos, compilación conocida como el Derecho Indiano Criollo⁵³. En términos generales, a través de las normas referidas, la Corona española repartió las tierras que encontró a través de tres sistemas: (i) las “*mercedes de tierras*”, (ii) la venta y (iii) la composición:

(i) La asignación de tierras por mercedes se hacía cuando se fundaba una población o cuando los interesados lo solicitaban para su uso particular. Al principio necesitaba confirmación real, pero la demora en el trámite desde España hizo que en el año de 1754 se modificara el requisito y fueran las Reales Audiencias las encargadas de hacer dichas confirmaciones.

(ii) Luego de que en un primer momento la repartición de tierras fuera gratuita, las necesidades económicas de la Corona y la valorización de la tierra hicieron que su repartición se realizará por subasta pública al mejor postor, salvo que predominara el interés de crear núcleos de población.

(iii) La composición se daba con el fin de legalizar una ocupación de hecho de tierras sin el cumplimiento de los requisitos contemplados en las leyes vigentes. Para la época era claro que los territorios descubiertos eran de la Corona y sobre ellos tenía libre disposición⁵⁴.

Con la independencia se dieron nuevos hechos que cambiaron el contexto anterior. En efecto, en 1821 se proclamó la Constitución Política de la República de Colombia en la ciudad de Villa del Rosario de Cúcuta. En el marco de esta se expidió la Ley del 13 de octubre de 1821, por medio de la cual se declaró que las tierras baldías pertenecían a la República, se eliminó la composición y se impuso la venta de tierras baldías. En 1828 Simón Bolívar expidió el Decreto Orgánico pero en su texto nada se dijo sobre los bienes nacionales. En 1830 se expidió en Bogotá la Constitución Política de la República de Colombia con las mismas connotaciones en cuanto a la extensión territorial y a las atribuciones del Congreso en materia de administración, conservación y enajenación de bienes que tenía la Constitución de 1821 (Art. 36).

53 M. Villegas, Historia del Derecho. Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano. Artículo publicado en la Revista Precedente. 2003. Consultado el 4 de febrero de 2014 en la sede electrónica de la Universidad ICESI <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/c2-HistoriadelDerecho.pdf>. Señala el autor que el derecho español estaba compilado en documentos tales como El Ordenamiento de Alcalá (1384), las Leyes del Toro (1505), Nueva Recopilación de Castilla (1805) y a ellos se subordinaban los fueros o cartas municipales que se aplicaban a falta de norma real. Se sumaban a dichos documentos las normas de derecho romano y canónico contenidas en las Siete Partidas de Alfonso X. En las Indias Españolas se aplicaron inicialmente las normas de Castilla, pero en 1614 Felipe II ordenó que sólo se aplicarían las expedidas de manera especial para los territorios coloniales, creándose así la Recopilación de las Indias de 1680. Ver también: J.M. Ots Capdequí, Manual de Historia del Derecho Español en las Indias y del Derecho Propiamente Indiano. Tomo I, Facultad de de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Argentino. Colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino III. Buenos Aires, 1943.

54 C. Ortega Montero, Introducción al Derecho y Estructura del Estado. Ediciones Librería La Constitución Ltda., Segunda Edición, Santafé de Bogotá, 1996. Dentro de las manifestaciones del derecho hispano estaban las instituciones conocidas así: 1. Órganos Metropolitanos: El Consejo de Indias, La Casa de la Contratación de Sevilla y La Inquisición o Santo Oficio; 2. Órganos de Administración Colonial: El Virrey, capitanes generales y gobernadores, las Audiencias y alcaldes mayores. 3. Los Órganos del Régimen Municipal: El ayuntamiento o cabildo, la encomienda, los resguardos indígenas y la mita.

En 1832 bajo la presidencia de Francisco de Paula Santander, se le dio al país el nombre de Estado de Nueva Granada. Y en cuanto a los bienes del Estado el artículo 166 de la Constitución de ese año señaló que el Congreso podría decretar cierto número de fanegadas de tierras baldías en beneficio de los fondos y rentas de cada provincia⁵⁵ y el artículo 197 *Ibidem* declaraba, a su vez, que no habría en el Estado bienes raíces con carácter de inajenables. Asimismo, el artículo 193 garantizaba que la propiedad particular no fuera arrebatada “*ni aplicada a ningún uso público sin su propio consentimiento*”, salvo cuando “*alguna pública necesidad legalmente comprobada, exigiere que la propiedad de algún granadino se aplique a usos semejantes*”, con la condición de una obvia y justa compensación.

Los artículos mencionados permiten inferir que, en cuanto a las tierras baldías, esa Constitución reconocía que la propiedad es de la Nación y que por esa razón podía disponer libremente de ellas. De otro lado, en cuanto al manejo o adquisición de otro tipo de bienes inmuebles, se autorizó a que, cuando mediara una necesidad pública, la propiedad cambiara del titular privado al público con la correspondiente indemnización. En 1843 se expidió la Constitución de la República de la Nueva Granada, en la que se protegieron los mismos bienes enunciados en la Constitución anterior, incluida la propiedad privada (artículo 14), cuya indemnización estaba igualmente prevista en caso de que alguna pública necesidad así lo exigiera (artículo 162). Esta Constitución prohibió la fundación de mayorazgos,⁵⁶ y toda clase de vinculaciones⁵⁷, y reiteró que en la Nueva Granada no habría bienes raíces inajenables (artículo 166). De igual forma, dio al Congreso, entre otras atribuciones, la de decretar la enajenación o aplicación a usos públicos de los bienes nacionales y de autorizar que se hipotecaran los bienes y rentas nacionales, para la seguridad del pago de empréstitos o contratos. En esta Constitución los bienes de la Nación continúan bajo su libre disposición, siendo considerados todos ellos enajenables y con el mismo tratamiento de la propiedad privada frente a las obligaciones.

En 1853 se da inicio al federalismo con la expedición de una nueva Constitución. Con esta Carta se le reserva a la nueva República la demarcación territorial de primer orden, a saber: la relativa a límites del territorio nacional con los territorios extranjeros y la división o deslinde de las provincias entre sí y su creación o supresión; todo lo relativo a la administración, adjudicación, aplicación y venta de las tierras

55 De acuerdo con el artículo 150 de la Constitución citada el territorio de la República se dividía para la época en provincias, las provincias en cantones, los cantones en distritos parroquiales. Documento consultado en la sede electrónica de la Alcaldía de Bogotá el 5 de febrero de 2014 <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13694> y en el libro *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*. CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA, Compilación. Segunda Edición. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1995. P. 141 a 186.

56 García, Cárcel, Ricardo y otros. *Historia de España*. Tomo 5: La España del siglo XVI; Espasa; España. El mayorazgo estaba regulado en las Leyes del Toro dadas en la ciudad de Toro en 1505, bajo el reinado de los Reyes Católicos luego de la muerte de la Reina Isabel. Su fin era controlar el fraccionamiento de los bienes de un noble que generaba por la herencia y las ventas, como un medio de mantener su poder económico.

Ver también: *Instituciones del Derecho Civil de Castilla de Don Ignacio Jordán de Asso y del Río y Don Miguel de Manuel y Rodríguez*. Edición Quinta, Real Compañía de Impresores y Libreros del Reyno. Madrid, España. Año de M DCC XCII (1792), p. 135 y ss.; y Bienes, Gómez R., José J. *Publicaciones Universidad Externado de Colombia*. Bogotá, 1981, p. 99. Para este autor, la institución del Mayorazgo sólo se aplica a los bienes privados y no a los públicos.

57 Artola Miguel. *Enciclopedia de Historia de España*, p. 1214. *La Vinculación es un término jurídico que describe la situación de la propiedad durante el antiguo régimen español. Implicaba la sujeción de los bienes con el objeto de perpetuarlos a un determinado fin y en el orden sucesorio señalado por el fundador del vínculo. Los bienes quedaban atados a determinadas familias o instituciones, lo cual impedía el reparto por herencia o la venta o enajenación por cualquier causa, con lo que quedaban por siempre fuera del comercio. Permitían además, reducir la base hacendística de la monarquía.*

baldías y demás bienes nacionales; y la concesión de privilegios exclusivos u otras ventajas o indemnizaciones que tengan por objeto la utilidad pública reconocida y que no tengan carácter puramente provincial.

Con este cambio de concepción de Estado se aprecia que la Constitución empieza a definir bajo el concepto de función o competencia, la titularidad y libre disposición de los bienes según correspondan a la Nación o las provincias. En este contexto, con el Acto Adicional de 27 de febrero de 1855 por el cual se crea el Estado de Panamá, la Ley de 11 de junio de 1856 por la cual se crea el Estado de Antioquia, la Ley de 13 de mayo de 1857 por la cual se crea el Estado de Santander, la Ley de 15 de junio de 1857 por la cual se crean los Estados Federales de Cauca, Cundinamarca, Boyacá, Bolívar y Magdalena, se definen las extensiones territoriales a cargo de cada Estado Federado y se les da autonomía para disponer de las tierras baldías que se reservaba la Nación.

Como puede advertirse las Constituciones posteriores a la de 1821, más allá de reconocer la propiedad privada, de disponer sobre la extensión territorial del país y de las atribuciones del Congreso para administrar los bienes, se abstuvo de prescribir algo en especial. Solo en 1858, con la expedición de la Constitución Política de la Confederación Granadina⁵⁸, se hizo un listado de bienes y cargas en cabeza del Estado:

“Artículo 6º. Son bienes de la Confederación:

- 1. Todos los muebles e inmuebles que hoy pertenecen a la República;*
- 2. Las tierras baldías no cedidas y las adjudicadas, cuya adjudicación caduque;*
- 3. Las vertientes saladas que hoy pertenecen a la República;*
- 4. Las minas de esmeraldas y de sal gemma, estén o no en tierras baldías;*
- 5. Todos los créditos activos reconocidos a favor de la República, o que se reconozcan a favor de la Confederación;*
- 6. Los derechos que se reservó la República en el Ferrocarril de Panamá;*
- 7. Son de cargo de la Confederación: a) Las deudas interior y exterior que hoy reconoce la República, o que reconozca la Confederación; b) Las pensiones legalmente concedidas por la Nación; c) Y todos los gastos para el Gobierno de la Confederación.”*

58 Constitución Política para la Confederación Granadina. “Artículo 1.- Los Estados de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander, se confederan a perpetuidad, forman una Nación soberana, libre e independiente, bajo la denominación de «Confederación Granadina», y se someten a las decisiones del Gobierno general, en los términos que se establecen en esta Constitución.” El Estado central intervenía en temas comunes de interés de toda la Confederación como son, para el tema que nos ocupa, la administración de las fortalezas, puertos marítimos, fluviales y secos en las fronteras y la de los Arsenales, diques, y demás establecimientos públicos y bienes pertenecientes a la Confederación (Art. 15).

En 1863 se realizó la Convención de Rionegro, que dio origen a la Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia. De acuerdo con el nuevo texto, pertenecían al Estado “fortalezas, puertos marítimos, fluviales y secos en las fronteras; arsenales, diques y demás establecimientos públicos y bienes pertenecientes a la Unión” (artículo 17). En cuanto a las tierras baldías de la Unión, hipotecadas para el pago de la deuda pública, se dispuso que no se podrían aplicar sino a este objeto, o cederse a nuevos pobladores, o darse como compensación y auxilio a las empresas para la apertura de nuevas vías de comunicación. En cuanto a los mencionados bienes de la Confederación el poder de disposición para decretar su enajenación y su aplicación a usos públicos sigue correspondiendo al Congreso (artículo 29) y cualquier conflicto que se suscitara entre los Estados, o entre uno o algunos Estados y el Gobierno general de la Confederación, sobre competencia de facultades, sobre derechos de propiedad o sobre cualquiera otra causa contenciosa, lo debía resolver la Corte Suprema de Justicia (artículo 48). Se observa entonces, que la forma del gobierno –confederado- hace más importante y necesario definir, desde el punto de vista constitucional, para efectos de competencias y funciones de administración, cuáles son los bienes de la Confederación y cuáles de cada Estado confederado.

En este escenario se aclara que los bienes, derechos y acciones, las rentas y contribuciones que pertenecieron por cualquier título al Gobierno de la extinguida Confederación Granadina, y últimamente al de los Estados Unidos de Nueva Granada, corresponden al Gobierno de los Estados Unidos de Colombia, con las alteraciones hechas o que se hagan por actos legislativos especiales (artículo 30).⁵⁹

En cuanto a las tierras baldías de la Unión, hipotecadas para el pago de la deuda pública, se dispuso que no podían aplicarse sino a este objeto, o cederse a nuevos pobladores, o darse como compensación y auxilio a las empresas para la apertura de nuevas vías de comunicación. En todo caso, es al Congreso a quien le corresponde decretar la enajenación de los bienes de la Unión y su aplicación a usos públicos (artículo 49). Esta Constitución dispuso también que los territorios poco poblados, u ocupados por tribus de indígenas, que el Estado o los Estados a que pertenezcan consientan en ceder al Gobierno general con el objeto de fomentar colonizaciones y realizar mejoras materiales, serían regidos por una ley especial (artículo 78).

En la Constitución de 1886 se transformó los Estados Unidos de Colombia y su sistema federal por el sistema de República. Los Estados pasaron a denominarse departamentos y a ser controlados por un Estado centralista, y *en cuanto a la propiedad de los bienes públicos, dispuso el artículo 4º que el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenece únicamente a la Nación. En el artículo 202, enumeró los bienes que pertenecen a la República de Colombia, así:*

“Artículo 202.- Pertenecen a la República de Colombia.

1. Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecían a la Unión Colombiana en 15 de abril de 1886;

59 El Gobierno general de los Estados Unidos de Colombia quedó a cargo de los siguientes bienes públicos: fortalezas, puertos marítimos, fluviales y secos en las fronteras; arsenales, diques y demás establecimientos públicos y bienes pertenecientes a la Unión (artículo 17).

2. *Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización;*

3. *Las minas de oro, de plata, de platino y de piedras preciosas que existan en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas.”*

Sin embargo, le dejó a las Asambleas la posibilidad de que mediante ordenanzas dirigiera y fomentara la colonización de tierras pertenecientes al Departamento, la apertura de caminos y de canales navegables, la construcción de vías férreas, la explotación de bosques de propiedad del Departamento, la canalización de ríos, entre otros aspectos (Art. 185). A la vez que reconoció que los bienes, derechos, valores y acciones que por leyes, o por decretos del Gobierno nacional, o por cualquier otro título pertenecieron a los extinguidos Estados soberanos, se adjudicaría a los respectivos Departamentos (artículo 188).

La Ley 57 de 1887 puso en vigencia el Código Civil de la Nación⁶⁰, paralelamente a esta reforma constitucional. En dicha codificación se incluyeron en el Título III del Libro Segundo bajo el nombre de “*DE LOS BIENES DE LA UNION*” normas que regularon la propiedad pública, que la reconocen con las mismas connotaciones que la de los particulares y además le da una protección especial como lo es la imprescriptibilidad.⁶¹ Cabe mencionar que para la época de elaboración del Código Civil, el cual había sido sancionado desde el 26 de mayo de 1873, el régimen político era Federal; por esa razón, en dicho Código sólo se regularon los bienes de la Unión dado que cada Estado Federado manejaba internamente sus propios bienes⁶².

En el mencionado Título III se definieron los bienes de la Unión como aquéllos cuyo dominio pertenece a la República donde su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos. Se les denominó también bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio y se hizo la distinción con los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, denominándolos bienes de la Unión o bienes fiscales. Señala textualmente el artículo 674:

“Artículo 674. Bienes públicos y de uso público. Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio. Los

60 Liderado por Don Andrés Bello. Ley 57 de 1887: “Artículo 1º.- Regirán en la República, noventa días después de la publicación de esta ley, con las adiciones y reformas que de ella trata, los códigos siguientes: El Civil de la Nación, sancionado el 26 de mayo de 1873. Artículo 2º.- Los términos territorio, prefecto, Unión, Estados Unidos de Colombia, Presidente del Estado, que se emplean en el Código Civil, se entenderán dichos con referencia a las nuevas entidades o funcionarios constitucionales, según el caso lo requiera.”

61 Código Civil: “Artículo 2519. Imprescriptibilidad de los bienes de uso público. Los bienes de uso público no se prescriben en ningún caso.

62 En este sentido el artículo Artículo 8º de la Constitución de Río Negro de 1863 señalaba que. “En obsequio de la integridad nacional, de la marcha expedita de la Unión y de las relaciones pacíficas entre los Estados, estos se comprometen: (...) 2. A no enajenar a potencia extranjera parte alguna de su territorio.”

bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales.”

La regulación también definió los bienes baldíos, la propiedad de las aguas, su uso y goce y algunas limitaciones a las construcciones, al aprovechamiento de las aguas y a los derechos adquiridos. Se debe destacar que este Código también reconoció que la Nación es *propietaria* cuando definió la palabra *dominio* -que se llama también *propiedad*- como el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella (artículo 669) y luego dispuso en el artículo 674 que se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo *dominio* pertenece a la República.⁶³

La Constitución de 1886 tuvo varias reformas significativas como la de 1905 en la que se reiteró a las Asambleas Departamentales la facultad de dirigir y fomentar por medio de ordenanzas la colonización de las tierras baldías, la apertura de canales navegables y la explotación de sus bosques.⁶⁴

Igualmente, la reforma de 1910 que en materia de bienes públicos, se limitó a reiterar lo dispuesto para las Asambleas Departamentales contenido en las Constituciones anteriores.⁶⁵ En vigencia de esta reforma constitucional se expidió el Código Fiscal - Ley 110 de 1912. Allí se dieron las reglas generales para la organización, administración y disposición de la Hacienda Nacional. Se ocupó de la administración de los bienes nacionales, de la adquisición de bienes por parte del Estado, de los bienes ocultos, de los baldíos y de su utilización en concesiones a colonos, adjudicación y fomento a obras públicas, de las minas, de los bosques nacionales, de los bienes de reserva territorial del Estado, del producto de los bienes nacionales, entre otros.

Posteriormente, vino la reforma de 1936, de significativa importancia. En cuanto a los bienes de la Nación no hubo modificación, pero se resalta que dispuso que la propiedad en general debe cumplir una función social que implica obligaciones, con fundamento en lo cual precisó, en forma contundente, que el interés privado debe ceder al interés público o social.⁶⁶

63 Pimiento, Echeverri, Julián Andrés. *Teoría de los bienes de uso público*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 134. *“De esta manera, cuando la norma establece que son bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República, se refiere expresamente a la propiedad. Propiedad que luego se verá aplicada a los bienes de uso público como calles, puentes y caminos. No se trata de una figura de estilo, puesto que el legislador escogió expresamente someter estos bienes a un régimen de propiedad, sobre todo si se tiene en cuenta que el Código Civil Francés, con respecto a estos mismos bienes, el legislador optó por indicar que se trata de bienes que no son susceptibles de propiedad privada. Esto tiene sentido a la luz del resto de los cuerpos normativos que inspiraron a Andrés Bello en su redacción: el derecho romano y el derecho ‘indiano’, en los que algunos de estos bienes a pesar de estar fuera del comercio, pueden ser objeto de propiedad.”*

64 Artículo 1 del Acto Reformatorio No. 7 de 8 de abril de 1905 expedido por la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa de Colombia.

65 Artículo 54 del Acto Legislativo No. 3 de 31 de octubre de 1910.

66 Acto Legislativo No. 1 de 5 de agosto de 1936 “Artículo 10. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaron en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. // La propiedad es una función social que implica obligaciones. // Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa. // Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.”

En las reformas de 1954⁶⁷, 1959⁶⁸, 1968⁶⁹ y 1986⁷⁰ se mantuvieron las disposiciones mencionadas anteriormente en cuanto al manejo de los bienes públicos.

Lo hasta aquí expuesto evidencia que el tratamiento jurídico dado a los bienes públicos es sustancialmente diferente al que se le ha dado a los privados. Tal distinción obedece a que en los públicos está presente el Estado como garante del interés general y la utilidad pública, lo cual justifica que el legislador haya considerado suficiente declarar en la Constitución y en la ley, que la Nación es propietaria de ciertos bienes y en ese sentido considerara útil diseñar protecciones especiales como la inalienabilidad, inembargabilidad y la imprescriptibilidad.

ii) En la Constitución Política de 1991

La Constitución de 1991 refleja el cambio de la concepción de Estado monopólico y prestador exclusivo de servicios a un Estado competitivo, lo cual influye directamente en el nuevo rol del Estado frente al manejo de los bienes, de la riqueza y en concreto de la economía, tal como se advierte en los artículos 332 a 338. Al adoptar un modelo de Estado Social de Derecho reiteró la función social de todo tipo de propiedad, incluyendo, por supuesto y con mayor razón, la propiedad del Estado sobre los bienes públicos.

Además, dispuso que la dirección general de la economía está a cargo del Estado, que debe intervenir de acuerdo con la ley en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, entre otros aspectos⁷¹. Introdujo cambios importantes en cuanto a la clasificación tradicional de los bienes públicos, entre otros, como lo son los *parques*

67 La Constitución se reformó en 1954 por medio de los Actos Legislativos No. 1 de 30 de julio, No. 2 de 24 de agosto, No. 3 de 27 de agosto (Importante además por haber extendido el derecho al voto a favor de las mujeres), No. 5 de 31 de agosto y No. 6 de 14 de septiembre.

68 La Constitución se reformó en 1959 por medio de los Actos Legislativos No. 1 y No. 2 de 15 de septiembre (Nacimiento del Frente Nacional), No. 3 y No. 4 de 24 de diciembre.

69 La Constitución se reformó para dar paso a una fuerte reforma administrativa con el acto Legislativo No. 1 de 11 de diciembre. Se destaca que en el artículo 1º de incluyen como parte de Colombia el espacio aéreo, el mar territorial y la plataforma continental.

70 Por el Acto Legislativo No. 1 de 1986 se instaura la elección popular de alcaldes.

71 Texto original del artículo 334: "La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, 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 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. // El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones."

Se resalta que el artículo 332 reiteró que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.

naturales, el patrimonio arqueológico de la Nación⁷²”, el patrimonio cultural de la Nación,⁷³ el subsuelo y el espectro electromagnético⁷⁴.

Asimismo, esta Carta elevó a rango constitucional la imprescriptibilidad de los bienes del Estado⁷⁵ que ya estaba contenida en el Código Civil y le adicionó las características de inalienabilidad e inembargabilidad.

La Corte Constitucional hizo referencia a la propiedad en la Constitución Política de 1991, en una de las primeras sentencias que profirió, la T-566-92, a través de la cual indicó:

1. Propiedad Privada: *que bien puede ser Individual (art.58) o Colectiva (arts.329, 58 inciso 3º, 55 y 64). 2. Propiedad Estatal (art. 332). Son del Estado: i) el subsuelo y los recursos naturales no renovables de conformidad con el artículo 332 de la Constitución Política; ii) el mar territorial, iii) la zona contigua, iv) la plataforma continental, v) la zona económica exclusiva; vi) el espacio aéreo, vii) el segmento de la órbita geostacionaria, viii) el espectro electromagnético (CP art. 102); ix) así como los bienes que posee como propiedad privada, en iguales condiciones que los particulares (CP art. 58). 3. Dominio Público (arts. 63, 82, 102): Se distinguen no por su titularidad sino por su afectación al dominio público, por motivos de interés general (CP art. 1º), relacionadas con: a) la riqueza cultural nacional, b) el uso público y c) el espacio público. Los bienes que deben comprenderse en el dominio público se determinan por las leyes que califican una cosa o un bien como de dominio público y por la concurrencia del elemento del destino o de la afectación del bien a una finalidad pública. La teoría de la afectación de los bienes de dominio público fue introducida por el legislador colombiano en el artículo 148 del Decreto 222 de 1983. (i) Bienes afectados al fomento de la riqueza nacional. Esta clase de bienes de dominio público está formada por los bienes que están afectos al fomento de la riqueza nacional. Por ejemplo: el patrimonio cultural, arqueológico e histórico. En este grupo se ubican los bienes de dominio privado o estatal destinados al uso público, como el caso de las fachadas de los inmuebles que poseen un valor histórico o arquitectónico, en los que el dominio es exclusivo de una persona, pero no pueden ser alterados por el valor que representan para la sociedad (artículo 9º de la Ley 9a de 1989). (ii) Bienes afectados al uso público. Esta categoría la integran en primer lugar, los bienes de dominio público por naturaleza, definidos en la ley como aquellos que reúnen determinadas condiciones físicas, como los ríos, torrentes, playas marítimas y fluviales, radas, entre otros y también los que*

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

73 "Artículo 72. El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. . El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica." Ver la Ley 1675 de 2013

74 "Artículo 75. El espectro electromagnético es un bien público inajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley // Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético."

75 Señala el artículo 82 que es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. Del mismo modo señala que las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.

siendo obra del hombre, están afectados al uso público en forma directa como los caminos, canales, puertos, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y cuidado sean de competencia de las autoridades locales. La enumeración que antecede no debe entenderse cerrada, sino ejemplificativa y abierta, dado que en la Ley 9 de 1989 y en el Código Civil se refieren a otros bienes análogos de aprovechamiento y utilización generales. Los bienes de uso público del Estado, tienen como característica ser inalienables, imprescriptibles e inembargables (artículo 63 de la Constitución Política). (iii) Bienes afectados al espacio público. La definición de los bienes del Estado destinados al uso público se encuentra en el artículo 9º de la Ley 9a de 1.989 que determina que los bienes de uso público hacen parte del concepto general de espacio público. Pero este concepto no es exclusivo de estos bienes, sino que abarca además bienes particulares que por su naturaleza, su uso o afectación están destinados a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes. Luego el espacio público es el género y el uso público, la especie. Aquél concepto subsume a éste. Este artículo reitera el concepto que ya se encontraba contenido en el artículo 166 del Decreto Ley 2324 de 1984, que dice que las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, son bienes de uso público, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley y las disposiciones del presente decreto, que no confieren título alguno sobre el suelo ni el subsuelo. Así pues, tanto la playa como la franja de bajamar son bienes de uso público y, por lo tanto forman, parte del espacio público.

La clasificación tradicional de bienes de uso público y bienes fiscales, establecida en el Código Civil y explicada por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia⁷⁶, no coincide con la exposición transcrita, puesto que bienes comprendidos en la Constitución Política y las leyes, como el patrimonio cultural, el espectro electromagnético, el espacio público, la órbita geoestacionaria, entre otros, no encuentran lugar de manera satisfactoria en la dicotomía referida.

Lo anterior implica que la clasificación de los bienes fundamentada en las categorías normativas del derecho civil debe ceder y dar paso a una en la que se unifique la denominación bajo el término “bienes públicos” y donde el factor de diferenciación entre ellos sea la posibilidad de disposición del Estado, en atención al grado de afectación al interés general. Es importante advertir que esta nueva aproximación no implica la desaparición de las categorías tradicionales,

76 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2007, Exp. AP-19001-23-31-000-2005-00993-01: “Los bienes de uso público son aquellos bienes destinados al uso, goce y disfrute de la colectividad y, por lo tanto, están al servicio de todos los habitantes en forma permanente, con las limitaciones que establece el ordenamiento jurídico y la autoridad competente que regula su utilización, como calles, plazas, parques, puentes, caminos, carreteras, ejidos, etc.” “Los bienes fiscales o patrimoniales, son aquellos que pertenecen a sujetos de derecho público de cualquier naturaleza u orden y que, por lo general, están destinados al cumplimiento de las funciones públicas o servicios públicos, tales como los terrenos, edificios, fincas, granjas, equipos, enseres, acciones, rentas y bienes del presupuesto, etc., es decir, afectos al desarrollo de su misión y utilizados para sus actividades, o pueden constituir una reserva patrimonial para fines de utilidad común. Su dominio corresponde a la República, pero su uso no pertenece generalmente a los habitantes, de manera que el Estado los posee y los administra en forma similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad. Los mismos a su vez se pueden subdividir en bienes fiscales propiamente dichos y bienes fiscales adjudicables o baldíos; estos últimos corresponden a los predios de la Nación que pueden ser adjudicados a las personas que reúnan las condiciones y requisitos establecidos en la legislación.”

sino su incorporación dentro de un espectro más amplio, en virtud del cual la noción de “bienes públicos” no se agota en los bienes de uso público y en los fiscales, ni se define por un factor normativo, sino por la disposición y afectación del bien.

Así, el grado de disposición es el que determina el régimen jurídico con miras a concluir si un bien específico está o no dentro del comercio y las consecuencias respectivas. Sobre el tema, la Sala se pronunció en este sentido, en el concepto con radicado 1682 del 2 de noviembre de 2005, así:

“En criterio de la Sala una clasificación sencilla que pudiera abarcar el conjunto de estos bienes, debe estar centrada en la presencia o no de la posibilidad de disposición de los mismos, de manera que uno de los grupos está conformado por aquellos bienes cuyo dominio se ejerce por las entidades públicas de manera similar al de los particulares, y por lo mismo (bajo múltiples limitaciones) están en el comercio, son enajenables, y con ellos se conforma el patrimonio de las entidades dueñas, y el otro grupo o categoría está conformada por todos aquellos bienes que no están en el comercio y tienen los atributos fijados por la misma Constitución de ser inalienables, inembargables e imprescriptibles. Estas categorías pueden denominarse, como lo ha hecho otras veces la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, bienes patrimoniales o bienes fiscales, e incluso, retomando la vieja locución del Código Fiscal, bienes de la hacienda pública para los primeros y bienes no patrimoniales o especialmente protegidos para los segundos. Esta última expresión busca cobijar bajo una misma categoría, a más de los llamados bienes de uso público, todos aquellos que gozan del mismo régimen constitucional de protección enumerados en el artículo 102, si bien difieran en algunos otros elementos, como el de su finalidad o afectación y el del titular del derecho de dominio.

La posibilidad de disposición del bien está dada en función de su afectación al interés general, asunto respecto del cual la Corte Constitucional indicó, en la sentencia T-150 de 1995, que “la afectación consiste en una manifestación de voluntad expresa del poder público, por medio del cual se incorpora un bien al uso o goce de la comunidad, ya sea directo o indirecto”. La afectación implica dos elementos: “a) un aspecto material, esto es, la existencia de un bien apto para el uso público y b) el aspecto intencional o subjetivo, que consiste en la declaración de voluntad o en el accionar del órgano estatal que demuestra de manera directa e inequívoca el deseo de consagrar un bien al uso público”.

La afectación, como criterio para la determinación y clasificación de los bienes públicos dentro del comercio o fuera de él, depende del grado de disposición y la forma de administración de los mismos. En tal sentido, afectación y disposición son conceptos que se acompañan y complementan para estos efectos. Y de acuerdo con el grado de afectación al servicio o uso público que un bien del Estado tenga, serán proporcionales a ella las protecciones constitucionales dadas a la propiedad

pública⁷⁷. Así podrá ser administrado, según dicho interés, por la entidad del Estado que por su perfil y organización sea el más adecuado⁷⁸.

Como la afectación conlleva el rango de acción que tiene el Estado para disponer de los bienes, según la naturaleza del bien⁷⁹ y el interés público⁸⁰ que sobre el bien recaiga, podrá conservar la propiedad o desafectarla para disponer de ella y enajenar el bien⁸¹.

En cuanto hace referencia a la inquietud que se presenta acerca del derecho, relación, poder o subordinación que se establece entre el Estado y los bienes públicos, el concepto de la Sala transcrito parcialmente con anterioridad, concluyó que correspondía a la propiedad o el dominio. No desconoce la Sala las tesis de la jurisprudencia y la doctrina nacionales y del derecho comparado que niegan al Estado la condición de propietario de los bienes de uso público. No obstante, afirma que es propietario en tanto que la Constitución Política indica que *“El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte pertenecen a la Nación”*⁸² y el Código Civil, de manera inequívoca, establece que *“son bienes de la Unión todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales carecen de otro dueño”*⁸³.

77 J. Pimiento Echeverri, *Derecho Administrativo de Bienes. Los bienes públicos: Historia, Clasificación, Régimen Jurídico*. p. 223: *“Para que este nuevo enfoque sea posible, es necesario racionalizar el régimen de los bienes públicos y establecer criterios de protección. Es un análisis en dos tiempos, que implica encontrar los fundamentos del régimen de protección de los bienes públicos. Es posible encontrar dos razones para explicar esta protección: ya sea que se busque proteger las características intrínsecas del bien –un bien de interés cultural, un humedal o cualquier otro bien ambiental– o que se persiga la protección de las funciones administrativas que realizan a través de estos bienes – el caso de los edificios públicos es un buen ejemplo de esto. Salvo que exista una afectación especial, la finalidad aquí es la protección de la continuidad del servicio público y no del bien inmueble que es solamente, el medio físico para la prestación de un servicio público. // El criterio esencial, para diferenciar los dos casos en referencia es la irremplazabilidad del bien: Solamente en presencia de un bien irremplazable habrá necesidad de una protección completa a nivel de inalienabilidad, imprescriptibilidad y inembargabilidad. Sin embargo, más allá de esta definición legislativa es posible encontrar una definición material de los bienes de uso público.”*

78 Según el caso, cada entidad territorial determinará la afectación que da a sus bienes según lo indiquen las necesidades públicas de acuerdo con los principios constitucionales: Ver artículos 300 y 313 de la C.P.

79 Público por naturaleza, como los ríos, las playas o el mar, o público por decisión administrativa, como las vías, las plazas o parques definidos así por el Plan de Ordenamiento Territorial.

80 Bien de conservación arquitectónica o de interés o conservación ecológica.

81 En el ámbito local la Ley 9ª de 1989 permite que se cambie la destinación de uso público de los bienes, con autorización de los consejos a iniciativa del alcalde, siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes. Así la Ley 9 de 1989 en su artículo 6º, señala que: *“El destino de los bienes de uso público incluidos en el espacio público de las áreas urbanas y suburbanas no podrá ser variado sino por los concejos, juntas metropolitanas o por el consejo intendencial, por iniciativa del alcalde o intendente de San Andrés y Providencia, siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes.”* Del mismo modo el artículo 9º de la Ley 388 de 1997 señala que el plan de ordenamiento territorial –POT– es el instrumento básico para desarrollar el proceso de ordenamiento del territorio municipal y lo define como el conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo. Lo anterior, con fundamento en las pautas de la referida ley, entendidas como normas de superior jerarquía en los respectivos ámbitos de competencia territorial, dirigidas a: i) la conservación y protección del medio ambiente, los recursos naturales, la prevención de amenazas y riesgos naturales; ii) a la conservación, preservación y uso de las áreas e inmuebles consideradas como patrimonio cultural de la Nación y de los departamentos, incluyendo el histórico, artístico y arquitectónico, de conformidad con la legislación correspondiente; iii) señalamiento y localización de las infraestructuras básicas relativas a la red vial nacional y regional, puertos y aeropuertos, sistemas de abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía, así como las directrices de ordenamientos para sus áreas de influencia; y i) los componentes de ordenamiento territorial de los planes integrales de desarrollo metropolitano, en cuanto se refieran a hechos metropolitanos, así como las normas generales que establezcan los objetivos y criterios definidos por las áreas metropolitanas en los asuntos de ordenamiento del territorio municipal. De este modo, corresponde a los municipios, a través del Consejo Municipal, definir en el POT el grado de afectación de los bienes ubicados dentro de su territorio. Tal decisión determinará el régimen jurídico que debe aplicársele al bien inmueble respectivo con consecuencias directas como la posibilidad de enajenación o conservación, responsabilidades en su mantenimiento, según el caso. Actualmente el procedimiento para la enajenación, una vez se haya producido la desafectación, es el de selección abreviada de conformidad con el Título II del Decreto 1510 de 2013 *“Enajenación de Bienes del Estado”*.

82 Artículo 102 de la Constitución Política.

83 Artículo 675 del Código Civil.

En ese orden de ideas, para la Sala, en el caso de los bienes públicos, de conformidad con el concepto 1682 del 2 de noviembre de 2005, “*es claro que se está en presencia de un verdadero derecho de propiedad, cuyo régimen ha sido adaptado en ciertos aspectos para que la regulación sea eficaz frente a las necesidades sociales*”.

La Sala, en el concepto referido, se apoyó en un sector de la doctrina nacional que propugna la idea de que la propiedad del Estado sobre los bienes de uso público se ha ido imponiendo. Contrario a lo sostenido por quienes defienden la tesis de que no hay propiedad de los bienes de uso público porque el Estado no ejerce *el usus* de ellos, considera que sí lo hay, al menos en los bienes destinados a los servicios públicos; también hay el *fructus*, ya que cada día se nota la tendencia de la administración a sacar provecho de su dominio. Y en cuanto a la inalienabilidad, es decir, a la imposibilidad de disponer de ellos, lo que hace que no se configure por este aspecto la propiedad en un sentido pleno en los bienes de uso público, concluye que esta característica probaría mas bien la propiedad, porque la interdicción de vender sería inútil si el Estado no fuera propietario; además es difícil de admitir que la desafectación del dominio público que tiene por efecto permitir su alienación, tiene por virtud crear un derecho de propiedad que no existía⁸⁴.

De acuerdo con lo expuesto, se puede afirmar que, por regla general: (i) El Estado es propietario de distintas categorías de bienes; (ii) su título de propiedad surge directamente de la Constitución y se desarrolla en la ley⁸⁵; (iii) todos los bienes del Estado gozan por esa razón de una protección especial a su propiedad de rango constitucional, a saber: son imprescriptibles, es decir, no se pueden adquirir por prescripción; de estos bienes, los bienes de uso público y los bienes destinados a un servicio público son inembargables⁸⁶ y en principio son inalienables salvo las excepciones que introduzca el legislador para ciertas categorías de bienes, de ahí que algunas están dentro del comercio.

84 Vidal Perdomo, Jaime. Derecho Administrativo 12ª Edición. Ed. Legis- U. Rosario. Bogotá, 2004. Pág. 348.

85 Código de Recursos Naturales: “Artículo 83º.- Salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescriptibles del Estado: // a.- El álveo o cauce natural de las corrientes; // b.- El lecho de los depósitos naturales de agua; // c.- La playas marítimas, fluviales y lacustres; // d.- Una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho; // e.- Las áreas ocupadas por los nevados y por los cauces de los glaciares; // f.- Los estratos o depósitos de las aguas subterráneas.”; “Artículo 85º.- Salvo los derechos adquiridos, la Nación se reserva la propiedad de aguas minerales y termales y su aprovechamiento se hará según lo establezca el reglamento.”; “Artículo 168º.- Las pendientes son recurso natural utilizable para generar energía, distinto e independiente del suelo y de las aguas, cuyo dominio se reserva la Nación, sin perjuicio de los derechos adquiridos.” // “Artículo 169º.- Sin perjuicio de derechos adquiridos, la Nación se reserva el dominio y el uso de la energía hidráulica que pueda ser desarrollada por la combinación de aguas y pendientes, aunque aquellas estén concedidas o se hallen afectadas a otros usos. // Así mismo, la Nación se reserva el dominio de la energía que pudiere llegar a generarse con las corrientes marinas o con las mareas, sin perjuicio de derechos adquiridos.”

86 Dispone el artículo 684 del C.P.C. que además de los bienes inembargables de conformidad con leyes especiales, no podrán embargarse los de uso público, los destinados a un servicio público cuando éste se preste directamente por un departamento, una intendencia, una comisaría, un distrito especial, un municipio o un establecimiento público, o por medio de concesionario de éstos, pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje. Cuando el servicio lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como la renta líquida que produzcan, y el secuestro se practicará como el de empresas industriales. Tampoco son embargables las dos terceras partes de la renta bruta de los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales y los municipios; las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deban anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción, excepto cuando se trate de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones e indemnización sociales; ni los salarios y las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales o particulares, en la proporción prevista en las leyes respectivas.

El Estado puede disponer de sus bienes de acuerdo con el grado de afectación al uso o servicio público que en cada caso concreto se verifique y de conformidad con los procedimientos y las limitaciones que imponga la ley. Con este punto de partida, se distinguen sistemas o regímenes que diferencian el ejercicio de la propiedad de dichos bienes, así: (a) aquellos bienes que hacen parte del patrimonio de las entidades y que usualmente se denominan como bienes fiscales, están dentro del comercio y son susceptibles de enajenación, como los de los particulares, esto es, edificios, vehículos, muebles y enseres, etc; (b) los bienes fiscales adjudicables, es decir, los baldíos, tienen la regulación que expresamente define la Ley 160 de 1994, en virtud de la cual el Estado dispone de ellos a través de la adjudicación a favor de personas naturales o jurídicas, debidamente especificadas⁸⁷; (c) en relación con los bienes que no están en el comercio, en atención a su naturaleza (playas, ríos, lagos, parques naturales, etc.) o a su afectación (puentes, puertos, etc.), el Estado ejerce su derecho de propiedad para administrarlos y explotarlos económicamente, en la medida de las posibilidades jurídicas y técnicas.

3. La prueba de la propiedad pública

En materia de propiedad, a diferencia de lo que ocurrió en numerosos países, nuestro Código Civil estableció un sistema dual en cuanto a su adquisición distinguiendo título⁸⁸ y modo⁸⁹. De esta manera el derecho de propiedad solo puede adquirirse mediante la conjunción de un título (venta, permuta, donación entre vivos o la misma ley) y el modo (tradicción, ocupación, accesión)⁹⁰. La Ley 1579 de 2012, y con anterioridad el Decreto ley 1250 de 1970, determinaron que los objetivos del registro de la propiedad inmueble son los de servir de modo de tradición de los derechos reales, darles publicidad a los instrumentos que con ellos se relacionen y

⁸⁷ "Por la cual se crea el sistema nacional de reforma agraria y desarrollo rural campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones". "Artículo. 65.- La propiedad de los terrenos baldíos adjudicables, sólo puede adquirirse mediante título traslativo de dominio otorgado por el Estado a través del Instituto Colombiano de Reforma Agraria, o por las entidades públicas en las que delegue esta facultad".

⁸⁸ Código Civil. "Artículo 765. Justo título. El justo título es constitutivo o traslativo de dominio... Son traslativos de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos. Pertenecen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición".

⁸⁹ Código Civil. "Artículo 673.- Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción".

⁹⁰ La propiedad privada de un inmueble se consolida con el título y el modo: i) El título –constitutivo o traslativo de dominio–, entendido como la forma jurídica de concretar alguna de las fuentes de obligaciones: la venta, la permuta, la donación, un aporte social, una sentencia judicial, un acto administrativo, o la ley. ii) El modo, consistente en la entrega efectiva de las cosas: ocupación, accesión, tradición, sucesión, y prescripción o usucapión.

La jurisprudencia nacional ha sido unívoca al respecto: El 28 de abril de 2010 mediante la sentencia 05001-23-26-000-1995-00565-01(18615), la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que para efectos del reconocimiento de perjuicios se debía acreditar la propiedad a través del título y el modo, o en su defecto la posesión, según la calidad que quisieran alegar como perjudicados con los hechos allí debatidos. En la sentencia No. 19001-23-31-000-1995-02012-01(18155) expedida el 9 de junio de 2010, se reiteró la posición anterior al afirmar que la tradición de los derechos reales constituidos sobre inmuebles se realiza con la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia dictada el 16 de diciembre de 2004, realizó la diferenciación de los conceptos de título y modo y afirmó que cuando se trata de demostrar la propiedad, ninguno de los dos elementos puede ser suplido por otro medio probatorio. El 28 de septiembre de 2009 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el tema dentro del expediente N° 1523831030032001-00002-01 y al efecto realizó una síntesis cronológica de los pronunciamientos de la Corporación en procesos de reivindicación, caso frente al cual son precisamente los títulos y el ejercicio de dicho derecho los que deben destruir la presunción que se aduce a la posesión. De acuerdo con la jurisprudencia citada, se puede afirmar que ésta ha sido consistente en señalar que: i) En tratándose de inmuebles su prueba debe consistir en la demostración de la existencia del título y el modo. ii) Que dependiendo de las pretensiones de la demanda (reivindicatorias, posesorias, indemnizatorias), el estudio de los documentos o medios de prueba revestirá análisis diferentes.

revestirlos de mérito probatorio⁹¹. Lo anterior significa que en materia del derecho de propiedad de bienes raíces, la prueba está constituida por el título y por el certificado de registro respectivo.

En realidad, el título y el modo es una fórmula proveniente del derecho romano que tenía como propósito exclusivo la transmisión de la propiedad por acto entre vivos; no comprendía una teoría general respecto de todos los supuestos de adquisición de la propiedad y de los demás derechos reales. En efecto:

“... en Roma la transmisión del derecho de propiedad exigía dos elementos (condiciones o supuestos): a) el acuerdo de voluntades (nudo pacto), que recibió el nombre de iustus titulus o iusta causa; b) la traditio, es decir la entrega material de la cosa, que recibió la denominación de modus acquirendi. Tal y como ocurre actualmente en nuestro país, “ambos elementos integran el pleno supuesto de la transmisión de la propiedad; la ausencia o invalidez de cualquiera de ellos no transmitía la propiedad, o la transmitía inválidamente.”⁹².

En ese orden de ideas, la propiedad de algunos de los bienes públicos en cabeza del Estado, en especial, de aquellos que están sometidos a un régimen similar al de los bienes pertenecientes a los particulares en tanto que se hallan en el comercio, se probará mediante el correspondiente título y el folio de matrícula inmobiliaria con la inscripción respectiva.

En relación con aquellos bienes públicos que están afectados al uso público, se ha indicado por parte de la doctrina, en un intento por conciliar la teoría del título y el modo con otras hipótesis respecto de las cuales no fue creada, que el título y el modo en relación con estos bienes se encuentran contenidos directamente en la Constitución y en la ley. Por ejemplo, el Código Civil señala que *“los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios”* (art. 677); el Código de Recursos Naturales indica que *“pertenecen a la Nación los recursos naturales renovables y demás elementos ambientales que se encuentren dentro del territorio nacional”* (art. 42), es decir, la atmósfera, los bosques y páramos, entre otros recursos; la Ley 41 de 1948 señala que los bienes ejidos son bienes municipales de uso público o común, de naturaleza urbana o rural, cuya administración corresponde al Concejo Municipal correspondiente⁹³. En ese orden de ideas, respecto de estos bienes no se exige como prueba el folio de matrícula inmobiliario.

Así, teniendo en consideración las singularidades históricas y la fundamentación jurídica expuesta, en cuanto hace referencia a la acreditación de la propiedad del Estado sobre los bienes públicos, no es posible exigir, en principio, como prueba un

91 La Ley 1579 de 2012 *“Por la cual se expide el estatuto de registro de instrumentos públicos y se dictan otras disposiciones”*, *“Artículo 2.- Objetivos. El registro de la propiedad inmueble tiene como objetos básicos los siguientes: a) Servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos de conformidad con el artículo 756 del Código Civil; b) Dar publicidad a los instrumentos públicos que trasladen, transmitan, muden, graven, limiten, declaren, afecten, modifiquen o extingan derecho reales sobre bienes raíces; c) Revestir de mérito probatorio a todos los instrumentos públicos sujetos a inscripción.”*

92 A. Valencia Zea, *La Posesión*, Temis, 1978, p. 459.

93 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 17 de mayo de 1993, exp. n.º 552

título distinto a la Constitución o la ley. Solamente en el caso de los bienes fiscales propiamente dichos, también llamados como bienes fiscales no adjudicables, de naturaleza inmueble, los cuales se hallan sujetos a un régimen similar a los de la propiedad privada, se debe considerar que el ordenamiento jurídico exige la prueba del título y modo y, por ende, de la inscripción de la propiedad en el folio de matrícula inmobiliaria de la correspondiente Oficina de Registro de Instrumentos Públicos⁹⁴. En el caso de los bienes baldíos, el registro referido solo opera cuando la entidad respectiva, a través de acto administrativo, decide adjudicarlo⁹⁵.

Esto no implica, sin embargo, que si existe duda en cuanto a la propiedad pública no se pueda acudir a los mecanismos administrativos y judiciales tendientes a su clarificación o impugnación.

4. Marco normativo general del artículo 48 de la Ley 1551 de 2012

En el año 2012 se expidió la Ley 1551 (“Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”). Esta ley derogó algunos artículos de la Ley 136 de 1994 y de la Ley 617 de 2000 y, en términos generales, aumentó los requisitos para la creación de municipios (artículo 11), incluyó la importancia económica como factor para la categorización de los municipios (artículo 6) y planteó regímenes diferenciados en materia de competencias de acuerdo con los ingresos y población de los municipios (artículo 8). En el proceso legislativo correspondiente se resaltó que el proyecto de ley habría de permitir que los municipios, como núcleo fundamental de la sociedad colombiana, se reforzaran, para hacer cesar la gran mayoría de problemáticas, dentro de las cuales se indicaba como una de las principales, la erradicación de la pobreza. El artículo 48 se propuso en el pliego de modificaciones para el segundo debate en el Senado, sin que hubiera referencia especial alguna, al artículo que aquí se analiza⁹⁶, esto es:

“Artículo 48. Las entidades públicas del orden nacional deberán ceder mediante resolución administrativa a título gratuito a las entidades del orden municipal o distrital en las cuales se hallen ubicados los bienes o los terrenos de su propiedad,

94 La Ley 1579 de 2012 “Por la cual se expide el estatuto de registro de instrumentos públicos y se dictan otras disposiciones”, “Artículo 2.- Objetivos. El registro de la propiedad inmueble tiene como objetos básicos los siguientes: a) Servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos de conformidad con el artículo 756 del Código Civil; b) Dar publicidad a los instrumentos públicos que trasladen, transmitan, muden, graven, limiten, declaren, afecten, modifiquen o extingan derecho reales sobre bienes raíces; c) Revestir de mérito probatorio a todos los instrumentos públicos sujetos a inscripción.”

95 La Ley 1579 de 2012 señala: “Artículo 57. Apertura de matrícula inmobiliaria de bienes baldíos. Ejecutoriado el acto administrativo proferido por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incode), o quien haga sus veces, procederá la apertura de la matrícula inmobiliaria que identifique un predio baldío a nombre de la Nación - Incode, o quien haga sus veces. // En el caso en que dichos bienes baldíos, se encuentren ubicados dentro de las áreas que conforman el Sistema de Parques Nacionales Naturales de Colombia, se procederá con fundamento en el acto administrativo proferido por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible o quien haga sus veces a la apertura de la matrícula inmobiliaria a nombre de la Nación - Parques Nacionales Naturales de Colombia. En este último caso, y atendiendo a las normas que regulan el derecho de dominio en dichas áreas protegidas, Parques Nacionales Naturales de Colombia deberá adelantar este trámite para todos los bienes ubicados al interior de estas áreas, dejando a salvo aquellos que cuenten con títulos constitutivos de derecho de dominio conforme a las leyes agrarias y que se encuentren debidamente inscritos en el registro inmobiliario. // En caso de que se encuentren debidamente registrados títulos constitutivos de derecho de dominio conforme a las leyes agrarias, dentro de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible deberá solicitar la inscripción de la limitación de dominio en la matrícula inmobiliaria de cada predio. // Parágrafo. La apertura del folio de matrícula, así como las inscripciones a que haya lugar se harán de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para tal fin.”

96 Ver Gaceta del Congreso No. 308 de 5 de junio de 2012.

que actualmente estén destinados o tengan vocación de uso público o zonas de cesión.

La entidad pública deberá expedir la resolución dentro de los tres meses siguientes a la solicitud que presente el Alcalde municipal, vencido este término operará el Silencio Administrativo positivo a favor del municipio. La declaración del silencio hará las veces de título de propiedad del inmueble.

Facúltese a las Entidades Públicas Nacionales para cancelar mediante resolución administrativa, los gravámenes que actualmente recaen sobre los inmuebles a ceder a las entidades territoriales. Para efectos de la cancelación y liberación de gravámenes en lo referente al cobro de la tarifa de derechos de registro, se entenderá como acto sin cuantía.

En las resoluciones administrativas de cancelación de gravámenes no se requerirá indicar el valor del gravamen que se cancela, ni el monto por el que fue constituido. Los municipios podrán invertir recursos públicos en las áreas públicas que aparecen en los asentamientos humanos de origen ilegal constituidos por viviendas de interés social, con el fin de asegurar los derechos fundamentales de las personas que allí viven y garantizará que se presten los servicios públicos.

En los casos en los que las entidades nacionales exigen como requisito para financiar o cofinanciar proyectos de inversión con los municipios, la prueba de la propiedad de los bienes que van a ser objeto de intervención, bastará con que estas (sic) acrediten la posesión del bien y su destinación al uso público o a la prestación de un servicio público.”

El artículo transcrito se enmarca dentro de una política pública general de modernización de la gestión de las entidades territoriales y particularmente en un modelo de adecuación de los patrimonios de esas entidades frente al del Estado. La Sala advierte que los procesos de intervención a los que se hace referencia, se dan en el contexto de actividades de las entidades territoriales sobre bienes inmuebles, predios o terrenos y no sobre bienes muebles.

El artículo contempla tres supuestos de hecho distintos: la transferencia de bienes entre patrimonios públicos (incisos 1 a 5), las reglas de inversión de recursos públicos de las entidades territoriales en urbanizaciones ilegales (inciso 6) y las reglas de inversión de recursos públicos en bienes de las entidades territoriales (inciso 7).

En el último inciso radica la materia fundamental de la consulta, puesto que en su texto se advierte que el legislador creó una regla especial para aquellos casos en que existan proyectos financiados o cofinanciados por entidades públicas del orden nacional en bienes de las entidades territoriales. En efecto, según este inciso bastará con que los municipios acrediten la posesión de los inmuebles y su destinación al uso público o a la prestación de un servicio público, cuando quiera que las entidades

nacionales exijan prueba de la propiedad para financiar o cofinanciar proyectos de inversión.

5. La posesión del bien y la afectación al uso público o prestación de un servicio público de que trata el inciso final del artículo 48 de la ley 1551 de 2012

De entrada la Sala advierte que en forma alguna la norma que se estudia comprende una modificación a la estructura del derecho de bienes en el país, ni eleva al poseedor a la calidad plena de propietario. La norma se limita a definir dos sujetos específicos y un marco concreto –la exigencia de la entidad nacional al municipio de la prueba de propiedad de los bienes inmuebles que van a ser objeto de intervención–, para la presunción de propiedad con la cual se encuentran favorecidos todos los poseedores en los términos del inciso segundo del artículo 762 del Código Civil, según la cual “[e]l poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo”.

Para dar una explicación sobre el particular, resulta necesario definir las expresiones “*posesión del bien*” y “*destinación al uso público o a la prestación de un servicio público*”, comprendidas en el inciso final del artículo 48 de la Ley 1551 de 2012, puesto que constituyen el objeto central de la norma materia de la consulta.

(i) La posesión por parte de las personas de derecho público

En las fuentes romanas se entiende por posesión, de manera general, el poder de hecho ejercido por un sujeto sobre una cosa⁹⁷. Se afirma que la *possessio* es una *res facti* en contraposición con la propiedad que constituye una *res iuris*, es decir la posesión corresponde al señorío de los hechos, mientras que la propiedad es el señorío del derecho⁹⁸. En otras palabras, “*la relación que existe entre la posesión y la propiedad es la misma que va de todo hecho social al estatuto jurídico que lo consagra... es la relación que va del hecho al derecho*”⁹⁹. En idéntico sentido, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que “*...la posesión como simple relación de dominio de hecho, amparada por el orden jurídico, implica la vinculación de la voluntad de una persona a un corpus como si esa relación emanara del derecho de propiedad... la posesión no es otra cosa que la exteriorización del dominio.*”¹⁰⁰

El Código Civil define, en el artículo 762, que “*la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo.*” En la definición se encuentran los siguientes elementos y características: (i) *corpus*: tenencia material, subordinación de hecho; (ii) *animus*: voluntad de quien posee de no reconocer dominio ajeno y obrar como propietario; (iii) el poseedor puede ser

97 A. Burdese, *Manuale di Diritto Romano*, UTET, 4ta Edición, 1993, p. 388.

98 M. Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 485.

99 A. López Michelsen, *La Posesión en el Código de Bello*, Renovación, 1936, p. 33

100 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de agosto de 1957

sólo poseedor o tener también la calidad de propietario; (iv) la posesión se ejerce por el mismo poseedor, o por otra persona que lo ejerce a nombre suyo, (v) opera respecto de bienes muebles e inmuebles; (vii) el poseedor se presume dueño.

La posesión no ha sido reconocida como un derecho real, en tanto que no está referida como tal dentro del artículo 665 del Código Civil, el cual en su segundo inciso restringe los derechos reales a “...*el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca*”. No obstante lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, en un pronunciamiento de importancia sobre el particular, indicó que “*la posesión es un derecho auxiliar para el dueño de la cosa o es un derecho provisional para el que no es dueño de ella, pero puede estar en vías de serlo*”. Explicó que la posesión manifiesta la realidad del dominio y en tal sentido auxilia al propietario y lo complementa en su derecho real, mientras que para aquella persona que no tiene el derecho real, la posesión comprende un derecho que tiene como origen la presunción de dominio que acompaña a la posesión, y es provisional porque cede ante el dominio¹⁰¹.

Más allá fue la Corte Constitucional, al indicar en la sentencia T-494 de 1992 que la posesión era un derecho constitucional. Analizó que sin importar su naturaleza –hecho, derecho, derecho provisional o auxiliar–, debía ser amparada por “*ser instrumento efectivo para la adquisición de la propiedad y que como tal guarda con ésta una conexidad de efectos sociales muy positivos que no pueden ignorarse, especialmente en el ámbito del Estado social de derecho.*”

La posesión como poder o sujeción de hecho de una persona sobre una cosa se asocia al vínculo físico, a la materialidad del objeto y del sujeto, lo que sugeriría que solo las personas naturales pueden ejercer la posesión, conclusión que no resulta actualmente admisible. En efecto, de conformidad con la doctrina nacional más autorizada, “*es indiscutible que una persona jurídica puede establecer relaciones posesorias sobre todas las cosas que someta a un señorío en el desarrollo de su actividad*”¹⁰², de suerte que no existe obstáculo alguno la posibilidad de que las entidades estatales ejerzan la posesión.

Es necesario resaltar que en el caso de los bienes públicos, desde la perspectiva de la finalidad, la posesión que ejerce el Estado no puede asimilarse a la que ejerce una persona particular, natural o jurídica, para su propio beneficio, puesto que esta pretende la adjudicación exclusiva, en tanto que la del Estado busca la satisfacción de un interés general y la utilidad pública. En ese orden de ideas, en el caso de las personas jurídicas de derecho público, la posesión corresponderá a dos supuestos de hecho con las consecuencias jurídicas correspondientes:

a) El Estado es poseedor y propietario: Este supuesto corresponde al poder, subordinación de hecho o materialidad que las entidades estatales ejercen sobre los bienes que son de su propiedad, tales como los bienes fiscales, los baldíos y los

101 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de agosto de 1957.

102 A. Valencia Zea, La Posesión, Temis, 1978, p. 41.

de uso público. Con anterioridad se explicó que el Estado es dueño de los bienes públicos y por ende, es poseedor de ellos, en tanto que confluyen los elementos de la posesión, es decir, el *corpus* y el *animus*. En tal sentido, el Estado tiene el *corpus* puesto que a través de sus representantes ejerce tenencia respecto de sus bienes y el *animus* porque obra sin reconocer titularidad jurídica a terceros, en ejercicio de su derecho de propiedad.

b) El Estado es poseedor, pero no propietario: Cuando el Estado ejerce posesión sobre bienes que no son de su propiedad sino de particulares, se configura la ocupación de hecho permanente o temporal de bien inmueble, lo que da lugar a que el particular que se vea privado de su derecho de dominio y posesión, pueda ejercer la acción contenciosa con pretensión de reparación directa (art. 140 Ley 1437 de 2011) y, en caso de que así lo determine el juez, obtener la declaratoria de responsabilidad del Estado, la condena al pago de los perjuicios y la transferencia jurídica del bien o de la parte ocupada a la entidad pública ocupante¹⁰³.

(ii) La destinación al uso público o a la prestación de un servicio público

Para los efectos del inciso final del artículo 48 de la Ley 1551 de 2012, es decir, para probar a las entidades nacionales que el municipio detenta *“la propiedad de los bienes que van a ser objeto de intervención”*, además de la posesión del bien, se deberá acreditar *“su destinación al uso público o a la prestación de un servicio público”*.

La destinación al uso público, de acuerdo con la explicación que se expuso con anterioridad, parte de lo dispuesto en el artículo 674 del Código Civil, donde se indica que serán de uso público los bienes cuyo *“uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos”*, sin que el concepto se agote en estos cuatro eventos. En efecto, una interpretación armónica y sistemática del precepto¹⁰⁴, en función de la Constitución Política de 1991 y de otras normas de suma relevancia –el Código de Recursos Naturales (Decreto 2811 de 1974) y la Ley de Reforma Urbana (Ley 9 de 1989)– conducen a la Sala a concluir que se encuentran también inmersos en el propósito del artículo 48 de la Ley 1551 de 2012, aquellos bienes que soportan *“afectaciones ambientales (zonas de reserva, recursos naturales, bienes afectos al Sistema Nacional de Parques Naturales, etc.) o urbanísticas (espacio público, zonas de desarrollo prioritario, construcción de obras públicas, etc.)”*¹⁰⁵. En todos estos casos caracteriza a los bienes de uso público que el ordenamiento jurídico o las entidades los han puesto a disposición del público para su uso inmediato y directo, aun cuando con algunos matices, puesto que en

¹⁰³ Si se evidencia la caducidad de la acción, el particular propietario tendrá la posibilidad de iniciar un proceso reivindicatorio en contra de la Administración ocupante. Pasado el término de caducidad de la acción de reparación directa y cumplido el tiempo de la prescripción adquisitiva, la entidad estatal podrá iniciar un proceso de declaración de la propiedad o, si es demandada en reivindicación, podrá utilizar la excepción de prescripción adquisitiva.

¹⁰⁴ El artículo 31 del Código Civil ordena que *“lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes”*, regla que debe aplicarse en conexión con los criterios antes expuestos.

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de febrero de 2014, exp. n.º 26.926

ocasiones, como es el caso de los parques naturales, el Estado puede restringir o condicionar el ingreso de los particulares.

En cuanto hace referencia a la destinación para la prestación de un servicio público, la Corte Constitucional ha definido que *“los servicios públicos en general son actividades inconfundibles e inherentes a la finalidad del Estado Social de derecho, que busca servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”*¹⁰⁶. Así, los bienes destinados a la prestación de un servicio público, son aquellos que materialmente habrán de ser utilizados por una entidad para actividades que el ordenamiento jurídico ha catalogado como servicios públicos o asistenciales, por ejemplo: salud, educación, recreación y deporte, servicios públicos domiciliarios, entre otros. La acreditación de la destinación es de suma importancia, en tanto que la destinación al uso público o a la prestación del servicio público constituye la justificación para que las entidades nacionales inviertan sus recursos en los bienes de los municipios.

(iii) Prueba de la posesión y prueba de la destinación

Con el propósito de acreditar la posesión, conviene referir en primer lugar, que el ordenamiento jurídico nacional, en el artículo 28 del Código Civil, es claro y no da lugar a ambigüedades, al indicar que las palabras de la ley, cuando quiera que el legislador las haya definido expresamente, tendrán el significado legal¹⁰⁷. Así, debe recordarse que la posesión está definida en el artículo 762 como la *“tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño”*. El término *tenencia* no tiene definición legal, motivo por el cual corresponde asignarle, en los términos que prescribe el artículo 28 mencionado, su *“sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras”*, lo cual conduce a la conclusión de que *“tenencia”* es *“ocupación y posesión, actual y corporal de algo”*¹⁰⁸.

El ejercicio de interpretación normativo realizado, guarda consonancia con uno de los elementos históricamente atribuidos a la posesión por parte de la doctrina, es decir, el *corpus*, en virtud del cual, sin materialidad, tenencia física, subordinación de hecho de una cosa a una persona, no hay posesión. Coherente con la explicación anterior, el ordenamiento jurídico nacional, de forma expresa, ha determinado en el artículo 981 del Código Civil, que la posesión del suelo se prueba *“por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación”*.

Para efectos de acreditar la ocurrencia de estos hechos positivos, serán de recibo los elementos probatorios referidos en los artículos 175 del Código de Procedimiento Civil y 165 del Código General del Proceso, es decir, la declaración de parte, el

106 Corte Constitucional, C-066-1997

107 Código Civil *“Artículo 28.- Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.”*

108 <http://lema.rae.es/drae/?val=tenencia>, consultado el 30 de mayo de 2014.

juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medio que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

Además, en atención a la naturaleza de los bienes públicos, el Estado también podrá, mediante acto administrativo debidamente motivado, el cual goza de la presunción de legalidad, manifestar, como lo haría un particular en una declaración de parte, que ejercen la posesión sobre el bien frente al cual se pretende la inversión con recursos de la Nación. Ahora bien, el acto deberá estar debidamente motivado no solo desde la perspectiva jurídica, sino fáctica, en tanto que solo se podrá señalar que se ejerce posesión sobre un inmueble cuando quiera que tengan lugar y sean plenamente verificables los “hechos positivos” a los que alude el artículo 981 del Código Civil, es decir, que la entidad territorial materialmente haya llevado a cabo obras de explotación del bien, construcción de edificios, cerramientos o actos materiales de la misma naturaleza o, como dice la norma, “de igual significación”.

Por su parte, la prueba de la afectación al uso público o a un servicio público puede provenir de la entidad que los utiliza, de la ley que los haya catalogado como tales o de otros instrumentos de planeación (por ejemplo el POT), de los cuales se desprenda inequívocamente que los referidos bienes se encuentran afectos a esas finalidades de interés general, ya sea que tal afectación se haya concretado o que se encuentre en proceso de concreción.

LA SALA RESPONDE

¿A la luz del artículo 48 de la Ley 1551 de 2012, en qué forma se debe acreditar la posesión para que sea plena prueba de propiedad?

El ordenamiento jurídico colombiano no permite en materia de inmuebles de naturaleza pública o privada que la posesión sea plena prueba de propiedad, bajo ninguna circunstancia. Si bien es cierto que el sistema de acreditación de la propiedad es de orden legal y por ello las normas que se expidan sobre el particular pueden modificarlo libremente, también lo es que la norma bajo estudio no entraña subrogación o modificación alguna de la prueba de la propiedad inmobiliaria establecida en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, el cometido de la norma se restringe a prescribir que en un supuesto de hecho específico, esto es cuando las entidades nacionales exijan a las territoriales la prueba de la propiedad del inmueble donde se hará una intervención, la posesión del bien y su destinación al uso público o a la prestación de un servicio público será suficiente para proceder con la inversión de los recursos económicos. Esto significa que las normas en materia de acreditación de la propiedad no son modificadas. Jamás lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 1551 de 2012 puede llevar a considerar que se está creando un nuevo título de propiedad con base en la posesión, dado que la propiedad solo se hace constar, en cuanto corresponde a los bienes inmuebles de naturaleza pública, en la Constitución o en las leyes y, respecto de aquellos

bienes raíces que cuentan con un folio de matrícula inmobiliaria, con la certificación respectiva expedida por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Tal y como antes se analizó, el propio legislador para este caso específico de inversión pública ordena que se aplique a favor de los municipios la presunción de propiedad con la cual se encuentran favorecidos todos los poseedores, en los términos del inciso segundo del artículo 762 del Código Civil, según el cual “[e]l poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo”. Así, el inciso final del artículo 48 de la Ley 1551 de 2012 indica claramente que en aquellos casos en los cuales las entidades nacionales exijan prueba de la propiedad de los bienes en los que invertirán recursos para financiar o cofinanciar proyectos de inversión con los municipios, bastará con que las entidades territoriales acrediten únicamente dos requisitos: (i) la posesión y (ii) su destinación al uso público o a la prestación de un servicio público.

La posesión, en su condición de tenencia (aspecto objetivo), poder de hecho, subordinación material, comando físico, está constituida, conforme a los artículos 762 y 981 del Código Civil, por hechos positivos que solo ejerce quien es dueño o quien actúa con ánimo de tal (aspecto subjetivo), como cerramientos, construcción de obras y otros de igual significación. Teniendo en cuenta que las entidades estatales son personas jurídicas, tales hechos positivos deberán ser llevados a cabo en cumplimiento de sus funciones. La posesión se puede acreditar mediante los elementos probatorios que brinden convencimiento suficiente respecto del acaecimiento de los hechos positivos, de acuerdo con los artículos 175 del Código de Procedimiento Civil y 165 del Código General del Proceso.

En atención a la naturaleza de los bienes públicos, el Estado también podrá, mediante acto administrativo debidamente motivado, manifestar que ha ejercido y ejerce la posesión sobre el bien frente al cual se pretende la inversión con recursos de la Nación. Es indispensable que el acto esté motivado desde la perspectiva fáctica, en tanto que solo se podrá señalar que se ejerce posesión sobre un inmueble cuando quiera que tengan lugar y sean plenamente verificables los “hechos positivos” a los que alude el artículo 981 del Código Civil, es decir, que la entidad territorial materialmente haya llevado a cabo obras de explotación del bien, como construcción de edificios, cerramientos o actos materiales de la misma naturaleza, entre otras. En conclusión, lo expuesto resulta aplicable a las diferentes hipótesis en las cuales el Estado es poseedor de un bien inmueble, con las particularidades de cada caso, así:

(a) En los casos en los cuales el municipio es propietario del bien fiscal inmueble y cuenta con un registro inmobiliario, en tanto que su tratamiento se asemeja al de los bienes privados, la prueba que deberá aportarse, pues resulta útil para acreditar la propiedad y, a partir de ahí inducir la posesión, será el certificado de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. En otras palabras, la norma en cuestión, inciso final del artículo 48 de La Ley 1551 de 2012, parte del principio de que en algunas situaciones las entidades nacionales exigen la prueba de la propiedad sobre los bienes inmuebles de los municipios que recibirán la intervención, razón por la cual

si el municipio es el propietario y cuenta con el registro inmobiliario respectivo, deberá probar este derecho real mediante el certificado correspondiente, expedido en los términos del artículo 67 de la Ley 1579 de 2012¹⁰⁹. Es razonable y jurídico que si se cuenta con el documento, frente a la exigencia de la entidad nacional de la prueba de la propiedad, el municipio lo aporte.

No obstante, en atención a que el artículo mencionado permite que la posesión sea suficiente frente a las entidades nacionales, solo para efectos de la inversión, será también posible, si el municipio no cuenta con el certificado de registro correspondiente, que acredite la posesión y la destinación al uso público o a los servicios públicos.

(b) En los casos en los cuales el Estado es propietario y el título correspondiente consta exclusivamente en la Constitución Política o en las leyes –por ejemplo, los bienes baldíos, ejidos, bienes de uso público–, las entidades nacionales que exijan título de propiedad a las entidades territoriales para proceder con las inversiones en el inmueble correspondiente, habrán de darse por satisfechas con la acreditación de la posesión y de la destinación del bien al uso público o a un servicio público.

(c) En relación con aquellas situaciones en las cuales el Estado es poseedor, pero no propietario –puesto que no cuenta con título alguno de índole constitucional, legal o registral– y ha configurado una situación susceptible de ser calificada como ocupación de hecho permanente de bien inmueble con ánimo de señor y dueño, la posesión y la destinación habrán de acreditarse en la forma explicada en relación con el entendimiento de la figura bajo los elementos del *animus* y el *corpus*.

En el supuesto específico de la ocupación de hecho de una entidad estatal sobre un bien de propiedad privada, no es posible concluir que la posesión del bien suple la prueba de la propiedad del Estado, puesto que resulta evidente que en este caso el bien no es de propiedad del Estado sino del particular, a quien una entidad estatal ha ocupado sin el respaldo de la juridicidad. Tanto así que el particular tiene derecho a demandar para que se declare la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado y se le indemnice (artículo 140 de la Ley 1437 de 2011). A pesar de ello, el contenido de la norma es inequívoco en cuanto a que incluso en esta situación la prueba de la posesión y la destinación del inmueble por parte del municipio, es suficiente para que la entidad nacional dé por satisfechos los requisitos para proceder con la inversión.

Por último, la prueba de la “*destinación al uso público o a la prestación de un servicio público*” del bien puede provenir de: (i) disposición legal; (ii) instrumentos de planeación, como el POT; (iii) acto administrativo de afectación del bien inmueble; (iv) inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente de la afectación y su vigencia, cuando haya lugar a ello; (v) certificación debidamente motivada expedida por la entidad en la que conste el uso específico que se le da al bien;

109 “Artículo 67.- Contenido y formalidades, Las oficinas de registro expedirán certificados sobre la situación jurídica de los bienes inmuebles sometidos a registro, mediante la reproducción fiel y total de las inscripciones contenidas en el folio de matrícula inmobiliaria...”

(vi) otros documentos o medios probatorios idóneos en los que se evidencie el uso público o la destinación del bien a un uso o un servicio público.

Remítase al Director del Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre “Coldeportes”, 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.

3. Academia Colombiana de Historia. Sujeción al Impuesto Predial.

Radicado 2201

Fecha: 03/07/2014

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

Levantamiento de la reserva mediante auto del 30 de enero de 2015

El Ministerio de Educación Nacional consulta a esta Sala sobre la vigencia del artículo 2º de la Ley 49 de 1958, según el cual la Academia Colombiana de Historia está exenta del pago del impuesto predial.

I. Antecedentes

De acuerdo con el organismo consultante, el asunto tiene los siguientes antecedentes:

1. El artículo 5º de la Ley 49 de 1958 establece que la Academia Colombiana de Historia, entidad cultural de derecho privado sin ánimo de lucro, está exenta, entre otros, del impuesto predial y de valorización sobre los inmuebles que le pertenecen.
2. Por su parte, la Constitución Política de 1991 determina que la ley no puede conceder exenciones ni tratamientos preferenciales sobre los tributos de las entidades territoriales.
3. A su vez, el Decreto Distrital 352 de 2002, por el cual se compila y actualiza la normatividad sustantiva tributaria de la ciudad de Bogotá, reitera la prohibición constitucional de que la ley conceda exenciones y tratamientos preferenciales sobre los impuestos distritales (artículo 8), a la vez que establece exenciones para los monumentos nacionales y los edificios sometidos a tratamientos especiales de conservación histórica, artística o arquitectónica. Los porcentajes de exención para estos inmuebles están señalados en el Acuerdo Distrital 201 de 2005, modificado por el Acuerdo 426 de 2009.
4. En oficio PC-183 del 12 de noviembre de 2013 que se anexa a esta consulta, la Academia Colombiana de Historia informa al Ministerio de Educación Nacional sobre los problemas que se han presentado con la administración distrital de Bogotá por el cobro de impuesto predial, que enfrentan a dicha organización a un grave problema financiero, dado que no tiene recursos suficientes para su pago.
5. Así mismo, se anexan a la consulta diversos oficios y resoluciones de la Secretaría de Hacienda Distrital de Bogotá en los que se exige a la Academia Colombiana de Historia el pago del impuesto predial y se niega el reconocimiento de la

exención prevista en la Ley 49 de 1958, dada la imposibilidad de que la ley establezca exenciones sobre los impuestos de las entidades territoriales. En todo caso la administración distrital reconoce en sus requerimientos el derecho de la Academia Colombiana de Historia de aplicar a sus predios los porcentajes de exención establecidos en las normas distritales para los inmuebles de conservación arquitectónica.

6. Debido a lo anterior existirían dudas respecto a si la Academia Colombiana de Historia debe pagar impuesto predial por los bienes que posee en la ciudad de Bogotá, o si puede considerarse que los mismos están exonerados en un 100% en virtud del artículo 2º de la Ley 49 de 1958.

Con base en lo expuesto, se formulan las siguientes **PREGUNTAS**:

1. ¿Ha perdido vigencia el artículo 5º de la Ley 49 de 1958 para efectos de la aplicación de exención a los impuestos de que trata la norma?
2. En caso de que aún se encuentre vigente el artículo 5º de la Ley 49 de 1958, se consulta, ¿La exención expresada en el artículo 5º de la Ley 49 de 1958, se debe interpretar que es del 100% sobre los impuestos de renta, patrimonio y sus complementarios, del impuesto predial y de valorización sobre los inmuebles que le pertenecen y sobre las donaciones y legados a favor de la Academia Colombiana de Historia?
3. ¿Cuál es la prevalencia de la aplicabilidad del artículo 5º de la Ley 49 de 1958 y las siguientes normas: Decreto Distrital 352 de agosto 15 de 2002 (compilación de normas de carácter tributario de la ciudad de Bogotá D.C.) y el Acuerdo 201 de 2005 (modificado por el Acuerdo 426 del 29 de diciembre de 2009)?

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

1. Aclaración previa sobre el alcance de la consulta

El artículo 5º de la Ley 49 de 1958¹¹⁰ establece las siguientes exenciones tributarias a favor de la Academia Colombiana de Historia¹¹¹:

“Artículo 5º. La Academia Colombiana de Historia, como entidad netamente cultural, está exenta de impuestos de renta, patrimonio y sus complementarios, así como del impuesto predial y de valorización sobre los inmuebles que le pertenecen. Igualmente se declaran libres de impuestos las donaciones y legados que se hagan a su favor”.

¹¹⁰ Por la cual se incrementan las labores científicas y culturales de la Academia Colombiana de Historia, del Museo Nacional y del Instituto Colombiano de Antropología.

¹¹¹ La Academia Colombiana de Historia es definida por la misma Ley 49 de 1958 como una entidad autónoma de derecho privado no perteneciente al Estado: “Artículo 1. La Academia Colombiana de Historia es entidad cultural autónoma de derecho privado, sin carácter oficial, aunque continuará siendo cuerpo consultivo del Gobierno Nacional, de los Departamentos y de los Municipios en materia de historia”.

La Sala observa que las preguntas formuladas por el organismo consultante –especialmente la 1ª y la 2ª–, se refieren de manera general a la vigencia de cada una de las exenciones señaladas en la norma transcrita (renta, patrimonio y complementarios, predial, valorización y sobre donaciones y legados). Sin embargo, también se encuentra que el problema jurídico descrito por el organismo consultante, así como los antecedentes del asunto y la información que se adjunta para que esta Sala pueda emitir un concepto sobre la materia, se refieren exclusivamente a la vigencia de la exención al impuesto predial y a la posibilidad de que la ciudad de Bogotá pueda cobrar dicho impuesto sobre los bienes de la Academia Colombiana de Historia. En tal sentido, la consulta no presenta antecedentes o anexos ni plantea un problema jurídico particular en relación con los otros tributos que recoge la Ley 49 de 1958. Dado lo anterior, la Sala se circunscribirá al tema específico presentado en la consulta (la vigencia de la exención del impuesto predial) y a absolver las siguientes preguntas:

1. *¿Ha perdido vigencia la exención del impuesto predial establecida en el artículo 5º de la Ley 49 de 1958 a favor de la Academia Colombiana de Historia?*
2. *En caso de que aún se encuentre vigente la exención del impuesto predial del artículo 5º de la Ley 49 de 1958, se consulta, ¿La exención expresada en el artículo 2º de la ley 49 de 1958, se debe interpretar que es del 100% del impuesto predial sobre los inmuebles que le pertenecen a la Academia Colombiana de Historia?*
3. *¿Cuál es la prevalencia de la aplicabilidad de la exención del impuesto predial prevista en el artículo 5º de la Ley 49 de 1958 y las siguientes normas: Decreto Distrital 352 de agosto 15 de 2002 (compilación de normas de carácter tributario de la ciudad de Bogotá D.C.) y el Acuerdo 201 de 2005 (modificado por el Acuerdo 426 del 29 de diciembre de 2009)?*

2. Reiteración de doctrina. Inconstitucionalidad sobreviniente de las leyes anteriores a 1991 que concedieron exenciones sobre impuesto predial

La Ley 1430 de 2010 define el impuesto predial como un gravamen real sobre los bienes raíces, que puede hacerse efectivo independientemente de la persona que figure como propietario:

“Artículo 60. Carácter real del impuesto predial unificado. El impuesto predial unificado es un gravamen real que recae sobre los bienes raíces, podrá hacerse efectivo con el respectivo predio independientemente de quien sea su propietario, de tal suerte que el respectivo municipio podrá perseguir el inmueble sea quien fuere el que lo posea, y a cualquier título que lo haya adquirido. Esta disposición no tendrá lugar contra el tercero que haya adquirido el inmueble en pública subasta ordenada por el juez, caso en el cual el juez deberá cubrirlos con cargo al producto del remate...”¹¹²

¹¹² Sobre el carácter real del impuesto predial ha dicho la jurisprudencia: “Este impuesto es de tipo real en cuanto recae sobre el valor del inmueble, sin consideración a la calidad del sujeto pasivo (propietario o poseedor) y sin tener en cuenta los gravámenes y deudas que el

Sobre el impuesto predial puede decirse que no existe ninguna discusión sobre su carácter territorial (municipal), tal como lo señala expresamente el artículo 2º de la Ley 44 de 1990¹¹³ y se deriva también del artículo 317 de la Constitución Política, según el cual *“solo los municipios podrán gravar la propiedad inmueble”*. Así lo han reiterado esta Sala¹¹⁴ y la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹¹⁵ y del Consejo de Estado¹¹⁶ en diversos pronunciamientos relacionados con esta materia.

Sobre esa base (el carácter territorial del impuesto), la Sala ha señalado ya¹¹⁷, y ahora lo reitera, que la prohibición del artículo 294 de la Constitución Política, según la cual *“la ley no podrá conceder exenciones ni tratamientos preferenciales en relación con los tributos de las entidades territoriales”*, produjo un fenómeno de *inconstitucionalidad sobreviniente*¹¹⁸ de las leyes anteriores a la Constitución Política de 1991 que establecieron exenciones al impuesto predial. Al respecto puede verse el reciente Concepto 2145 de 2013, en el que se señaló lo siguiente:

“Al respecto, lo primero que debe señalarse es que la Constitución Política le prohíbe expresamente al legislador decretar exenciones o tratamientos preferenciales de los impuestos territoriales: ‘Artículo 294. La ley no podrá conceder exenciones ni tratamientos preferenciales en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales. Tampoco podrá imponer recargos sobre sus impuestos salvo lo dispuesto en el artículo 317.’

De manera que sin perjuicio de que la potestad impositiva de las entidades territoriales se ejerce de conformidad con la ley 119 y de que ésta puede definir

inmueble soporta.” (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 29 de marzo de 2007, exp. 2001-1676. Ver también sentencia del 4 de febrero de 2010, exp. 2003-01655).

113 “Artículo 2º.- Administración y recaudo del impuesto. El Impuesto Predial Unificado es un impuesto del orden municipal. La administración, recaudo y control de este tributo corresponde a los respectivos municipios (...)”.

114 Entre otros, Conceptos 2145 de 2013 y 1611 de 2004.

115 Ver por ejemplo, Sentencia C-183 de 2003: *“Ahora bien, el impuesto predial es un gravamen de orden municipal según lo establece la misma Carta Política en su artículo 317 al preceptuar que “Solo los municipios podrán gravar la propiedad inmueble...”* Igualmente Sentencia C-903 de 2011: *“En síntesis, ese precedente señala que la Constitución distingue entre ingresos propios de las entidades territoriales, como sucede con el impuesto predial, respecto de los cuales el Estado central tiene un campo de acción reducido y, en especial, se encuentra impedido para prever una destinación distinta que el uso en dichas entidades territoriales...”*.

116 Sección Cuarta, Sentencia del 25 de julio de 2013, expediente 2010-00003. Ver también de la Sección Cuarta la sentencia del 29 de marzo de 2006, expediente 2001-1676.

117 Concepto 1611 de 2004, recientemente reiterado en Concepto 2145 de 2013.

118 Según ha reiterado la Corte Constitucional el fenómeno de *inconstitucionalidad sobreviniente* opera cuando se presenta una reforma constitucional, “cuyos contenidos normativos tienen efectos derogatorios respecto de las disposiciones legales expedidas con anterioridad y que se muestran contrarios a los nuevos preceptos superiores” (Sentencia C-287 de 2009). En Sentencia C-571 de 2004 se dijo: *“(...) en la medida en que las normas acusadas se expidieron con anterioridad a la Constitución del 91, y su incompatibilidad manifiesta con el texto Superior surge como consecuencia de contener materias reguladas directamente y de forma distinta por la actual Carta Política, se configura respecto de ellas una inconstitucionalidad sobreviniente...”* En la Sentencia C-541 se indicó: *“Conforme con la línea de interpretación acogida por la Corte, cuando se genera un conflicto entre normas de distinto rango, siendo la norma superior también la posterior, en estricto sentido no se está en presencia de un caso de derogatoria tácita, sino de invalidez sobrevinida de la preceptiva inferior. Es claro que, aun cuando para resolver tal incompatibilidad convergen los dos principios lex posterior derogat prior y lex superior derogat inferior, como se anotó, razones de seguridad jurídica impone que tal antinomia se resuelva aplicando preferentemente el criterio jerárquico sobre el temporal, debiendo el interprete autorizado proceder a declarar la invalidez de la norma que genera el conflicto”*. Ver también, entre otras, las Sentencias C-399 de 1999, C-292 de 2002, C-1026 de 2004, C-762 de 2009.

119 Sentencia C-517 de 2007: *“No se remite a dudas de ninguna índole que las mentadas corporaciones de representación popular tienen asignadas competencias de orden tributario, pero se debe puntualizar que la propia Carta, en el numeral 4 de su artículo 313, les atribuye a los concejos municipales la competencia para votar los tributos y los gastos locales “de conformidad con la Constitución y la ley”*. Así las cosas, la Constitución señala una pauta acerca de la manera como los concejos deben ejercer sus atribuciones en materia tributaria y al hacerlo se refiere en forma expresa a la ley e indica que la corporación municipal debe conformarse a ella y a la Constitución cuando se trate de votar los tributos locales.” Ver también sentencia C-944 de 2003: *“... el legislador está facultado por la Constitución para fijar ciertas pautas, orientaciones y regulaciones o limitaciones generales en el ejercicio de la atribución impositiva del impuesto predial, con el fin de*

los elementos esenciales del tributo¹²⁰, incluso establecer los sujetos pasivos del mismo¹²¹, lo cierto es que el marco de configuración legislativa tiene como límite la prohibición constitucional de conceder exenciones sobre impuestos locales, tal como lo recordó recientemente la Corte Constitucional:

“11. A partir de las consideraciones expuestas, se tiene que el legislador está investido de la facultad de decretar y regular aspectos generales de los impuestos de las entidades territoriales, entre ellos el impuesto predial. Una vez se ha adelantado esa labor de determinación normativa, la renta ingresa al patrimonio de las entidades territoriales, encontrándosele vedado al Congreso desconocer esa propiedad, a través de la consagración de exenciones, tratos preferenciales o destinaciones al erario nacional, salvo en el caso de guerra exterior¹²².

En el mismo concepto se indicó entonces que de acuerdo con el artículo 287 de la Constitución Política, la concesión de exenciones sobre el impuesto predial forma parte de la autonomía local y, por tanto, es una decisión que solo corresponde adoptar a las autoridades municipales dentro de los límites que establezca la ley:

“Por tanto, la concesión de exenciones en materia de tributos territoriales es un asunto que forma parte de la autonomía local reconocida en la Constitución Política, la cual señala que las entidades territoriales tienen derecho a “administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones” (artículo 287). Al respecto, se ha señalado:

“En términos generales, es factible afirmar que los entes municipales son autónomos para hacer efectivos los tributos o dejarlos de aplicar, “para asumir gastos o comprometer sus ingresos” juzgando “su oportunidad y su conveniencia” y, en suma, “para realizar actos de destinación y de disposición, manejo e inversión”, merced a la puesta en práctica de “mecanismos presupuestales y de planeación”.

De acuerdo con lo indicado, la autonomía constituye un límite a la legislación, pues el Congreso no puede intervenir en la administración del tributo que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 362 superior, una vez decretado, se convierte en renta de propiedad exclusiva del municipio, goza de las mismas garantías que la propiedad

evitar, por ejemplo, eventos de doble tributación, o la incertidumbre tributaria de los contribuyentes frente a las cargas impositivas, según el municipio donde esté ubicado el predio objeto del gravamen, lo que resquebraja el concepto de República Unitaria, que es uno de los principios fundamentales en la Constitución, según el artículo 1º de la Carta”.

120 Sentencia C-227 de 2002, reiterada en sentencia C-517 de 2007, en la que se dijo: “Desde una perspectiva general y con base en que aún en relación con los impuestos de carácter territorial debe mediar la intervención del legislador, la jurisprudencia constitucional ha acotado que la ley puede ocuparse de los elementos del tributo dejándole a las entidades territoriales un margen de actuación, pero que también es posible que el Congreso agote esos elementos, “caso en el cual las entidades territoriales tendrán la suficiente autonomía para decidir si adoptan o no el impuesto”, así como “para establecer las condiciones específicas en que operará el respectivo tributo en cada departamento, distrito o municipio”.

121 Sentencias C-304 de 2011 y C-903 y C-822 de 2011. También sentencia C-517 de 2007: “La autorización para gravar con el impuesto predial a las entidades mencionadas en el artículo 194 del Decreto 1333 de 1986 se inscribe dentro de las competencias del legislador que, se reitera, también puede desarrollar aspectos atinentes al sujeto pasivo, en cuanto elemento del tributo, sin que por ello se desconozca la autonomía de los municipios. En consecuencia, por el aspecto examinado, este artículo no contradice la Constitución, debiéndose añadir que su contenido en nada alude a la administración o al recaudo del impuesto predial.”

122 Sentencia C-903 de 2011. Ver igualmente sentencia C-177 de 1996.

privada y rentas de los particulares y no puede ser trasladado a la Nación, salvo temporalmente en caso de guerra exterior. Tampoco el tributo municipal puede ser objeto de exenciones, tratamientos preferenciales o recargos, pues así lo determina el artículo 294 de la Carta que también impide la imposición de recargos, con la salvedad de lo previsto en el artículo 317... ”¹²³

Así, la Sala concluyó que *“las exenciones legales sobre impuestos territoriales son, prima facie, incompatibles con la Constitución Política y darían lugar a la aplicación prevalente de ésta conforme al artículo 4 Superior”*¹²⁴. De esta forma la Sala reiteró lo que ya había indicado anteriormente en su Concepto 1611 de 2004 al referirse a la *inconstitucionalidad sobreviviente del artículo 6° de la Ley 65 de 1963*, que concedía una exención del impuesto predial a favor de la Universidad Nacional de Colombia¹²⁵; incluso se advirtió en esa oportunidad que la inconstitucionalidad de dicha ley se habría producido, en estricto sentido, desde el Acto Legislativo 2 de 1987, que introdujo de manera expresa a nuestro ordenamiento jurídico la prohibición al legislador de conceder *exenciones* sobre impuestos territoriales:

“Con base en lo expuesto, la Sala llega a las siguientes conclusiones:

a) La exención del impuesto predial otorgada por el artículo 6° de la ley 65 de 1963, en favor de la Universidad Nacional de Colombia, fue derogada tácitamente por el artículo 183 de la Constitución anterior, modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo No. 2 de 1987, de manera que en la actualidad, no es aplicable.

b) Corresponde a cada Concejo distrital o municipal determinar cuáles son las entidades en cuyo favor se concede exención sobre el impuesto predial, de modo que en el caso de la Universidad Nacional de Colombia, se debe examinar la reglamentación establecida en los Acuerdos de los municipios en los cuales tiene sedes o es propietaria de inmuebles, para efectos de determinar si es beneficiaria de la exención.”

En este contexto cabe recordar además lo establecido en el artículo 9 de la Ley 153 de 1887 sobre el carácter derogatorio de la Constitución y la consecuente insubsistencia de la legislación preexistente que sea contraria a su letra o espíritu:

“Artículo 9. La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior á la Constitución y que sea claramente contraria á su letra ó á su espíritu, se desechará como insubsistente.”

Por tanto, la Sala ratifica su doctrina en relación con la materia revisada y concluye que *la exención al impuesto predial contenida en el artículo 5° de la Ley 49 de 1958* a favor de la Academia Colombiana de Historia debe considerarse insubsistente por

123 Sentencia C-517 de 2007. Ver también sentencia C-944 de 2003.

124 Concepto 2145 de 2013.

125 “Artículo 6° La Universidad, los bienes y rentas que constituyen su patrimonio, las transferencias que se le hicieren a título gratuito y las herencias y legados que reciba, estarán exentos de toda clase de impuestos, tasas, contribuciones y gravámenes nacionales, departamentales y municipales. Las donaciones que se le hagan no requerirán insinuación judicial.”

resultar contraria en su momento al Acto Legislativo 2 de 1987 y actualmente a los artículos 287 y 294 de la Constitución Política. Aún más, observa la Sala que el caso concreto analizado resultaría aplicable también el artículo 2º de la Ley 29 de 1963 que abolió de forma expresa todas las exenciones al impuesto predial concedidas hasta ese momento a favor de entidades de derecho privado:

“Artículo 2º. Deróganse todas las disposiciones de carácter nacional que decretan exoneraciones o exenciones del impuesto predial y complementarios para la personas privadas. Los concejos municipales y el del Distrito Especial de Bogotá, quedan autorizados para conservar por medio de acuerdos las exenciones hasta ahora decretadas en favor de las entidades de beneficencia o asistencia pública...”

En todo caso, como lo señala la consulta y lo reconoce la Secretaria Distrital de Impuestos en sus requerimientos, la Academia Colombiana de Historia podrá aplicar a sus predios las exenciones previstas en las normas distritales para los inmuebles de conservación arquitectónica que tengan dicha condición. Al respecto cabe recordar lo que dispone actualmente el Acuerdo 426 de 2009 en lo pertinente:

“Artículo 2º. Exenciones bienes de interés cultural. Los predios declarados como monumentos nacionales o inmuebles de interés cultural del ámbito nacional o distrital tendrán derecho al siguiente porcentaje de exención en el impuesto predial unificado, siempre que cumplan los requisitos establecidos en el presente acuerdo.

Uso del Predio	Tipo de Conservación		
	Monumental Incluye categorías A: Monumentos del Centro Histórico.	Integral	Tipológica Incluye categorías B: Inmuebles de conservación arquitectónica del Centro Histórico
Dotacional Público Aplica para todos los pisos	100%	70%	50%

Con base en lo anterior,

LA SALA RESPONDE:

1. *¿Ha perdido vigencia la exención **del impuesto predial** establecida en el artículo 5º de la ley 49 de 1958 a favor de la Academia Colombiana de Historia?*

Si. La exención al impuesto predial contenida en el artículo 5 de la Ley 49 de 1958 quedó derogada por la Ley 29 de 1963 y, en cualquier caso, debe considerarse insubsistente desde el Acto Legislativo 2 de 1987.

2. *En caso de que aún se encuentre vigente **la exención del impuesto predial** del artículo 5º de la ley 49 de 1958, se consulta, ¿La exención expresada en el artículo 2º de la ley 49 de 1958, se debe interpretar que es del 100% del impuesto*

predial sobre los inmuebles que le pertenecen a la Academia Colombiana de Historia?

En la medida en que la exención del impuesto predial del artículo 5° de la Ley 49 de 1958 no se encuentra vigente no hay lugar a responder esta pregunta. En todo caso, la Academia Colombiana de Historia podrá aplicar las exenciones concedidas en las nomas distritales vigentes a los inmuebles de conservación arquitectónica de los cuales sea titular.

3. *¿Cuál es la prevalencia de la aplicabilidad de la exención del impuesto predial prevista en el artículo 5° de la ley 49 de 1958 y las siguientes normas: Decreto Distrital 352 de agosto 15 de 2002 (compilación de normas de carácter tributario de la ciudad de Bogotá D.C.) y el Acuerdo 201 de 2005 (modificado por el Acuerdo 426 del 29 de diciembre de 2009)?*

En la medida que la exención del impuesto predial del artículo 5° de la Ley 49 de 1958 está derogada no hay lugar a establecer la prevalencia normativa que plantea esta pregunta.

Remítase a la señora Ministra de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Augusto Hernández Becerra, Presidente de la Sala, Álvaro Namén Vargas, Consejero. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

4. Sobretasa ambiental. Ámbito de aplicación de la Ley 981 de 2005.

Radicado 2189

Fecha: 22/01/2015

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 17 de febrero de 2015

La señora Ministra de Ambiente y Desarrollo Sostenible consultó a la Sala sobre el alcance del artículo 1º y su párrafo y del artículo 10, ambos de la Ley 981 de 2005, *“Por la cual se establece la sobretasa ambiental sobre los peajes de las vías próximas o situadas en Áreas de Conservación y Protección Municipal, sitios Ramsar o Humedales de Importancia Internacional definidos en la Ley 357 de 1997 y Reservas de Biosfera y Zonas de Amortiguación”*.

I. Antecedentes

La consulta refiere los siguientes:

1. La Ley 981 de 2005 creó la sobretasa ambiental, definió los sujetos activos y pasivos, los hechos y bases gravables y la tarifa, reguló otros aspectos para su ejecución, pero el artículo 1º y su Parágrafo dispusieron:

“CREACIÓN. Créase la Sobretasa ambiental como un mecanismo de compensación a la afectación y deterioro derivado de las vías del orden nacional actualmente construidas y que llegaren a construirse, próximas o situadas en Áreas de Conservación y Protección Municipal, sitios de Ramsar o Humedales de Importancia Internacional definidos en la Ley 357 de 1997 y Reservas de Biosfera, así como sus respectivas Zonas de Amortiguación de conformidad con los criterios técnicos que para el efecto establezca el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Parágrafo. El Gobierno Nacional no podrá ordenar el cobro de la Sobretasa Ambiental sino exclusivamente a la vía que conduce del municipio de Ciénaga (Magdalena) a la ciudad de Barranquilla y que en la actualidad afectan a la Ciénaga Grande de Santa Marta así como a la vía que conduce de la ciudad de Barranquilla (Atlántico), a la ciudad de Cartagena (Bolívar) y que afecta en la actualidad a la Ciénaga de la Virgen (Bolívar).” (Resaltado de la consulta)

Así mismo, el artículo 10 ordenó:

“DESTINACIÓN DE LOS RECURSOS DE LA SOBRETASA AMBIENTAL. Los recursos recaudados por la Sobretasa Ambiental serán destinados exclusivamente por la autoridad ambiental para la ejecución de planes, programas y proyectos orientados a la recuperación y conservación de las áreas afectadas por las vías

de que trata la presente ley, incluyendo dentro de estos el desarrollo de obras que propicien la apropiación y defensa de dichas áreas por parte de la comunidad, de acuerdo con los planes de manejo del área protegida respectiva.”

2. La Corporación Autónoma Regional del Magdalena, CORPAMAG, le solicitó a la Agencia Nacional de Infraestructura que definiera “*si las casetas de los peajes de Tucurínca y Neguanje ubicadas en los municipios de Aracataca y Santa Marta deben recaudar la tasa ambiental.*” Dicha solicitud fue trasladada al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y es el motivo de la consulta a esta Sala.

3. La Dirección de Bosques, Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible explicó:

- El Comité Internacional de Coordinación del Programa MAB de UNESCO¹²⁶, designó a la Ciénaga Grande de Santa Marta como “Reserva de la Biosfera”.
- La Ciénaga Grande forma parte del Sistema Delta Estuarino del Río Magdalena.¹²⁷
- La caseta recaudadora del peaje Tucurínca está situada en el área del humedal del Sistema en mención; el sujeto activo de la sobretasa ambiental sería CORPAMAG.
- La caseta recaudadora del peaje de Neguanje está en la Reserva de la Biosfera “Ciénaga Grande de Santa Marta”; los sujetos activos de la misma sobretasa serían las Corporaciones Autónomas Regionales del Magdalena, la Guajira y el Cesar (CORPAMAG, CORPOGUAJIRA y CORPOCESAR).
- Ambas casetas están en vías nacionales: la de Tucurínca corresponde a la vía 45 de la Troncal del Magdalena; y la de Neguanje, a la vía 90 de la carretera Santa Marta – Riohacha.

4. Informa también la consulta que mediante la Resolución 1710 de 2005, el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, reglamentó parcialmente la Ley 981 de 2005 para determinar el recaudo de la sobretasa ambiental:

- En las casetas Puente Laureano y Tasajera ubicadas en la vía de Ciénaga (Magdalena) a Barranquilla (Atlántico), que afecta a la Ciénaga Grande de Santa Marta; los recursos se destinaron a CORPAMAG.

¹²⁶ En la página www.unesco.org/new/es/office-in-montevideo/ciencias-naturales/ecological-sciences/, se lee: “*En su división Ciencias Naturales, la UNESCO mantiene el programa: “Gente, biodiversidad y ecología: Ciencias ecológicas y de la tierra”. Los Programas de la UNESCO relacionados a la ecología se enfocan notoriamente en una agenda de investigación interdisciplinaria y en estrategias para el desarrollo sostenible que abarcan las dimensiones ecológicas, sociales y económicas de la pérdida de biodiversidad y su reducción./ Las actividades vinculadas a la biodiversidad son mayormente conducidas a través del Programa del Hombre y la Biosfera (MAB) // El Programa el Hombre y la Biosfera (MAB por su sigla en inglés) propone una agenda de investigación interdisciplinaria y de formación de capacidades para mejorar la relación de la gente con su ambiente en forma global.*”

¹²⁷ El Sistema Delta Estuarino del Río Magdalena y la Ciénaga Grande de Santa Marta, fueron declarados sitios Ramsar de importancia mundial y Reserva del Hombre y la Biosfera. Ver Lista Ramsar de humedales de importancia internacional y Decretos 224 de 1998 y 3888 de 2009.

- En las casetas Marahuaco y Puerto Colombia, de la vía de Barranquilla (Atlántico) a Cartagena (Bolívar), que afecta a la Ciénaga de la Virgen; los recursos fueron destinados a la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique, CARDIQUE, y a la Entidad Promotora del Medio Ambiente de Cartagena, EPA.

5. La consulta anexa el mapa de “los sitios RAMSAR y Reserva de Biosfera” en el Departamento del Magdalena.

Con base en los antecedentes enunciados, se formulan a la Sala las siguientes **PREGUNTAS:**

“3.1 ¿Es viable cobrar la sobretasa ambiental en casos diferentes a los previstos en el párrafo del artículo 1 de la Ley 981 de 2005?”

“3.2. ¿Para efectos del cobro de la sobretasa ambiental, es viable incluir todas las áreas de conservación y protección municipal, sitios Ramsar o Humedales de Importancia Internacional definidos en la Ley 357 de 1997 y Reservas de Biosfera creadas o que se creen en todo el país?”

“3.3. ¿Es viable que en las casetas de los peajes de Tucurínca y Neguanje ubicados en los municipios de Aracataca y Santa Marta se recaude la sobretasa ambiental?”

“3.4. ¿En ausencia de los planes de manejo ambiental de que trata el artículo 10 de la Ley 981 de 2005, es viable cobrar la sobretasa ambiental? En caso afirmativo ¿Los recursos se pueden utilizar en la ejecución de planes, programas y proyectos orientados a la recuperación y conservación de las áreas afectadas por las vías?”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

El artículo 1º de la Ley 981 de 2005 creó la sobretasa ambiental para compensar daños derivados de “*las vías del orden nacional construidas y que llegaren a construirse, próximas o situadas...*” en áreas de conservación, de especial protección, y sus respectivas zonas de amortiguación, de acuerdo con los criterios técnicos del (actual) Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

A la vez, el párrafo del mismo artículo 1º prohibió al Gobierno Nacional el cobro de la sobretasa y lo autorizó “exclusivamente” en la vía que conduce de Ciénaga (Magdalena) a Barranquilla y de Barranquilla a Cartagena, en cuanto afecta, respectivamente, a la Ciénaga Grande de Santa Marta y a la Ciénaga de la Virgen.

Sin lugar a duda, el párrafo redujo sustancialmente el ámbito territorial de aplicación de la Ley 981, lo cual se explica al repasar los debates dados al proyecto en Cámara y Senado.

En cuanto a los planes de manejo referidos en el artículo 10 de la Ley 981 es fuerza concluir que se trata de una exigencia para la ejecución de los recursos recaudados que, en conjunto con otras disposiciones de la Ley en comento, busca

garantizar que cada sitio natural de especial protección efectivamente reciba el recaudo que genera la vía nacional que lo afectó.

La Sala se referirá entonces a los antecedentes legislativos de la Ley 981 de 2005 en armonía con la normatividad sobre la red vial de carreteras nacionales en la cual se describe la denominada Troncal del Caribe y permite establecer los tramos en los cuales, de manera exclusiva, puede ser cobrada la sobretasa ambiental.

1. Los antecedentes de la sobretasa ambiental de que trata la Ley 981 de 2005

La Ley 981 de 2005 fue de iniciativa parlamentaria. Sus autores expresaron como propósito “recuperar para el ordenamiento jurídico” la sobretasa ambiental creada en el artículo 117 de la Ley 788 de 2002¹²⁸, disposición declarada inexecutable por no haber incluido la base gravable del tributo. El primer inciso del artículo 117 en cita ordenó:

“Artículo 117. Créase una sobretasa ambiental de cinco por ciento (5%) para las vías que afecten o se sitúen sobre parques naturales nacionales, parques naturales distritales, sitios Ramsar y/o reservas de biósfera.”

Los incisos segundo y tercero del artículo 117 en comento dispusieron que el recaudo de la sobretasa se haría conjuntamente con el peaje y se consignaría en una cuenta especial. El segundo inciso dispuso que el recaudo de la sobretasa se haría con el peaje y su consignación se haría al Fondo nacional ambiental o a la autoridad ambiental distrital según el caso.

Es claro que la norma de creación de la sobretasa ambiental en la Ley 788 de 2002 hizo una enunciación general de los tipos de áreas naturales objeto de protección, para establecer la fuente de financiación que permitiera resarcir los daños derivados de las vías que los afectarían; así, la sobretasa aplicaba en todo el territorio nacional.

El artículo 117 de la Ley 788 en cita fue reglamentado por el Decreto 1100 de 2003 y el Ministerio de Transporte expidió la Resolución 004244 de 2003 que autorizó el cobro de la sobretasa ambiental en las casetas de peajes del puente Laureano Gómez y Tasajera, ubicadas en la vía Ciénaga-Barranquilla, tramo del Parque Isla de Salamanca; en las casetas de peaje de Neguanje y El Ebanal, de la vía Santa Marta-Riohacha que tiene un tramo sobre el Parque Nacional Natural Sierra Nevada de Santa Marta; y en la caseta de peaje Marahuaco, de la vía Cartagena-Barranquilla, que tiene un tramo situado sobre el Parque Natural Distrital Ciénaga de la Virgen. La sentencia C-1114-03 declaró inexecutable el artículo 117 de la Ley 788 porque en él no se determinó la base gravable:

128 Ley 788 de 2002 (Diciembre 27) “Por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones.”/ Corte Constitucional, sentencia C-1114-03 (25 de noviembre), Referencia: expediente D-4585.

“... Nótese que la norma no consagra expresamente una sobretasa al peaje, como al parecer fue la intención del legislador, sino que se limita a consagrar una sobretasa y a indicar que ella será recaudada por las entidades administradoras del peaje. Y desde luego, una cosa es atribuir la competencia para el recaudo de una sobretasa y otra completamente diferente determinar la base que se ha de afectar con la tarifa fijada para ella. / Como se sabe, la base gravable es un elemento fundamental de todo tributo y debe ser fijado por la ley de manera clara e inequívoca (...).”

Sin embargo, la Corte Constitucional destacó la finalidad de ese tipo de tasas en cuanto *“transmiten un costo a quienes se benefician con la utilización de recursos naturales y con su producto se financian las medidas correctivas que los ecosistemas requieren.”* Esta afirmación permitió interpretar la viabilidad constitucional de la sobretasa, sin perjuicio del motivo concreto por el que se declaraba su inexecutable, y fue invocada por los autores del proyecto de ley que se convirtió en la Ley 981 de 2005, para iniciar el nuevo trámite legislativo que resolviera la causal de inexecutable pero especialmente porque mientras rigió el artículo 117 de la Ley 788 se recaudaron recursos que permitieron empezar a recuperar los ecosistemas de la Ciénaga Grande de Santa Marta y de la Ciénaga de la Virgen.

2. El trámite legislativo de la Ley 981 de 2005.

2.1. El proyecto original y la exposición de motivos¹²⁹

La exposición de motivos destacó la riqueza natural de Colombia, las tensiones entre su preservación y la necesidad de construir infraestructura vial para el desarrollo económico y social del país, y *“la relación de deterioro entre las áreas protegidas y sus zonas de influencia con la malla vial...”*. A lo cual agregó:

“Son indiscutibles las relaciones nefastas que para los ecosistemas como los de la Ciénaga Grande de Santa Marta o la Ciénaga de la Virgen de Cartagena ha generado la construcción de las vías que conectan a los tres Distritos Especiales de Santa Marta, Barranquilla y Cartagena. La obstrucción de las bocas de oxigenación natural de las Ciénagas con ocasión de la construcción de estas obras ha provocado un gran desequilibrio en su sistema ecológico. Una situación de este tipo no puede sino perjudicar a los pobladores de la zona, cuyo sustento económico depende directamente de actividades relacionadas con este cuerpo de agua. Así, la pesca, el turismo, y otras actividades se ven gravemente afectadas por cuenta de esta situación, en la que la disminución de los ingresos que muchas de las familias de la zona obtienen resulta notoria.”

Explicó a continuación que *“bajo el principio de quien contamina paga o quien destruye debe contribuir a resarcir”*, el proyecto pretendía *“establecer una sobretasa ambiental que relaciona a las vías que tienen impacto en los recursos naturales con los planes y programas establecidos para la recuperación de bienes*

¹²⁹ Cfr. Gaceta del Congreso, No. 230 de 2004 (mayo 28), Proyecto de ley número 268 de 2004 Cámara.

fundamentales para la sostenibilidad de la sociedad colombiana.” Y concluyó con la siguiente aclaración:

“... Adicionalmente, y con el ánimo de evitar incentivos perversos, estamos determinando en este proyecto de ley que se establecerá el cobro de la sobretasa sobre los peajes de las vías establecidas a la fecha de la sanción del presente proyecto; en consecuencia, no se podría fomentar la construcción de vías sobre áreas protegidas una vez sancionada, evitando con ello aumentar el daño ecológico y ampliando erróneamente el número de contribuyentes o sujetos pasivos de esta sobretasa.”

Así pues, desde la exposición de motivos, los autores del proyecto de ley resaltaron los daños en la Ciénaga Grande de Santa Marta y en la Ciénaga de la Virgen, producidos por la construcción de la vía que une a los Distritos Especiales de Cartagena, Barranquilla y Santa Marta, para sustentar la propuesta de establecer una medida económica compensatoria aplicable en todos los casos en los cuales la construcción de infraestructura vial pudiera haber afectado sitios naturales de especial protección como los sitios Ramsar¹³⁰ los parques naturales y las reservas de biosfera. Con tal propósito el artículo 1º del proyecto original fue del siguiente tenor:

“Artículo 1º. Creación. Por medio de la presente ley se crea una Sobretasa Ambiental como consecuencia de la afectación y deterioro que originan las vías próximas o situadas sobre Parques Naturales Nacionales o Distritales, Sitios Ramsar y/o Reservas de Biosfera. La presente Sobretasa se establece solamente para las vías que se encuentran construidas a la fecha de expedición de la presente Ley y que generen deterioro en los Parques Naturales Nacionales o Distritales, Sitios Ramsar y/o Reservas de Biosfera establecidos con anterioridad a la expedición de la presente ley y de conformidad con la certificación que para el efecto establezca el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.”

2.2. Los debates.

Los apartes de algunas de las intervenciones de varios Representantes a la Cámara permiten conocer las razones por las cuales se delimitó el área geográfica de aplicación de la Ley 981 de 2005

a. La ponencia para primer debate en la Comisión Tercera de Cámara¹³¹ explicó lo siguiente:

“(…) Finalmente, para expresarlo, ¿a quién le sirve esta ley? Le va a servir especialmente a la Ciénaga de la Virgen en Cartagena y a la Ciénaga Grande de Santa Marta en el Magdalena, ¿por qué razón? Porque las vías que se trazaron

130 Los sitios Ramsar son los “Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas” protegidos para su conservación y uso racional por la Convención suscrita en Ramsar (Irán) el 2 de febrero de 1971, que Colombia ratificó mediante la Ley 357 de 1997 (enero 21).

131 Cfr. Gaceta del Congreso 393 Cámara - 29 de julio de 2004 - ACTA DE COMISIÓN 16 DEL 15 DE JUNIO DE 2004 - Legislatura 2003-2004 (Segundo Período). ORDEN DEL DÍA – (I)... II Primer debate a los siguientes proyectos de ley Número 268 Cámara de 2004, por la cual se establece la sobretasa ambiental.

en el inicio de la malla vial en la Costa y especialmente en la década de los 50 en el año 57, cuando se construyó la vía Ciénaga-Barranquilla, se hizo atravesando completamente el complejo lagunar o el delta estuarino de la Ciénaga Grande de Santa Marta. ... Aspiramos a que los recursos que se recojan acá sirvan para el mantenimiento de los caños y le provean agua a la Ciénaga. Esta es una estrategia comprensiva, hemos hecho debates en la ciudad de Santa Marta, en la ciudad de Ciénaga con el Gobierno..."

b. En las actas de las Plenarias de Cámara¹³² se leen intervenciones como las siguientes:

"... Palabras del honorable Representante Jorge Carmelo Pérez Alvarado: Presidente, quiero que el ponente o el autor de este proyecto de ley le dé una explicación a la Plenaria de en qué consiste, porque en el caso del departamento del Meta nosotros tenemos los peajes más caros del país, y una sobretasa a esos peajes elevaría las tarifas de manera desproporcionada.

Palabras del honorable Representante Sergio Diazgranados Guida: Representante Carmelo: Atendiendo las sugerencias y las reclamaciones de la Plenaria hace poco más de un mes, la subcomisión que fue nombrada por la Mesa Directiva decidió extraer todo aquello que significara que esta sobretasa se aplicara al territorio nacional. Primero, se excluyó todo lo que hacía referencia a parques naturales nacionales, con lo cual no se afecta ninguna otra vía en el país, excepto la vía que conecta la ciudad de Ciénaga con la ciudad de Barranquilla, y la ciudad de Barranquilla con la ciudad de Cartagena a la altura de la Ciénaga Grande de Santa Marta y la Ciénaga de la Virgen. El Proyecto quedó como era en un principio originalmente en el 2002, solamente cubre esos dos tramos de vía, no cubre ni afecta otra vía a nivel nacional, y por lo tanto quedó totalmente conciliada, señor Presidente.

...Palabras del honorable Representante Guillermo Abel Rivera Flórez: Doctor Sergio Diazgranados: Cuando se intentó discutir este proyecto de ley, el doctor Luis Edmundo Maya presentó una proposición que incluía, si mal no recuerdo, las zonas de reserva forestal, y quisiera saber si esa proposición fue incluida o no en la proposición, y ahí también termina mi intervención.

Responde el honorable Representante Sergio Diazgranados Guida: No, no fue incluida Representante Rivera.

...Palabras del honorable Representante Luis Eduardo Vargas Moreno: Para preguntarle al ponente, qué parte de la vía de la ciudad de Cartagena es a la que se le va a poner otra sobretasa, si es la vía del mar o no sé cuál es el peaje que habla de la Ciénaga de la Virgen, porque en estos momentos ahí no hay peaje.

Responde el honorable Representante Sergio Diazgranados Guida: Representante Vargas, usted recuerda que esta ley estuvo vigente en el 2002 y hasta octubre de

132 Gaceta del Congreso 49 de 2005 (14 de febrero) Cámara, A C T A S D E P L E N A R I A, Legislatura del 20 de julio de 2004 - 20 de junio de 2005, Número 153 de la sesión ordinaria del día lunes 13 de diciembre de 2004

2003. Se recauda en el peaje de Marahuaco, a la entrada de Cartagena, esa vía afecta porque pasa justamente sobre la Ciénaga de la Virgen, entonces, el Peaje de Marahuaco la vez pasada durante el 2003 recaudó un total de ochenta millones de pesos que deben ser invertidos en la Ciénaga de la Virgen.

Palabras del honorable Representante Jorge Carmelo Pérez Alvarado: Es que la confusión se ha registrado por el título que tiene el proyecto...

Responde el honorable Representante Sergio Diazgranados Guida: ...Nosotros no tenemos, los autores del proyecto, ninguna objeción en que se modifique el título, para que siga siendo todavía más preciso a dónde quiere llevarse el proyecto y para qué quiere aprobarse el proyecto. (...)

Palabras del honorable Representante César Laureano Negret Mosquera: ... creo que lo que la Plenaria dijo en la pasada oportunidad fue que este proyecto debería ser restringido exclusivamente a la Ciénaga de la Virgen, por lo tanto no podemos dejar ninguna facultad abierta para que el Ministerio del Medio Ambiente determine cuáles son las zonas que por decreto se denominan ramsar, como estaba el articulado anterior.

... Entonces, lo que queremos es que no quede el Gobierno autorizado por esta ley para que mañana por vía decreto imponga una sobretasa sobre todo a las vías cercanas a los parques naturales. (...)

Interviene el honorable Representante Sergio Diazgranados Guida: He seguido conversando y lo mismo los miembros de la Bancada del Magdalena con las personas que han hecho objeciones al proyecto, y quiero leerle a la Plenaria para mayor tranquilidad de quienes han reflexionado sobre el proyecto, la siguiente adición que se le haría al proyecto como un artículo nuevo, en el siguiente sentido: El Gobierno Nacional no podrá ordenar el cobro de la sobretasa ambiental, sino exclusivamente a la vía que conduce del municipio de Ciénaga, Magdalena, a la ciudad de Barranquilla, y que en la actualidad afecta a la Ciénaga Grande de Santa Marta, así como a la vía que conduce de la ciudad de Barranquilla, Atlántico, a la ciudad de Cartagena, Bolívar, y que afecta en la actualidad a la Ciénaga de la Virgen. Creo que mayor precisión Representante Carmelo no le podemos hacer, y creo que lo que tiene redactado el proyecto hoy impide que la sobretasa se riegue a otras partes. Esto precisa completamente el alcance del proyecto de ley, señor Presidente.

Palabras del honorable Representante César Laureano Negret Mosquera: Señor Presidente, me parece muy bien la proposición del doctor Diazgranados siempre y cuando que quede en el artículo 1º, porque como quedó redactada, queda incluido el Parque de Caldas de mi ciudad, que es en el centro y el Parque Mosquera también en el centro de la ciudad, de modo que me parece que es bueno cerrarlo. (...)

c. A la Comisión Tercera de Senado¹³³ le fue presentado el proyecto con la siguiente proposición modificatoria del artículo 1º:

“Creación. Créase la Sobretasa Ambiental como un mecanismo de compensación a la afectación y deterioro derivado de las vías del orden nacional actualmente construidas y que llegaren a construirse, próximas o situadas en Áreas de Conservación y Protección Municipal, sitios de Ramsar o Humedales de importancia Internacional definidos en la Ley 357 de 1997 y Reservas de Biosfera, así como sus respectivas Zonas de Amortiguación de conformidad con los criterios técnicos que para el efecto establezca el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial” y lo que viene como artículo 1º pasaría a ser un párrafo; y en el párrafo se adicione la expresión “y que afecta en la actualidad la Ciénaga de Mallorquín y sus humedales en el Departamento del Atlántico y la Ciénaga de la Virgen en el Departamento de Bolívar, respectivamente” (...).”

Así fue aprobado.

d. En el texto debatido y aprobado en las Plenarias de Senado¹³⁴ se excluyó la Ciénaga de Mallorquín y sus humedales porque con base en un concepto del Ministerio de Ambiente se advirtió que ellos no reunían los requisitos para ser objeto de protección especial.¹³⁵

2.4. El contenido de la Ley 981 de 2005

a. El articulado general

La creación de la sobretasa ambiental para compensar los efectos de la infraestructura vial próxima o situada en sitios naturales de especial protección, fue complementada con (i) las definiciones de las vías y de las zonas protegidas (artículo 2º); (ii) la identificación de los elementos del tributo (hecho generador, sujetos activo y pasivo, base gravable y tarifa (artículos 3º, 4º y 5º); (iii) algunas competencias de las autoridades administrativas y de control fiscal (artículos 6º, 7º y 11); y (iv) requisitos para la administración y la ejecución del recaudo, en particular la cuenta especial para los recursos y el plan de manejo del área especial correspondiente (párrafo 2º del artículo 4º y artículo 10). Sobre estos requisitos se hablará más adelante.

Así pues, el articulado de la Ley 981 contiene definiciones, elementos y requisitos que deben observarse cuando bajo los criterios del hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, se llegare a identificar cada área objeto de protección especial para efectos del cobro de la sobretasa ambiental.

¹³³ Cfr. Gaceta del congreso 275 de 2005 (mayo 18) Senado. Ponencia para primer debate al proyecto de ley 268 de 2004 Cámara, 250 de 2005 Senado

¹³⁴ Cfr. Gaceta del Congreso 295 de 2005 (mayo 26), Ponencia para segundo debate al proyecto de Ley 268 de 2004 Cámara, 250 de 2005 Senado; Gaceta del Congreso 362 de 2005, Informe de comisión; Gaceta del Congreso 428 de 2005 (julio 15), Acta de Plenaria 47 del 8 de junio de 2005; Gaceta del Congreso 476 de 2005 (agosto 3) Acta de Plenaria 51 del 15 de junio de 2005.

¹³⁵ A la sesión plenaria del 8 de junio de 2005 fue llevado el concepto 1.22450022 de junio 7 de 2005 suscrito por la Ministra del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial respecto de la falta de requisitos para incluir en el proyecto de ley la Ciénaga de Mallorquín situada en el Distrito de Barranquilla.

b. El párrafo del artículo 1º

El párrafo en cuestión contiene dos tipos de mandatos legales:

(i) una prohibición general: el Gobierno Nacional “*no podrá ordenar el cobro de la sobretasa ambiental*”;

(ii) una autorización concreta: lo podrá ordenar “*exclusivamente a la vía...*”

La prohibición y su excepción son normas de carácter restrictivo que no admiten interpretación ni aplicación extensivas. De manera que no cabe duda de la reducción sustancial de la aplicación territorial de la sobretasa ambiental por efectos de los términos del párrafo y su alcance. Para efectos de la consulta, la Sala encuentra pertinente un breve comentario sobre la vía mencionada en el párrafo en examen.

3. La Transversal del Caribe

La Ley 105 de 1993¹³⁶, definió la infraestructura vial a cargo de la Nación y con base en ella el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1735 de 2001¹³⁷ que fijó “la Red Nacional de Carreteras” en la cual incluye la denominada Transversal del Caribe.

En el artículo 4º del Decreto 1735 en mención, la vía se describe así:

11. Transversal del Caribe

9001 Turbo-Necoclí

9002 Necoclí- Puerto Rey

9003 Puerto Rey-Moñitos-Lorica (sector Moñitos-San Bernardo del Viento. Lorica)

9004 Lorica-San Onofre

9005 San Onofre-Cartagena

90 A 01 Cartagena-Lomita Arena-Barranquilla y acceso a puente Olaya Herrera

9007 Barranquilla-Santa Marta y acceso al Puente Laureano Gómez

9008 Santa Marta-Río Palomino

9009 Río Palomino-Riohacha

¹³⁶ Ley 105 de 1993 (diciembre 30), “*por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones.*” Cfr. Artículo 12º.

¹³⁷ Decreto 1735 de 2001 (Agosto 28) “*Por el cual se fija la Red Nacional de Carreteras a cargo de la Nación Instituto Nacional de Vías y se adopta el Plan de Expansión de la Red Nacional de Carreteras y se dictan otras disposiciones.*”

9010 Riohacha-Paraguachón

12. Alternas a la Transversal del Caribe

2103 Montería .Lírica

90 BL B Variante de Gambote

90 BL C Variante de Cartagena

9006 Cartagena. Sabanalarga. Barranquilla y acceso al Puente La Cordialidad

En el trayecto Barranquilla – Santa Marta se encuentra el municipio de Ciénaga; de manera que conforme al párrafo del artículo 1º de la Ley 981 de 2005, el cobro de la sobretasa ambiental no puede extenderse más allá de la jurisdicción del mencionado municipio. Esta consideración es necesaria respecto de la Ciénaga Grande de Santa Marta porque reúne las condiciones de ser reserva de la biosfera y formar parte del sistema Delta Estuarino del Río Magdalena, las que, por supuesto, la incluirían en las áreas de protección especial que relaciona el artículo 1º de la Ley 981.

Sin embargo, como ya se explicó, el párrafo del citado artículo 1º es de aplicación restrictiva y la autorización excepcional que consagra está delimitada geográficamente con referencia a la vía y no respecto del área de protección especial, en este caso, la Ciénaga Grande. En ese orden de ideas, es claro que en los peajes de Tucurínca y Neguanje, objeto de la consulta, no es legalmente viable el cobro de la sobretasa ambiental, como se explica en seguida.

4. Los peajes de Tucurínca y Neguanje

Como bien informa la consulta, tanto en su texto como en el mapa aportado, el peaje de Tucurínca está ubicado en el humedal del Delta Estuarino del Río Magdalena, en la vía denominada Troncal del Magdalena, jurisdicción del municipio de Aracataca; y el peaje de Neguanje está en la reserva de la biosfera Ciénaga Grande de Santa Marta, en jurisdicción del municipio de Santa Marta, por la misma vía Transversal del Caribe.

Pues bien, respecto de Tucurínca, el ya citado artículo 4º del Decreto 1735 de 2001, describe la ruta de la Troncal del Magdalena¹³⁸, e incluye sus variantes entre

138 3. Troncal del Magdalena

4502 Santa Ana-Mocoa
 4503 Mocoa-Pitalito
 45 HL C Variante de Pitalito
 50 TL A Variante de Honda
 43 TL F Variante de Mariquita
 45 CL A Variante de La Dorada
 4511 Río Ermitaño-La Lizama
 4513 La Lizama-San Alberto
 4514 San Alberto-La Mata
 4515 La Mata-San Roque
 4516 San Roque-Bosconia

las cuales están Aracataca y la Ye de Ciénaga; esta última es la conexión entre la Transversal del Caribe y la Troncal del Magdalena para acceder al interior del país.

El peaje de Neguanje está ubicado en la vía nacional Transversal del Caribe, pero por fuera de la jurisdicción del municipio de Ciénaga. Las situaciones geográficas en mención excluyen a los peajes de Tucurinca y Neguanje de la posibilidad legal de cobro de la sobretasa ambiental.

5. Los planes de manejo de las áreas protegidas

En el resumen del contenido de la Ley 981 de 2005 se anunció que el parágrafo 2º del artículo 4º y el artículo 10 establecían unos requisitos relacionados con el recaudo y la ejecución de los recursos de la sobretasa ambiental. El artículo 4º impuso a los sujetos activos del tributo las obligaciones de (i) manejar los recursos y los rendimientos financieros que llegaren a generarse, *“a través de una cuenta especial, claramente diferenciable de las demás rentas de la autoridad ambiental correspondiente”*, y (ii) *“utilizarlos exclusivamente para los fines que se establecen en el artículo 10...”*.

Los fines señalados en el artículo 10 son *“exclusivamente... la ejecución de planes, programas y proyectos orientados a la recuperación de las áreas afectadas por las vías de que trata la presente ley... de acuerdo con los planes de manejo del área protegida respectiva.”* Los fines y la exigencia del plan de manejo fueron propuestos desde el proyecto original; el trámite legislativo y el texto de la ley en su conjunto indican que el legislador buscó asegurar que cada área protegida respecto de la cual se estableciera la sobretasa efectivamente recibiera los recursos respectivos. La cuenta especial y el plan de manejo son los instrumentos que afirman esa intención del legislador específica. La restricción geográfica impuesta por el parágrafo del artículo 1º de la Ley 981 no varía las disposiciones que se comentan, pues ni en dicho parágrafo ni en los artículos 4º y párrafos y 10º se establecen excepciones a las exigencias que allí se establecen.

Entonces, el recaudo exige la apertura de la cuenta especial y la ejecución de los recursos impone la adopción del plan de manejo especial para ejercer la autorización excepcional de cobro de la sobretasa en las zonas de la vía a que se contrae el parágrafo del artículo 1º de la Ley 981 de 2005.

Con fundamento en las precedentes consideraciones,

LA SALA RESPONDE:

“3.1 ¿Es viable cobrar la sobretasa ambiental en casos diferentes a los previstos en el parágrafo del artículo 1 de la Ley 981 de 2005?”

4517	Bosconia-Río Ariguani
45 MG B	Variante de Aracataca
4518	Río Ariguani-Ye de Ciénaga
45 MG 02	Variante de Ye de Ciénaga

El cobro de la sobretasa ambiental creada en la Ley 981 de 2005 solo es legalmente viable en los sectores o tramos de la vía nacional Transversal del Caribe que unen a Ciénaga con Barranquilla y a esta con Cartagena, en cuanto afectan en la actualidad la Ciénaga de la Virgen y la Ciénaga Grande de Santa Marta, porque estos tramos son la única excepción a la prohibición general de cobrar dicha tasa que estableció el parágrafo del artículo 1º de la Ley 981 en cita.

“3.2. ¿Para efectos del cobro de la sobretasa ambiental, es viable incluir todas las áreas de conservación y protección municipal, sitios Ramsar o Humedales de Importancia Internacional definidos en la Ley 357 de 1997 y Reservas de Biosfera creadas o que se creen en todo el país?”

Por mandato del parágrafo del artículo 1º de la Ley 981 de 2005, no es viable incluir en el cobro de la sobretasa ambiental las áreas y sitios relacionados en la pregunta, con la única excepción de las zonas de la vía Cartagena – Barranquilla – Ciénaga, a que se refiere el mismo parágrafo.

“3.3. ¿Es viable que en las casetas de los peajes de Tucurínca y Neguanje ubicados en los municipios de Aracataca y Santa Marta se recaude la sobretasa ambiental?”

Las casetas de los peajes de Tucurínca y Neguanje no están en la Transversal del Caribe dentro del sector Cartagena – Barranquilla – Ciénaga, de manera que no es viable recaudar la sobretasa ambiental en ellas.

“3.4. ¿En ausencia de los planes de manejo ambiental de que trata el artículo 10 de la Ley 981 de 2005, es viable cobrar la sobretasa ambiental? En caso afirmativo ¿Los recursos se pueden utilizar en la ejecución de planes, programas y proyectos orientados a la recuperación y conservación de las áreas afectadas por las vías?”

Para iniciar el cobro o recaudo de la sobretasa ambiental no es menester contar con el plan de manejo ambiental, porque el parágrafo segundo del artículo 4º de la Ley 981 de 2005 solo exige la apertura de una cuenta especial que garantice el manejo separado de esos recursos. En cambio, la ejecución de los recursos recaudados no es legalmente viable sin el plan de manejo ambiental pues este es el requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 981 para garantizar que el área de protección especial, en relación con la cual se autoriza el cobro de la sobretasa, reciba efectivamente el recaudo que causa la vía que la afecta.

Remítase al señor Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible 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. Permisos de cruce sub-férreo y cobro de derechos a favor del Estado.

Radicado 2050

Fecha: 30/03/2011

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

Levantamiento de la reserva mediante auto del 6 de abril de 2015

El Ministerio de Transporte consulta a la Sala sobre la facultad del Instituto Nacional de Concesiones -INCO- para cobrar derechos por los permisos de paso sub-férreo otorgados a las personas que lo requieren para la instalación de redes y tuberías de diferente tipo (acueducto, alcantarillado, oleoductos, gasoductos, etc.), así como el mecanismo adecuado para otorgar las respectivas autorizaciones (acto administrativo o contrato), previas las siguientes consideraciones:

1. Mediante Decreto 1588 de 1989 se creó la Empresa Colombiana de Vías Férreas, FERROVIAS, como una empresa industrial y comercial del Estado encargada de mantener, regular y administrar la operación del sistema ferroviario nacional.

2. El artículo 7 del mencionado decreto facultó a FERROVIAS para “g). *Fijar las tasas, tarifas o peajes que se cobren por el uso de las líneas férreas nacionales*”; tales recursos formarían parte del patrimonio de la empresa (art.10).

3. FERROVIAS expidió en su momento la norma técnica NT-001 que establece las condiciones técnicas y procedimientos necesarios para obtener la autorización de instalación de tuberías que cruzan el corredor férreo del país. En dicha norma técnica se establece que el solicitante del respectivo permiso debe cancelar previamente “*los derechos*” correspondientes y “*legalizar el contrato de permiso de cruce*”.

4. Mediante Resolución 693 de 1988, FERROVIAS reglamentó el otorgamiento de los permisos de cruce, señalando el valor de los derechos que deben pagar los interesados para obtener la respectiva autorización; estableció además, que la autorización se otorgaría *por acto administrativo*, previo cumplimiento de los requisitos correspondientes. Esta resolución fue modificada posteriormente por la Resolución 153 de 2003, en el sentido de establecer unos valores diferenciales (menores) cuando el permiso de cruce de la vía férrea es solicitado por un Municipio para la instalación de redes de servicios públicos.

5. El Decreto 1791 de 2003 ordenó la liquidación de FERROVIAS y mediante Decreto 1800 de 2003 se creó el Instituto Nacional de Concesiones, INCO, el cual recibió de FERROVIAS y de otras entidades relacionadas con el sector transporte, los convenios y contratos de concesión vigentes relacionados con el cumplimiento de su misión institucional.

5. EL INCO, por su parte, mediante Resolución 474 de 2002 adoptó la Norma Técnica 001 expedida en su momento por FERROVIAS que, como se dijo, hace referencia a la necesidad de *suscribir un contrato* de permiso de cruce de la vía férrea; más tarde, por Resolución 366 de 2006, el INCO adoptó también las Resoluciones 693 de 1998 y 153 de 2003 de FERROVIAS, en las cuales, como también se indicó, se establece el valor de los derechos de cruce de la vía férrea y se señala que la respectiva autorización se concede *por acto administrativo*.

6. Las expresiones “*pago de derechos*” y “*cancelar los derechos de permiso de cruce*” de la Norma Técnica 001, adoptada por el INCO mediante Resolución 474 de 2002 (antes citada), se encuentran actualmente demandadas en acción pública de nulidad ante el Consejo de Estado¹³⁹.

7. Con base en estos antecedentes, la entidad consultante hace las siguientes consideraciones adicionales:

- Si bien la norma Técnica 001 hace referencia a que el interesado en el permiso de cruce debe suscribir un contrato con la entidad, ha de colegirse que tal autorización se instrumenta mediante un acto administrativo unilateral (como lo establece la Resolución 693 de 1998 que fija el valor de los respectivos derechos), dado que se trata de una potestad propia del Estado en su papel de garante de la seguridad del servicio público de transporte ferroviario. Así, “por tratarse de una decisión de la Administración en virtud de la cual autoriza la intervención de un elemento de la infraestructura nacional, creando o modificando una situación particular, y en aplicación de la Resolución 693 de 1998, podría considerarse que tales permisos deben ser otorgados por acto administrativo”.
- En cuanto a la posibilidad de cobrar un derecho por concepto de dichos permisos, existe un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil en el cual se señaló que FERROVIAS carecía de competencia para cobrar derechos a las empresas de servicios públicos domiciliarios por las autorizaciones para el cruce de la línea férrea, pues no existía autorización legal para ello; apoyados en ese concepto, si bien no se pondría en duda que los interesados en cruzar la línea férrea están obligados a obtener una autorización previa del Estado, resultaría claro en todo caso que el cobro de tasas o derechos por ocupación o aprovechamiento de bienes de uso público (como lo es la infraestructura ferroviaria), no puede provenir de actos reglamentarios y, por tanto, el INCO no podría exigir dicho pago.

8. Con base en todo lo anterior, se formulan las siguientes **PREGUNTAS**:

“1. ¿Cuál es el mecanismo jurídico idóneo que el Instituto Nacional de Concesiones, INCO, debe utilizar para autorizar los permisos de cruce sub-férreo a terceros diferentes del contratista a quien se ha otorgado en concesión la infraestructura

¹³⁹ Sección Primera, expediente 2007-247. Según el sistema de información de la Rama Judicial, el proceso aún está en curso y no ha sido fallado.

de transporte férreo nacional para su rehabilitación, conservación, operación y explotación?

2. El Instituto Nacional de Concesiones, INCO ¿está facultado legalmente para cobrar al titular del permiso de cruce subférreo algún valor por los derechos del mismo?"

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

1. Carácter unilateral de la autorización estatal para cruzar el corredor férreo nacional

a. El origen de la autorización

En tres oportunidades recientes esta Sala ha establecido que el corredor férreo y sus anexidades son bienes de uso público, asociados además a la prestación de un servicio público esencial, tal como lo disponen las Leyes 105 de 1993¹⁴⁰ y 336 de 1996¹⁴¹. Inicialmente, lo señaló así en Concepto 1584 del 20 de marzo de 2003¹⁴² para determinar que el uso de los terrenos anexos al corredor férreo o la intervención subterránea de éste para la instalación de redes de servicios públicos requiere autorización de la entidad pública encargada de su administración (Ferrovías en su momento). En tal oportunidad indicó:

“Del análisis de las características del corredor férreo, la Sala concluye que éste junto con sus anexidades, son bienes de uso público, por las razones que a continuación se exponen:

- *El corredor férreo forma parte de la infraestructura vial y de transporte de propiedad de la Nación, por lo tanto, es un bien que se encuentra afecto al uso público o colectivo, independientemente del sistema de operación o explotación que se establezca (...)*
- Su destinación al uso común está directamente relacionada con el ejercicio de la actividad de transporte que por su naturaleza es un servicio público.
- El corredor férreo y sus anexidades están fuera de la actividad mercantil y por lo tanto, son inembargables, inalienables e imprescriptibles.

En este orden de ideas, los bienes inmuebles que conforman el corredor férreo, sus zonas anexas, contiguas o de seguridad, se clasifican como bienes de uso público mientras se hallen vinculados al servicio público del transporte ferroviario y, por ende, gozan de una especial protección frente a cualquier tipo de intervención

140 “Artículo 3º.- Principios del transporte público. (...) 2. Del carácter de servicio público del transporte: La operación del transporte público en Colombia es un servicio público bajo la regulación del Estado, quien ejercerá el control y la vigilancia necesarios para su adecuada prestación en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad.”

141 Artículo 80.- El modo de transporte ferroviario, además de ser un servicio público esencial, se regula por las normas estipuladas en esta ley y las normas especiales sobre la materia.

142 M.P. Susana Montes

que afecte su integridad, consagrada de manera reiterada en las normas especiales expedidas para este tipo de transporte (ley 76 de 1920, Decreto 1075 de 1954, Ley 21 de 1988, Decreto 1588 de 1989, en el Código Civil (artículo 679), y en la propia ley 142 de 1994, que en su artículo 57 establece el requisito del permiso previo para intervenir bienes de uso público, entre los cuales, la norma enuncia “ríos, caudales, líneas férreas, puentes, calles, caminos (...).” (negrilla del texto original)

Posteriormente lo reiteró en el Concepto 1640 de 2005¹⁴³, para establecer que los terrenos de la infraestructura férrea, en su calidad de bienes de uso público, no están sujetos a contribuciones de valorización e impuesto predial. En tal ocasión se señaló:

“Las razones expuestas en el concepto citado, resultan suficientes para reiterar la naturaleza de bienes de uso público de los corredores férreos, sus anexidades, zonas de seguridad y de señalización para la operación segura de este modo de transporte, que Ferrovías en liquidación debe entregar al Instituto Nacional de Vías. Al respecto, en una acción de tutela instaurada para proteger el derecho que alegaba tener una persona que ocupó una parte de un corredor férreo para construir una vivienda, la Corte Constitucional en sentencia T-115 de 2003, reiteró el carácter de uso público de los corredores férreos. (...) De lo anterior se concluye que para efectos de la consulta deben ser considerados bienes de uso público que forman parte de la infraestructura ferroviaria, los campamentos, patios de maniobras y lotes de terrenos contiguos con la vía férrea que se requieran para la seguridad de la misma, al igual que el corredor férreo propiamente tal. No sobra reiterar que dichos bienes por su naturaleza son inembargables, inenajenables e imprescriptibles, pues de su disponibilidad depende la viabilidad de la operación del corredor férreo. “

Finalmente, en Concepto del 30 de noviembre de 2006¹⁴⁴ volvió a indicar lo mismo, con fin de reiterar que si un bien inmueble pertenece a la infraestructura férrea se encuentra excluido del pago de impuesto predial dada su naturaleza jurídica de bien de uso público: “*Para la Sala es claro que **si el inmueble pertenece a la infraestructura férrea, como se afirma en la consulta, es un bien de uso público y, por tanto, está excluido del pago de impuesto predial***” (se resalta)

Lo anterior es importante para señalar que la autorización estatal para atravesar superficial o subterráneamente el corredor férreo y sus anexidades tiene una doble fuente normativa, tal como también lo indicó esta Sala en el año 2003¹⁴⁵: por una parte, las disposiciones que de manera general regulan el uso de los bienes de uso público y, por otra, las que se refieren de manera particular a la especial protección y cuidado de las vías férreas. Dentro de las normas que regulan el uso o la realización de obras en bienes de uso público, se encuentra en primer lugar el artículo 679 del Código Civil que establece la siguiente regla general:

143 M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce

144 M.P. Gustavo Aponte Santos

145 Concepto No.1484 de 2003.

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

Disposición que complementaría más tarde el artículo 10 de la Ley 113 de 1928 según el cual:

“Artículo 10.- Corresponde a la Nación en lo sucesivo *conceder licencia para utilizar las calles, plazas, vías públicas y demás bienes nacionales de uso público a fin de tender por ellas, sea superficialmente o sea en el subsuelo, redes de canalización de plantas eléctricas o para otros usos industriales o domésticos.*”

De manera que la realización de obras en bienes de uso público, bien sea en su superficie o atravesando el subsuelo, requiere de forma general una decisión previa del Estado (autorización o permiso), que tiene fuente en sus deberes de administración y protección sobre ese tipo de bienes y respecto de los cuales el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“Respecto de lo primero, o sea de los derechos que comprenden, debe tenerse en cuenta que *los bienes de uso público son de propiedad del Estado, quien los administra, protege y reglamenta su uso, sin que puedan ser objeto de actos o negocios jurídicos que impliquen la limitación de su uso y disfrute por los ciudadanos.*”¹⁴⁶

Más recientemente, esa misma Corporación indicó:

“La referida comparación conduce a realizar una sucinta alusión al régimen jurídico propio de los bienes de uso público, asunto del cual se ha ocupado en diversas ocasiones esta Sala para señalar, con carácter general, que los aludidos bienes son aquellos cuya titularidad pertenece al Estado o, en estricto sentido, a la Nación, según se verá y cuya afectación o destino está orientado al uso de todos los habitantes de un territorio, *propósito éste en virtud del cual las entidades responsables de su manejo ejercen unas potestades de regulación, administración, control y vigilancia* que lejos de permitir la asimilación entre la propiedad privada y la titularidad que ostentan respecto de dichos bienes, apunta, exclusivamente, a propender porque se respete y se garantice el destino natural o jurídico de los mismos, que no es otro que el de servir a su utilización, en las condiciones que se correspondan con la naturaleza del bien y con la razonable y proporcionada reglamentación que su adecuado uso determine (...)”¹⁴⁷

Ahora bien, respecto de las normas especiales aplicables al sector ferroviario, los artículos 2º, 3 y 4 de la Ley 76 de 1920 prohíben de manera general interferir o hacer obras en la vía férrea y, además, fijan los parámetros para las plantaciones

¹⁴⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2005; reiterada en Sentencia del Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁴⁷ Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2010, exp. 14390.

en los terrenos adyacentes a ella, sujetándolas al permiso previo de la respectiva empresa ferroviaria:

“Artículo 2. Es prohibido a los particulares introducirse o estacionarse en la vía de los ferrocarriles, situarse en las estaciones o a una distancia de los rieles menor de dos metros, ocupar la zona con animales, depósitos de carga o cualesquiera otros objetos, embarazar de otra manera el libre tránsito de trenes, transitar por los puentes destinados exclusivamente a los servicios de las empresas férreas y tocar las agujas de las palancas de los apartaderos y los demás elementos que sirvan para comunicar señales...”.

“Artículo 3º. En los terrenos contiguos a la zona de un ferrocarril no podrán efectuarse, a una distancia de menos de veinte (20) metros a partir del eje de la vía, obras que perjudiquen la solidez de ésta, tales como excavaciones, represas, estanques, explotación de canteras y otras semejantes. Tampoco podrán construirse a esta distancia edificios de paja u otro material combustible ni hacer depósitos de sustancias combustibles.”. (Negrilla fuera de texto).

Artículo 4º, “No podrán hacerse plantaciones de árboles a una distancia menor de doce (12) metros del eje de la vía sin el consentimiento de la respectiva empresa. Respecto de las obras o construcciones ya ejecutadas, podrá hacerse la expropiación de ellas a solicitud de la empresa respectiva.”

Más tarde, el Decreto 1975 de 1954, elevado a rango legal por la Ley 164 de 1961, estableció que los cruces de las líneas férreas requieren autorización de la empresa ferroviaria y están sujetos a las condiciones que ella señale:

Artículo 6º. : “Siempre que se pretenda establecer un cruce de una vía o calle pública, con las líneas férreas de servicio público, la entidad que la construya debe obtener el correspondiente permiso de la empresa férrea, y el cruce se establecerá de acuerdo con las exigencias que fijen los Ferrocarriles”. (Negrilla fuera de texto).

De manera que, como señaló la Sala en el Concepto 1484 de 2003 arriba citado, resulta claro que *“de tiempo atrás el legislador se ha ocupado de establecer controles y restricciones para el uso de bienes que forman parte de la infraestructura ferroviaria, en aras a garantizar la seguridad de este medio de transporte; controles que, naturalmente, han estado y tienen que estar en cabeza de los entes responsables de la construcción y mantenimiento de las vías férreas, esto es, de administrar los bienes bajo su tutela (...)”*¹⁴⁸

Cabe señalar sobre este particular, como también se advirtió en el mismo Concepto, que la Ley 142 de 1994 no excluyó de esta autorización a las empresas

148 También se concluyó en dicho concepto: “Dado que el estado óptimo de la vía férrea es responsabilidad de Ferrovías y debe obedecer a estándares técnicos propios de la especialidad de este tipo de transporte, se reitera, que es esta empresa la autoridad llamada a regular el uso que sobre este tipo de bienes públicos pretendan hacer terceros, bien para la instalación de redes de servicios públicos domiciliarios o para otro tipo de redes o tuberías que deban instalarse en la trocha férrea o en sus anexidades (tubería de gas, oleoductos, red de fibra óptica, acceso a predios particulares o a poblaciones, etc). Permitir que cualquier empresa o persona intervenga el corredor férreo y sus anexidades sin obedecer parámetros técnicos haría nugatoria la responsabilidad de la empresa en este aspecto, máxime si se tienen en cuenta los niveles de riesgo que puede representar una excavación o una obra para la estabilidad del corredor.”

de servicios públicos domiciliarios cuando se trata de atravesar con sus redes de acueducto, electricidad, teléfonos, etc., superficial o subterráneamente, los ríos, caudales, puentes, calles, caminos y *líneas férreas del país*, pues el artículo 57 de dicha ley sujetó expresamente tales servidumbres sobre bienes de uso público al permiso previo de la autoridad competente en cada caso:

“ARTÍCULO 57. Facultad de imponer servidumbres, hacer ocupaciones temporales y remover obstáculos. Cuando sea necesario para prestar los servicios públicos, las empresas podrán pasar por predios ajenos, por una vía aérea, subterránea o superficial, las líneas, cables o tuberías necesarias; ocupar temporalmente las zonas que requieran en esos predios; remover los cultivos y los obstáculos de toda clase que se encuentren en ellos; transitar, adelantar las obras y ejercer vigilancia en ellos; y, en general, realizar en ellos todas las actividades necesarias para prestar el servicio. El propietario del predio afectado tendrá derecho a indemnización de acuerdo a los términos establecidos en la Ley 56 de 1981, de las incomodidades y perjuicios que ello le ocasione.

*Las líneas de transmisión y distribución de energía eléctrica y gas combustible, conducciones de acueducto, alcantarillado y redes telefónicas, **podrán atravesar los ríos, caudales, líneas férreas, puentes, calles, caminos y cruzar acueductos, oleoductos, y otras líneas o conducciones. La empresa interesada, solicitará el permiso a la entidad pública correspondiente; si no hubiere ley expresa que indique quien debe otorgarlo, lo hará el municipio en el que se encuentra el obstáculo que se pretende atravesar.**”¹⁴⁹* (negrilla fuera del texto)

Igual conclusión resultará aplicable a las servidumbres establecidas a favor de la industria petrolera para la construcción de oleoductos y el transporte de productos derivados de esa actividad (art.4¹⁵⁰, 9¹⁵¹ y 96¹⁵² del Código de Petróleos), en cuanto allí tampoco existen excepciones a las reglas generales de autorización para atravesar los bienes de uso público y, en particular, el corredor férreo y sus anexidades; tales servidumbres, por tanto, deben compatibilizarse con el deber del

149 Al respecto concluyó la Sala lo siguiente: “Por consiguiente, no resulta jurídicamente aceptable que las empresas de servicios públicos argumenten que con base en el artículo 186 de la ley 142 de 1994, los permisos consagrados en el decreto ley 1075 de 1954, en las disposiciones generales como la prevista en el artículo 679 del Código Civil, y en las demás normas de carácter reglamentario que en esta materia ha expedido la empresa, se encuentran derogadas, so pretexto de exonerarse del cumplimiento de la obligación legal que les corresponde.” (Concepto1484 de 2003)

150 ARTICULO 4o. Declárase de utilidad pública la industria del petróleo en sus ramos de exploración, explotación, refinación, transporte y distribución. Por tanto, podrán decretarse por el Ministerio del ramo, a petición de parte legítimamente interesada, las expropiaciones necesarias para el ejercicio y desarrollo de tal industria.

151 ARTICULO 9o. Las disposiciones de los Capítulos XII, XIII y XIV del Código de Minas, sobre Servidumbres establecidas en favor de las minas, Indemnizaciones a que son obligados los mineros, y aguas para las minas, se aplicarán a falta de disposiciones especiales, a la industria del petróleo.

152 ARTICULO 96. En los terrenos que pertenezcan a la Nación, los explotadores de petróleo de propiedad nacional o de propiedad particular, tendrán el derecho de uso superficiario para el ejercicio de la servidumbre de los oleoductos en una zona de treinta (30) metros de ancho a cada lado de la línea principal y de los ramales y líneas de conexión, así como de las áreas necesarias para las dependencias o accesorios del oleoducto, como edificios, estaciones de bombeo, muelles, embarcaderos, etc. Dicha zona podrá ser cruzada por caminos, ferrocarriles u otras vías de comunicación, públicas o privadas, y por oleoductos y tuberías de otras empresas, siempre que con ello no se perjudique o estorbe el regular funcionamiento del oleoducto y sus dependencias y accesorios y a riesgo de quienes usen tal zona. En el caso de daños producidos en el oleoducto, sus dependencias, o accesorios, la empresa tendrá derecho a ser plenamente indemnizada por quienes sean responsables de ello de acuerdo con las leyes.

Estado de velar por la integridad de tales bienes, más aún cuando está involucrada la prestación de un servicio público y su seguridad¹⁵³.

b. El carácter unilateral de la autorización

Cabe señalar en primer lugar que el contrato supone *un acuerdo de voluntades* del cual nacen obligaciones para las partes que lo suscriben (art.32 L.80/1993), de forma que el particular queda vinculado a la Administración por su propio consentimiento y no por una voluntad externa que le resulta impuesta en virtud de la ley; por el contrario, el acto administrativo es un acto unilateral que vincula por sí mismo al interesado, en virtud de su presunción de legalidad y a su carácter ejecutorio¹⁵⁴.

Precisamente es en este último ámbito donde se ubican las autorizaciones estatales, las cuales tienen por objeto que, previamente a la realización de una actividad privada, la Administración pueda hacer una valoración de ella a la luz del interés público que la norma aplicable al caso pretende tutelar¹⁵⁵; en tales supuestos, la autoridad administrativa no contrata ni negocia un bien o servicio, sino que resuelve, concediendo o negando lo solicitado, de acuerdo con la normatividad aplicable y con carácter vinculante. Como señala Stober, sin perjuicio del uso cada vez más frecuente de formas contractuales para instrumentar las relaciones entre el Estado y los particulares, el acto administrativo sigue siendo especialmente importante como mecanismo de ordenación de diversos ámbitos de la Administración económica, social y de seguridad¹⁵⁶, donde la actividad particular puede estar sujeta a permisos o autorizaciones previas.

Ahora bien, según se puede colegir de las normas citadas en la primera parte de este concepto, la finalidad de la autorización o permiso de cruce sub-férreo no es permitir que el Estado negocie un contrato con los particulares sino, específicamente, la protección y estabilidad del corredor férreo del país, de forma que se garantice no sólo su integridad como bien patrimonial, sino también la seguridad del respectivo servicio público de transporte y de las personas que hacen uso del mismo¹⁵⁷. Por ello,

153 Concepto 1484 de 2002: "Partiendo del presupuesto anterior, estima la Sala que el alcance de la facultad prevista en el artículo 57 de la ley 142 de 1994 otorgada a las empresas de servicios públicos domiciliarios, debe interpretarse en armonía con los derechos y bienes que se pretenden proteger, vale decir, en armonía con el derecho de propiedad, la protección de los bienes de uso público, y la prestación eficiente, eficaz y segura de otros servicios públicos que puedan verse comprometidos con ocasión de una intervención u obra, tal es el caso, del servicio público de transporte ferroviario y los cruces con la vía férrea."

154 En la formulación clásica de Jéze: "(...) en el acto unilateral, el efecto jurídico querido se produce por una manifestación unilateral de voluntad, mientras que en el acto contractual, hay manifestaciones de voluntad que se condicionan de manera recíproca, y el resultado jurídico sólo se obtendrá si estas manifestaciones de voluntad concuerdan exactamente". (JÉZE, Gastón. *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Axel Editores, Bogotá, 2010).

155 GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO. Curso de Derecho Administrativo, 1993, Civitas, Madrid, Tomo II, p.104 y ss.: "En todos estos casos (autorizaciones, permisos, licencias, visados, habilitaciones, colegiaciones, dispensas, inscripciones incluso, etc.), una actividad privada es consentida por la Administración previa valoración de la misma a la luz del interés público que la norma aplicable en cada caso pretende tutelar". (p.134). Igualmente puede verse FORSTHOFF ERNEST. Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p.290: las autorizaciones y permisos constituyen actos administrativos "conformadores" pues a través de ellos se funda, modifica o suprime una situación o una relación jurídica concreta. En el mismo sentido, BOCANEGRA SIERRA, Raúl, Lecciones sobre el acto administrativo, Tercera Edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 52.

156 STOBER, Rolf. *Derecho Administrativo Económico*. Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1992, p. 228.

157 Según la Ley 105 de 1993: "Capítulo II. Principios Rectores del Transporte. Artículo 2º.- *Principios Fundamentales*. (...) e. De la Seguridad: *La seguridad de las personas constituye una prioridad del Sistema y del Sector Transporte. Artículo 3º.- Principios del transporte público. El transporte público es una industria encaminada a garantizar la movilización de personas o cosas por medio de vehículos apropiados a cada una de las infraestructuras del sector, en condiciones de libertad de acceso, calidad y seguridad de los usuarios (...)*"

la construcción de obras o la realización de excavaciones o cruces subterráneos en el corredor férreo y sus zonas anexas, requiere que la entidad encargada de su administración verifique previamente que no se afectará ni su integridad, ni su estabilidad, ni la seguridad de las personas y bienes que transitan por él y que se otorgarán las garantías necesarias para enfrentar posibles contingencias o daños.

En este orden, la respectiva autorización o permiso comporta el ejercicio de una función pública en cabeza de la autoridad competente que, como señala la entidad consultante, se debe concretar en actos unilaterales y vinculantes contentivos de la decisión administrativa sobre el cumplimiento por el interesado de las condiciones técnicas y de seguridad para atravesar superficial o subterráneamente el corredor férreo y sus anexidades. Al respecto esta Sala ya había señalado que Ferrovías, en su calidad de administrador del corredor férreo nacional (hoy INCO para vías concesionadas e INVIAS en los demás casos), tenía plena competencia para establecer las condiciones de uso y mantenimiento del mismo *“y para expedir los actos administrativos contentivos de los permisos o licencias para su excavación o intervención”*.

Vale entonces lo señalado por Marienhoff, en el sentido que si bien la figura del permiso para uso de bienes públicos comporta cierta *“bilateralidad”*, en cuanto no se concede de oficio sino a solicitud del interesado y puede estar sometido a condiciones, no por ello corresponde a un contrato, pues no se altera la naturaleza jurídica de la autorización, esto es, la de ser *“un acto administrativo”*¹⁵⁸. Como indica también García de Enterría, el carácter unilateral del acto administrativo no excluye la voluntad del administrado, por ejemplo, precisamente, en el caso de las autorizaciones estatales, las cuales presuponen una solicitud del interesado que le sirve de causa¹⁵⁹, sin que ello, en todo caso, convierta en *contractuales* ese tipo de relaciones jurídicas.

Aclarando, claro está, como advierte Schmidt-Assmann¹⁶⁰ que en el derecho contemporáneo la unilateralidad del acto administrativo no es expresión de autoritarismo y poder de la Administración y, en ese sentido, no se opone a que el Estado actúe cooperativamente con las personas, en orden a facilitar tanto el logro de los intereses públicos como la satisfacción de los derechos y expectativas ciudadanas. En el caso particular examinado la anterior observación es importante, en la medida que, correlativamente al deber de la Administración de velar por la integridad del corredor férreo, existe también interés del propio Estado en facilitar y promover la ampliación de la cobertura de los servicios públicos (Ley 142 de 1994), de la infraestructura del petróleo (Código de Petróleos) y de la industria en general como factor de desarrollo (art.333 C.P), de manera que la autorización, pese a su unilateralidad, debe facilitar el logro armónico de ambos propósitos. Como había señalado la Sala, *“las exigencias que debe contener el permiso deben ser técnicas,*

158 MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Tomo V – Dominio Público, p. 408 y ss. Stober identifica estos actos como *“actos administrativos con colaboración necesaria”*, pues *“solamente se dictan si previamente ha mediado solicitud del afectado”* directamente.” (Ob. cit.p. 231)

159 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. Curso de Derecho Administrativo, 1993, Civitas, Madrid, Tomo I, p. 522.

160 Schmidt-Assmann, Eberhard. La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema. Instituto Nacional de Administración Pública, INAP – Marcial Pons, Madrid, 2003. p. 319.

objetivas y proporcionales, para asegurar, de una parte, que la ampliación de la cobertura de los servicios públicos domiciliarios no se vea obstaculizada y, de otra, que la operación del servicio del modo de transporte ferroviario se preste bajo las condiciones de seguridad debida.”¹⁶¹

Ahora bien, lo anterior no cambia por el hecho de que originalmente la Norma Técnica NT-001 de FERROVIAS, adoptada por el INCO mediante Resolución 474 de 2004, hubiera previsto en su momento que FERROVIAS debía suscribir *un contrato de permiso de cruce*¹⁶². En primer lugar cabe señalar que la Resolución 693 de 1998 fue en su momento posterior a esa Norma Técnica NT-001, de manera que prevalece la exigencia contenida en ella de que el permiso de cruce se instrumente mediante un acto administrativo de autorización en el que se establezcan las condiciones y garantías correspondientes; conclusión que se reforzaría a su vez por el hecho de que el INCO adoptó primero la norma técnica en cuestión (2004) y posteriormente la referida Resolución 693 de 1998 de FERROVIAS (2006), de manera que en cualquier caso esta última también prevalecería sobre aquella. Por tanto, no cabría discusión sobre la necesidad de expedir un acto administrativo autorizador, lo cual concuerda con lo que se ha dicho sobre la naturaleza de este tipo de decisiones.

Adicionalmente, el contenido de la Norma Técnica NT-001 permite entender que cuando ella fue adoptada no había ninguna reglamentación particular o complementaria de ese permiso y posiblemente se interpretó, habida cuenta que FERROVIAS era una empresa industrial y comercial del Estado, que los permisos no respondían a un acto de autoridad administrativa y, por tanto, debían instrumentarse contractualmente. Sin embargo, de acuerdo con lo que se ha analizado, tal entendimiento no es posible.

En todo caso, como quiera que frente a actos generales la Administración tiene facultad de revisión y derogación y debe proveer normas claras y de fácil conocimiento para sus destinatarios, bien podría derogar expresamente la parte de la Norma Técnica NT-001 en que se menciona el contrato de permiso de cruce, de forma que las relaciones jurídicas nacidas de la intervención del corredor férreo queden reguladas exclusivamente por la respectiva autorización estatal. De hecho, la Sala considera aconsejable esta opción, pues la coexistencia del acto de autorización y de un contrato adicional, podría generar confusión sobre la naturaleza de las relaciones jurídicas existentes entre la Administración y el particular, así como dificultades para el uso de las facultades unilaterales dirigidas a asegurar la integridad y seguridad del corredor férreo.

¹⁶¹ Concepto 1484 de 2003.

¹⁶² “Con el concepto técnico del concesionario, se enviará toda la documentación a la Oficina Jurídica de FERROVIAS para la elaboración del correspondiente permiso de cruce. Posteriormente el solicitante deberá cancelar los derechos de permiso de cruce y legalizar debidamente el contrato de permiso de cruce. Una vez la Oficina Jurídica de FERROVIAS haya aprobado la legalización del contrato, se deberá suscribir un acta de iniciación de las obras de cruce en forma conjunta entre el solicitante y el Interventor designado por Ferrovías (...).”

2. Sobre la posibilidad de hacer cobros por los permisos de cruce sub-férreo.

a. Aclaración previa sobre el alcance de este concepto

El segundo interrogante que plantea la consulta se refiere a que el INCO pueda cobrar algún tipo de derechos por los permisos de cruce sub-férreo que otorgue. Según lo informado en la consulta, las expresiones “*pago de derechos*” y “*cancelar los derechos de permiso de cruce*” de la Norma Técnica 001, adoptada por el INCO mediante Resolución 474 de 2002, se encuentran actualmente demandadas en acción pública de nulidad ante el Consejo de Estado¹⁶³.

Dado lo anterior, la Sala advierte que la entidad consultante deberá estarse a lo que en su momento se resuelva sobre la legalidad de los apartes citados, de manera que sobre ello no se pronunciará esta Sala; desde una perspectiva general, la Sala se limitará a reiterar lo señalado por ella en el Concepto 1484 de 2003 -donde ya abordó este segundo interrogante de la consulta-, habida cuenta que las consideraciones hechas en ese momento no han sufrido modificaciones sustanciales desde que el INCO tiene a su cargo el corredor férreo concesionado. Igualmente cabe señalar que la Sala restringirá su análisis a este tipo particular de autorizaciones de cruce-subférreo en el contexto específico que se ha estudiado, sin que lo dicho pueda extenderse en general a la posibilidad que tiene el Estado de percibir, por fuera del ámbito estrictamente tributario, rentas o beneficios económicos por la explotación de bienes de su propiedad.

b. La exigencia de autorización legal para hacer este tipo de cobros

Como ya se mencionó, este segundo interrogante fue resuelto por la Sala en el Concepto 1484 de 2003, cuando el Gobierno Nacional consultó sobre la posibilidad de que FERROVIAS cobrara derechos por los permisos de cruce de las vías férreas a las empresas de servicios públicos domiciliarios; frente a ello señaló que se requería una autorización legal expresa, al ser ese tipo de cobros manifestación de la facultad impositiva del Estado:

“Lo expuesto en este capítulo, permite concluir que el cobro de derechos por ocupación y utilización del espacio público a las empresas de servicios públicos domiciliarios, solamente podría operar por ministerio de la ley, es decir, que sólo el legislador, ordinario o extraordinario, puede autorizar el cobro de este tipo de tarifas y, por consiguiente, no es posible hacerlo de manera directa a través de actos reglamentarios del Gobierno o de una autoridad administrativa. En efecto:

1. Jurisprudencial y doctrinariamente se ha determinado que toda tarifa que se cobre a un contribuyente debe corresponder a un gravamen o tributo, entendido en su sentido general (impuesto, contribución y tasa), el cual, a su vez, deberá

¹⁶³ Expediente 2007-247. Según el sistema de información de la Rama Judicial, el proceso aún está en curso y no ha sido fallado.

estar constituido en los términos previstos en el artículo 338 de la Constitución Política (...)

Igualmente, y como quiera que el problema jurídico en torno a la viabilidad de establecer una tarifa por la expedición del permiso para el uso del corredor férreo y sus anexidades por parte de Ferrovías, se podría eventualmente enmarcar dentro del concepto de tasa, es relevante citar un pronunciamiento de la Corte Constitucional, en el cual se señalan los elementos que este tipo de gravamen debe contener y, en particular, las características que debe definir la ley cuando autoriza a la autoridad administrativa para fijarla (...).

2. La ley de servicios públicos domiciliarios en sus artículos 26, 28, 33 y 57 respectivamente, si bien es cierto regula los permisos para instalación de redes destinadas a la prestación de servicios públicos domiciliarios en bienes de uso público, también lo es que esta ley no consagra la posibilidad de gravar el uso del espacio público, como tampoco establece el derecho al cobro de una tasa que compense los costos por los servicios administrativos que se deriven para la entidad pública respectiva en la expedición de la licencia o el permiso de que se trate.
3. Los requisitos para el uso del subsuelo y del espacio público por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios son los previstos en la ley 142 de 1994, que regula íntegramente las actividades relacionadas con este tipo de servicio. Por lo tanto, bastará con obtener la licencia o permiso el cual debe comprender las normas técnicas para acometer los trabajos, para realizar la intervención, sin que ello implique que las autoridades públicas puedan exigir cobros como, tasas o derechos de uso, por ausencia de autorización legal para imponerlas.
4. Con lo dicho no quiere significar la Sala que en ningún caso se puedan cobrar derechos por el uso del espacio público, o que éstos estén en contravía de lo dispuesto en el artículo 82 de la Constitución Política; tales cobros, se repite, pueden señalarse o autorizarse por la ley. Pero mientras la ley no los establezca no se pueden cobrar. “

En esa oportunidad, la Sala tuvo en cuenta, entre otros aspectos, el hecho de que el Consejo de Estado en Sentencias del 7 de octubre de 1999 (exp.5487) y del 28 de enero de 2000 (expedientes 9679 y 9723), concluyó que el cobro por el uso del espacio aéreo o del subsuelo de ciertos bienes (como calles, puentes, etc.) para la instalación de redes de servicios públicos, se enmarca dentro de la facultad impositiva del Estado -constituye un impuesto¹⁶⁴- y como tal se sujeta a los postulados del artículo 338 de la Constitución Política, especialmente en cuanto a la reserva

¹⁶⁴ “Dado que, en el caso en examen, el tributo que se pretende recaudar por aplicación de la norma acusada, no tiene previstas ventajas o beneficios individuales, de parcial o total equivalencia, para determinadas personas o grupos de éstas, susceptibles dichas ventajas o beneficios de precisa medición monetaria, resulta evidente que el gravamen en cuestión no es tasa, contribución especial o precio (o ‘canon’), sino que el mismo corresponde a los denotados caracteres del impuesto, como oportunamente lo advirtió el a quo.” (Sentencia del 28 de enero de 2000, expediente 9679).

legal para su creación¹⁶⁵. Cabe decir que posteriormente el Consejo de Estado ha reiterado esa interpretación, al declarar la nulidad de acuerdos municipales en los cuales se ha pretendido crear una tarifa por ocupación, uso y afectación de espacio público, con redes de servicios públicos domiciliarios y telecomunicaciones:

“De la lectura de los acuerdo demandados se observa que la verdadera naturaleza jurídica de la “tarifa por ocupación, uso y afectación del espacio público con redes de servicios públicos domiciliarios y telecomunicaciones en el territorio municipal” es la de un impuesto y en consecuencia, el Concejo Municipal de San Carlos al expedir los actos demandados, debió sujetarse a lo dispuesto en los artículos 150 numeral 12, 287, 313 numeral 4 y 338 de la Constitución Política, normas que establecen el principio de legalidad del tributo y de competencia a los que deben someterse los concejos municipales al momento de regular la materia impositiva, pues tal facultad no es originaria, sino derivada o residual y por tal razón no es posible establecer tributos sin la existencia de ley previa que los cree o autorice.

Conforme a lo anterior, la Sala ha considerado que, con relación al impuesto por el uso del espacio público, los municipios no tienen autorización legal para implantarlo, porque si bien la Ley 97 de 1913, reproducida luego por el literal c) del artículo 233 del Decreto 1333 de 1986, autorizó a los Concejos para crear y administrar dicho impuesto, al ser derogada expresamente por el artículo 186 de la Ley 142 de 1994, y no haber sido revivida por ningún precepto legal posterior, los entes municipales carecen de competencia para establecer y cobrar el mencionado gravamen.”¹⁶⁶

Es así como en el Concepto 1484 de 2003, esta Sala concluyó lo siguiente sobre la posibilidad de que FERROVIAS cobrara por los permisos de cruce sub-férreo ante la constatación de que no existía una autorización legal para ello:

“De otra parte, en relación con la competencia de Ferrovías para cobrar una tarifa o derechos por el uso o intervención del corredor férreo, cabe la misma reflexión que se hizo en el capítulo cuarto de este concepto, en el sentido que si no existe ley previa que faculte a la empresa para recuperar el costo de los servicios administrativos en que incurra en la expedición y seguimiento del permiso respectivo o cobrar por el uso del bien público que se encuentra bajo su tutela, no es jurídicamente posible, la fijación de tarifa por parte de la misma.”

Al respecto, la Sala verificó en esa oportunidad que las normas legales relativas al permiso de cruce sub-férreo no prevén ninguna autorización para su cobro (lo que se corrobora en este concepto, *supra* No. 1-a), como tampoco las que en su momento

¹⁶⁵ Como consecuencia de ello, en las sentencias citadas se anularon normas distritales que establecían dichos cobros sin que la ley los hubiera autorizado expresamente. En las mismas sentencias, el Consejo de Estado recordó que el artículo 1, lit. j), de la Ley 97 de 1913, reproducido por el artículo 233, literal c), del Decreto 1333 de 1986, por el cual se autorizó a los concejos municipales y del Distrito Especial de Bogotá a crear y administrar un impuesto “por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas”, fue derogado expresamente por el artículo 186 de la Ley 142 de 1994; así mismo, llamó la atención en cuanto a que los artículos 20 y 23 del Decreto 1504 de 1998 (“por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial”), que permitían a los municipios y distritos el cobro de tarifas a las empresas de servicios públicos domiciliarios (ESP) por la ocupación y utilización del espacio público, también fueron expresamente derogados por el Decreto 796 de 1999, de forma que no había norma alguna que autorizara ese tipo de cobros.

¹⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 12 de abril de 2007, exp. 15556; de la misma Sección Cuarta, Sentencia del 14 de noviembre de 2006 (exp.15165).

regulaban la actividad y funcionamiento de FERROVIAS como administrador del corredor férreo.

Sobre esto último, la Sala precisó igualmente que la facultad que tenía FERROVIAS de “*planear y supervisar la operación del modo férreo y fijar las tarifas, los peajes y las tasas correspondientes a la utilización del sistema*” (art. 4 D.1915 DE 1995), hacía referencia exclusivamente a los cobros derivados *del uso, operación y explotación del sistema de transporte ferroviario como tal*, sin que se pudieran entender incluidos cobros por tasas o derechos derivados de la obtención de los referidos permisos de cruce, los cuales no implican en sí mismos el uso o explotación *de la infraestructura férrea o del sistema de transporte*, sino simplemente, una servidumbre de paso (generalmente subterránea), necesaria para la prestación de servicios públicos o el desarrollo de la industria del petróleo o de otras empresas en general.

Frente a ello cabe agregar que actualmente el INCO ni siquiera tiene una facultad similar a la que estaba en cabeza de FERROVIAS, pues es al Ministerio de Transporte a quien le corresponde, de acuerdo con la ley, “establecer los peajes, tarifas, tasas y derechos a cobrar *por el uso de la infraestructura de los medios de transporte*”¹⁶⁷ (lo que en todo caso tampoco parecería incluir los permisos de cruce sub-férreo), mientras que el INCO solamente tiene la función de *hacer los estudios y preparar los proyectos* para la fijación de tales valores en relación con la infraestructura a su cargo¹⁶⁸. Así que, no parecería existir tampoco en cabeza del INCO, como no la había en el caso de FERROVIAS, ninguna facultad legal especial para el cobro de derechos por las respectivas autorizaciones.

3. Aclaraciones y recomendaciones finales

3.1 Conforme se acaba de exponer, en el estado actual de la jurisprudencia la posibilidad del Estado para cobrar por la expedición de los permisos de cruce sub férreo ha de entenderse supeditada a la existencia de una ley previa que lo autorice, en el contexto de que ello es expresión de la facultad impositiva del Estado (artículo 338 de la Constitución Política).

Si bien la Sala es consciente de que frente a este asunto podría plantearse una aproximación distinta, en la que se distinguiera, por una parte, entre la expedición del permiso de cruce (acto administrativo de verificación de las condiciones de intervención del corredor férreo), cuyo cobro constituiría efectivamente una tasa y exigiría previsión legal expresa y, por otra, el derecho del Estado a percibir una contraprestación por el uso de sus bienes por los particulares, la cual podría encuadrarse en otros conceptos no tributarios como los de renta derivada del

¹⁶⁷ Artículo 6.15 del Decreto 087 de 2011, “*Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Transporte, y se determinan las funciones de sus dependencias*”.

¹⁶⁸ Decreto Extraordinario 1800 de 2003: “ARTÍCULO 3o. FUNCIONES GENERALES. Son funciones generales del Instituto Nacional de Concesiones, Inco: (...) 3.7 Elaborar los estudios requeridos para definir los peajes, tasas, tarifas, contribución de valorización en los proyectos a su cargo y otras modalidades de financiación a cobrar por el uso o para la construcción, mantenimiento o rehabilitación de la infraestructura del sector transporte (...)” ARTÍCULO 8o. GERENCIA GENERAL. Son funciones de la Gerencia General, además de las señaladas en la Ley 489 de 1998 las siguientes: (...) 8.8 Proponer al Ministerio de Transporte, previa aprobación del Consejo Directivo, las tarifas de peajes y tasas a cobrar por el uso de la infraestructura de transporte a desarrollar con vinculación de capital privado, de acuerdo con las normas legales vigentes y las políticas del Ministerio de Transporte (...)”

dominio público o precio por el uso de bienes del Estado¹⁶⁹, lo cierto es que, en todo caso, mientras el legislador no se pronuncie ó la jurisprudencia que se ha citado no cambie y efectúe esa diferenciación, la existencia de una ley es un presupuesto previo indispensable para hacer uno y otro tipo de cobros en el caso particular consultado.

Ahora bien, como quiera que conforme a los principios de eficacia y eficiencia administrativa resulta deseable que el Estado reciba una contraprestación por el uso de sus bienes por los particulares, más aún cuando ese uso tiene una finalidad de explotación comercial e industrial (tal como sucede en otros ámbitos del derecho público -telecomunicaciones, recursos naturales, etc.-), la Sala recomienda estudiar la posibilidad de presentar un proyecto de ley al Congreso de la República en el que se establezca un precio a pagar cuando se proyecten este tipo de cruces sub-férreos y en el que se regulen los mecanismos para su percepción.

3.2 De otro lado, dado que el modo de explotación, las condiciones técnicas y las políticas públicas relacionadas con el manejo del corredor férreo han venido evolucionando a lo largo del último siglo, sería recomendable también actualizar las normas que regulan la materia, en particular lo relativo a las competencias de vigilancia y administración de dicho corredor y a la expedición de los respectivos permisos de cruce. Por lo menos, las normas legales de las cuales se desprende la necesidad de obtener dicho permiso de cruce, podrían ser objeto de desarrollo con fines de actualización a través de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

En ese sentido, a la Sala le preocupa particularmente que en el proceso de transformación y evolución de las entidades que en su momento tuvieron asignadas esas funciones, las respectivas competencias fueron diluyéndose paulatinamente¹⁷⁰, al punto que actualmente ni en cabeza del INVIAS (Decreto 2056/2003) ni del INCO (Decreto 1800 de 2003) existen disposiciones claras y expresas que se refieran en concreto a la administración del corredor férreo y sus anexidades y a los referidos permisos de cruce¹⁷¹, cuestiones que apenas se deducen concatenando normas y apelando a principios y reglas generales de derecho administrativo, tal como se ha evidenciado en el presente concepto. Razón de más para insistir en la necesidad de actualizar la normatividad que rige esta materia y las competencias administrativas de las diferentes autoridades interrelacionadas.

Con base en lo anterior,

169 Al respecto, la doctrina nacional señala que existen ingresos del Estado no derivados de su poder de imperio (ingresos no tributarios), sino de la retribución necesaria por el uso o explotación de bienes o recursos de los cuales es titular el ente público. Véase por ejemplo, PLAZAS Vega, Mauricio. Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario. Tomo II, Temis, 2005, p.6. Igualmente, RESTREPO Juan Camilo. Hacienda Pública, Universidad Externado, 2005, p 175.- En igual sentido RAMIREZ Cardona, Alejandro. Hacienda Pública, 4ª edición, Temis, 1998, p. 204: "Con características de precio, existen determinados ingresos del Estado provenientes más que todo de la explotación de su propio patrimonio, distinto de aquél adscrito a sus empresas industriales y comerciales (...)"

170 Por ejemplo, en el decreto de liquidación de FERROVIAS (D.1791 de 2003) solamente se dispuso a quién se transferirían sus bienes y contratos, pero no quien asumiría sus funciones de administración del corredor férreo.

171 Basta ver, por ejemplo, que para la adopción por el INCO de la Norma Técnica NT-001 (Resolución 366/2006), apenas se invoca genéricamente el Decreto 1800 de 2003 de funcionamiento de esa entidad y su atribución de "realizar actividades necesarias para garantizar la oportuna e idónea ejecución de los contratos a su cargo y para proteger el interés público", lo cual podría ser considerado demasiado genérico en un juicio de legalidad contra dicho acto.

LA SALA RESPONDE:

“1. ¿Cuál es el mecanismo jurídico idóneo que el Instituto Nacional de Concesiones, INCO, debe utilizar para autorizar los permisos de cruce sub-férreo a terceros diferentes del contratista a quien se ha otorgado en concesión la infraestructura de transporte férreo nacional para su rehabilitación, conservación, operación y explotación?”

Los permisos de cruce sub-férreo son actos administrativos y deben instrumentarse como tales.

2. El Instituto Nacional de Concesiones, INCO ¿está facultado legalmente para cobrar al titular del permiso de cruce subférreo algún valor por los derechos del mismo?”

El Instituto Nacional de Concesiones, INCO, no está facultado legalmente para cobrar al titular del permiso de cruce subférreo algún valor por los derechos del mismo.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Augusto Hernández Becerra, Presidente de la Sala, Enrique José Arboleda Perdomo, Consejero. Luís Fernando Álvarez Jaramillo, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Jenny Galindo Huertas, Secretaria de la Sala.

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

Fecha: 04/09/2014

Consejero Ponente: *Augusto Hernández Becerra*

Levantamiento de la reserva mediante auto del 6 de abril de 2015

El Ministro de Hacienda y Crédito Público solicita concepto a la Sala sobre el uso o destino que debe darse a los recursos obtenidos con la enajenación de la participación que en otras empresas tengan las sociedades de economía mixta, particularmente en relación con el porcentaje previsto en los artículos 23 de la Ley 226 de 1995¹⁷² y 2º, numeral 4º de la Ley 549 de 1999¹⁷³.

I. Antecedentes

La consulta hace referencia inicialmente al artículo 60 de la Constitución Política, que ordena al Estado promover, de acuerdo con la ley, el acceso de las personas a la propiedad y dispone que *“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”*.

Anota que dicho canon constitucional fue desarrollado especialmente por la Ley 226 de 1995, cuyo artículo 1º (*“campo de aplicación”*) preceptúa que esa ley se aplica a *“la enajenación, total o parcial, a favor de particulares, de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de propiedad del Estado y, en general, a su participación en el capital social de cualquiera empresa”*.

Mencionatambiénqueelartículo23de laLey226ordenaalGobiernoNacionalinvertir el 10% del producto neto de la enajenación de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, con exclusión de aquellos correspondientes a entidades financieras, en la ejecución de proyectos de desarrollo regional en la misma entidad territorial (departamento o municipio) en la cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones o bonos se enajenan.

Esta norma fue modificada más tarde por el artículo 2º de la Ley 549 de 1999, el cual señaló un conjunto de recursos públicos que se deben destinar a cubrir los pasivos pensionales de las entidades territoriales, e incluyó entre ellos *“el diez*

172 *“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”*.

173 *“Por la cual se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones en materia prestacional”*.

por ciento (10%) de los recursos provenientes de privatizaciones nacionales en los términos del artículo 23 de la Ley 226 de 1995, los cuales se distribuirán por partes iguales entre el municipio, departamento y distrito, si fuere el caso, en el cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen ...” (numeral 4).

Sobre la vigencia e interrelación de ambas disposiciones el Ministro de Hacienda cita el concepto N° 1812 del 23 de abril de 2007, en el cual la Sala de Consulta y Servicio Civil expresó que el artículo 2º, numeral 4 de la Ley 549 de 1999 no derogó el artículo 23 de la Ley 226 sino lo modificó en el sentido de cambiar la destinación de los recursos correspondientes al 10% del producto neto de las privatizaciones. Inicialmente dichos recursos debían invertirse en proyectos de desarrollo regional pero a partir de la entrada en vigencia de la Ley 549 deben utilizarse exclusivamente para cubrir el pasivo pensional de las entidades territoriales (departamentos, municipios y distritos) en las que se realice la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenan. Por esta razón la Sala consideró que el artículo 23 de la Ley 226 de 1995 continuaba vigente con la modificación indicada.

A la luz de estos elementos jurídicos el ministro considera que, aun cuando el artículo 60 de la Carta y la Ley 226 son aplicables a la enajenación de acciones y otras formas de participación que las entidades y los organismos del Estado (incluyendo las sociedades de economía mixta) tengan en el capital de empresas de cualquier tipo, no puede entenderse que los artículos 23 de la citada ley y 2º, numeral 4 de la Ley 549 se apliquen a las sociedades de economía mixta, en cuanto a la obligación de destinar el 10% del producto neto de la enajenación de su participación en el capital de otras empresas, para ayudar a cubrir el pasivo pensional de las entidades territoriales, pues de las normas y los argumentos citados se deduce que el único obligado a realizar tales aportes es la Nación.

Luego de analizar el régimen legal al que están sometidas dichas sociedades, así como algunas normas presupuestales, concluye la consulta que los recursos monetarios que aquellas reciban como pago por la enajenación de las acciones o la participación que tengan en el capital de otra empresa, les *pertenecen exclusivamente a tales compañías* e indirectamente a sus socios, entre los cuales no solamente hay entidades públicas sino también personas naturales y jurídicas privadas, nacionales y extranjeras.

Por tal razón, afirma la consulta, si las sociedades de economía mixta estuvieran obligadas a destinar el 10% del producto neto de las mencionadas operaciones a la financiación de los pasivos pensionales de las entidades territoriales, se estaría decretando en su contra una expropiación sin indemnización previa sin que exista una ley que señale los motivos de utilidad pública o interés social que la justifiquen, todo lo cual resultaría violatorio no solo de la Constitución Política sino también (en el caso de los inversionistas foráneos) de varios tratados internacionales suscritos

por Colombia para proteger la inversión extranjera (incluyendo tratados de libre comercio).

Agrega la consulta que, si pudiera entenderse que dicha obligación legal grava también a las mencionadas sociedades, se presentaría una inexplicable e inadmisiblesuplantación de los órganos de administración de tales compañías, que a la vez representan a sus accionistas, ya que la ley estaría señalando directamente y por encima de la voluntad de esas personas en qué debe invertirse una parte de los recursos obtenidos como resultado de la enajenación de su participación en el capital de otras empresas.

Tampoco podría pensarse, sostiene la consulta, que la obligación de efectuar dichas inversiones o gastos forzosos constituya un tributo a cargo de las sociedades de economía mixta, pues resultaría violatorio de varias normas constitucionales que se refieren a las condiciones mínimas que deben cumplir las imposiciones fiscales y parafiscales que establezca la ley. Dicha medida sería discriminatoria frente a las sociedades de capital enteramente privado, que a pesar de competir con las sociedades de economía mixta, no están obligadas a asumir tales cargas cuando disponen de su participación en otras empresas.

Por estas razones el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como organismo encargado de “*coordinar los procesos de privatización adelantados por las entidades estatales (artículo 7 de la Ley 226) y... administrador del FONPET (artículo 3 Ley 549)...*”, formula la siguiente **PREGUNTA**:

“Dados los argumentos arriba expuestos, ¿de qué manera deben interpretarse los artículos 23 de la Ley 226 de 1995 y 2.4 de la Ley 549 de 1999, respecto del giro al FONPET del 10% del resultado neto de la enajenación que haga una sociedad de economía mixta, directa o indirecta, de acciones de su propiedad?”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Para responder a este interrogante la Sala analizará los siguientes aspectos: (i) La naturaleza jurídica y el régimen legal de las sociedades de economía mixta, y (ii) la interpretación de los artículos 23 de la Ley 226 de 1995 y 2º numeral 4 de la Ley 549 de 1999, en relación con las sociedades de economía mixta.

A. Naturaleza jurídica y régimen legal de las sociedades de economía mixta

La Constitución Política se refiere expresamente a las sociedades de economía mixta en los artículos 150 numeral 7¹⁷⁴, 300¹⁷⁵, 313¹⁷⁶ y transitorio 20,¹⁷⁷ aunque no define su naturaleza jurídica ni el régimen aplicable a dichas entidades, asuntos que corresponden a la ley como pasa a explicarse.

a. Definición. La Ley 489 de 1998¹⁷⁸ consagra, entre otros aspectos, la estructura general de la administración pública nacional y dentro de esta la de la rama ejecutiva del poder público, que incluye en el sector descentralizado a las sociedades de economía mixta (artículos 38 y 68). El artículo 97 las define en los siguientes términos:

“Artículo 97. Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

“Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen.

“Parágrafo. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado”.

El inciso segundo de esta norma condicionaba la categorización de una entidad como “sociedad de economía mixta” al hecho de que la participación estatal en la misma fuera igual o superior al 50% de su capital suscrito y pagado, pero fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-953 de 1999.¹⁷⁹ Sostuvo la corte en dicho fallo:

174 “Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos... y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica;... así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta...”

175 “Artículo 300 (modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo No. 1 de 1996). Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas: (...) 7. Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias... , crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta. (...)”

176 “Artículo 313. Corresponde a los concejos: (...) 6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias... crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.(...)”

177 “Artículo transitorio 20. El Gobierno Nacional, durante el término de dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución y teniendo en cuenta la evaluación y recomendaciones de una Comisión... suprimirá, fusionará o reestructurará las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional...”

178 “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”.

179 Corte Constitucional. Sentencia C-953 del 1 de diciembre de 1999. Expedientes Nos. D-2521, D-2525, D-2540, D-2553 y D-2558.

“4.5. Sentado lo anterior, encuentra la Corte que, efectivamente, como lo asevera el actor y lo afirma el señor Procurador General de la Nación, la Carta Política vigente, en el artículo 150, numeral 7º, atribuye al legislador la facultad de “crear o autorizar la constitución” de “sociedades de economía mixta”, al igual que en los artículos 300 numeral 7º y 313 numeral 6º dispone lo propio con respecto a la creación de este tipo de sociedades del orden departamental y municipal, sin que se hubieren señalado porcentajes mínimos de participación de los entes estatales en la composición del capital de tales sociedades. Ello significa entonces que la existencia de una sociedad de economía mixta tan solo requiere, conforme a la Carta Magna, que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de “mixta” es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares”.

Resulta claro entonces que a partir de dicha sentencia las sociedades de economía mixta son aquellas que crea o autoriza el legislador (en el orden nacional), las asambleas departamentales o los concejos municipales y distritales (en sus respectivos niveles), y cuyo capital se compone de aportes (distintos de inversiones temporales de carácter financiero) efectuados tanto por particulares como por entidades públicas de cualquier tipo, independientemente del porcentaje o grado de participación que el Estado tenga en dicho capital.

b. Creación. En cuanto a su creación varias normas de la Ley 489 reiteran que se requiere autorización de la ley, de las ordenanzas o de los acuerdos municipales o distritales, según el caso (artículos 49, 50, 69, 97 y 98), y el párrafo del artículo 49 precisa que las entidades descentralizadas *indirectas*¹⁸⁰ 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...”*.

c. Forman parte de la administración. Respecto de su ubicación en la administración pública, además de lo dispuesto en las normas constitucionales antes citadas, los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998 disponen que las sociedades de economía mixta forman parte de la rama ejecutiva del poder público, en el sector descentralizado por servicios. Por su parte el artículo 98 estatuye que el acto de constitución de esta clase de entidades debe indicar, entre otros puntos, el carácter nacional, departamental, distrital o municipal de la sociedad, así como su vinculación a un determinado organismo, para efectos del control administrativo por parte del sector central. En el mismo sentido el artículo 50 de la citada ley especifica que dichas sociedades estarán vinculadas a ministerios o a departamentos administrativos.

180 Es decir, aquellas constituidas por otras entidades descentralizadas.

d. Régimen legal. En relación con el régimen legal aplicable a la organización y funcionamiento de estas sociedades, el artículo 97 de la Ley 489 las somete al derecho privado, como regla general, y el inciso final del artículo 85 preceptúa que a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta les serán aplicables, en lo pertinente, los artículos 19, numerales 2º, 4º, 5º, 6º, 12º, 13º y 17º; 27, numerales 2º, 3º, 4º, 5º y 7º, y 183 de la Ley 142 de 1994¹⁸¹.

Por su parte el párrafo primero del artículo 38 de la Ley 489 estatuye que las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea una participación igual o superior al 90% del capital se sujetarán al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. En similar sentido el párrafo del artículo 97 se refiere al régimen “*de las actividades y de los servidores*” de estas entidades.

e. Régimen contractual. En lo que concierne a la contratación es necesario recordar que el artículo 2º de la Ley 80 de 1993¹⁸² incluyó en la definición de “entidades estatales”, que están sometidas a las normas de dicho estatuto, a las sociedades de economía mixta “*en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%)*”, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-629 de 2003¹⁸³.

Sin embargo el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007¹⁸⁴, modificado por el 93 de la Ley 1474 de 2011¹⁸⁵, dispuso que “*...las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley*”. El citado artículo 13 preceptúa que las entidades del Estado que cuenten con un régimen contractual distinto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deberán aplicar, en todo caso, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución, según el caso, y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

f. Régimen patrimonial y financiero. En relación con los aspectos patrimonial y financiero el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 dispone que las sociedades de

181 “*Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*”. Las normas citadas contienen algunas reglas especiales para las empresas de servicios públicos, frente al régimen general y común de las sociedades.

182 “*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”.

183 Corte Constitucional. Sentencia C-629 del 29 de julio de 2003, expediente D-4448.

184 “*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*”.

185 “*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*”.

economía mixta, al igual que las otras entidades descentralizadas, tienen personería jurídica y gozan de autonomía administrativa y patrimonio propio.

Además, según el Estatuto Orgánico del Presupuesto, integrado principalmente por las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, y compilado en el Decreto 111 de 1996, el presupuesto general de la Nación no incluye a las sociedades de economía mixta¹⁸⁶, aunque el mismo estatuto advierte que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con participación estatal igual o superior al 90% estarán sometidas a los principios generales que dicho estatuto consagra, con excepción del de inembargabilidad (artículo 96)¹⁸⁷, así como a las normas que particular y expresamente se refieran a dichas entidades (artículo 3°).

El artículo 11 de dicho estatuto dispone que el presupuesto de rentas incluye, entre otros ingresos, los “*recursos de capital*”, dentro de los cuales aparece, según el artículo 31 del mismo estatuto, “***el excedente financiero de los establecimientos públicos del orden nacional, y de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la Ley les otorga...***”. (Resalta la Sala).

Finalmente, el artículo 97 del Decreto 111 de 1996 estatuye que “*las utilidades de las... sociedades de economía mixta del orden nacional, son de propiedad de la Nación en la cuantía que corresponda a las entidades nacionales por su participación en el capital de la empresa*”. (Subraya la Sala).

g. Resumen. Con fundamento en las disposiciones constitucionales y legales citadas, la jurisprudencia y la doctrina han identificado las características más importantes de las sociedades de economía mixta, que se sintetizan así:

(i) Su creación debe ser ordenada o autorizada por la ley, cuando se trate de sociedades del orden nacional, o por las ordenanzas departamentales o los acuerdos municipales o distritales, en los casos de sociedades de estos niveles de la administración.

(ii) Su objeto consiste en la realización de actividades industriales o comerciales. Por tal razón se trata de sociedades comerciales que deben constituirse mediante la celebración de un contrato de sociedad y el cumplimiento de los trámites y requisitos previstos en el Código de Comercio, según el tipo de sociedad de que se trate.

¹⁸⁶ Conforme al artículo 3° del Decreto 111 de 1996, el Estatuto Orgánico del Presupuesto consta de dos niveles: (i) el presupuesto general de la Nación y (ii) la fijación de metas financieras para todo el sector público y la distribución de los excedentes financieros de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de aquellas. El presupuesto general de la Nación, por su parte, está conformado por “el presupuesto nacional” y el de los establecimientos públicos del orden nacional. El “presupuesto nacional” incluye los presupuestos de las Ramas Legislativa y Judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la organización electoral y la Rama Ejecutiva del nivel nacional, con excepción de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

¹⁸⁷ Es decir, los principios de planificación, anualidad, universalidad, unidad de caja, programación integral, especialización, coherencia macroeconómica y homeostasis, previstos en los artículos 12 y siguientes del Estatuto.

(iii) Su capital está conformado por aportes de particulares y de la Nación o de otras entidades públicas de cualquier clase, siempre que no se trate de meras inversiones financieras de carácter transitorio (o de tesorería).

(iv) Son entidades descentralizadas por servicios, vinculadas a la Rama Ejecutiva del poder público en los órdenes nacional, departamental, distrital o municipal, motivo por el cual forman parte de la administración pública.

(v) Están dotadas de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, por lo cual sus activos y rentas no forman parte del presupuesto general de la Nación. Sin perjuicio de lo anterior, sus excedentes o utilidades constituyen “recursos de capital” para la Nación, en la proporción que corresponda a esta dentro del capital de dichas compañías.

(vi) Deben estar vinculadas a un ministerio o departamento administrativo (en el orden nacional).

(vii) En su organización, funcionamiento y actividad están sometidas al derecho privado, con excepción de aquellos aspectos a los cuales se apliquen principios y reglas de derecho público, por disponerlo así expresamente la Constitución o la ley. Adicionalmente, aquellas sociedades que tengan una participación estatal igual o superior al 90% están sometidas al mismo régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.

B. Los artículos 23 de la Ley 226 de 1995 y 2º numeral 4 de la Ley 549 de 1999

El artículo 23 de la Ley 226 de 1995 dispuso:

“Artículo 23. El 10% del producto neto de la enajenación de las acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, con exclusión de las correspondientes a las entidades financieras, se invertirá, por parte del Gobierno, en la ejecución de proyectos de desarrollo regional en la misma entidad territorial, departamental o distrital en la cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen”. (Subraya la Sala).

Años después el artículo 2º de la Ley 549 de 1999 estatuyó:

“Artículo 2º. Recursos para el pago de los pasivos pensionales. Se destinarán a cubrir los pasivos pensionales los siguientes recursos: (...)

4. El diez por ciento (10%) de los recursos provenientes de privatizaciones nacionales en los términos del artículo 23 de la Ley 226 de 1995, los cuales se distribuirán por partes iguales entre el municipio, departamento y distrito, si fuere el caso, en el cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen. (...)” (Resalta la Sala).

En punto a la vigencia e interpretación de tales disposiciones la Sala de Consulta y Servicio Civil manifestó en el concepto N° 1812 de 2007¹⁸⁸:

“Es claro que entre las normas que vienen de copiarse¹⁸⁹ existen diferencias fundamentales, por lo que es fácil pensar que la segunda, por ser posterior, derogó la dictada en 1995. Sin embargo, dado que en la segunda se hace una remisión a la primera de las transcritas, se evidencia una clara decisión del legislador de mantener vigente, al menos parcialmente la primera de ellas, y por lo mismo que su voluntad se limitó a establecer algunas modificaciones a lo existente, sin que implique su total sustitución. Como lo expone la solicitud de consulta... de la exposición de motivos para el primer debate, del proyecto de ley 62 de 1999, Senado, se lee que solamente se buscaba cambiarle la destinación de los recursos de que trata el artículo 23, de manera que en vez de invertirlos en proyectos de desarrollo regional, sirvieran para financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, conservando la definición de tales recursos, para lo cual utilizó la expresión en los términos del artículo 23 de la Ley 226 de 1995...” (Se subraya).

Esta posición fue ratificada por la misma Sala en el concepto N° 2002 de 2010¹⁹⁰. Es claro por tanto que el artículo 23 de la Ley 226 continúa vigente, con las modificaciones efectuadas por el artículo 2° numeral 4 de la Ley 549. Ahora bien, la consulta versa principalmente sobre la aplicación de dichos preceptos legales a las sociedades de economía mixta, mas no cuando la Nación u otra entidad pública enajene la participación que tenga en una sociedad de esta clase, sino *cuando una sociedad de economía mixta decida enajenar la participación que tenga en el capital de otra empresa*, esto es, cuando aquella sociedad sea la inversionista.

En este sentido se pregunta si un porcentaje equivalente al diez por ciento (10%) del producto neto de lo que reciba una sociedad de economía mixta, como precio o contraprestación por la enajenación de su participación en una empresa, debe ser entregado obligatoriamente al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales – FONPET, creado por la Ley 549 de 1999, para contribuir a la financiación del pasivo pensional de dichas entidades.

Surge, por lo tanto, una primera inquietud que es necesario despejar para responder la consulta: si las ventas y otras formas de enajenación de su participación en el capital de cualquier empresa, que las sociedades de economía mixta realicen en favor de particulares, constituyen una “privatización” que se encuentre sujeta, por lo tanto, a lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Política y en la Ley 226 de 1995.

a. Las sociedades de economía mixta forman parte del Estado. Habiéndose establecido que las sociedades de economía mixta son entidades públicas

188 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 1812 del 23 de abril de 2007. Rad. N° 11001-03-06-000-2007-00017-00.

189 Se refería a los artículos 23 de la Ley 226 de 1995 y 2°, numeral 4° de la Ley 549 de 1999.

190 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 2002 del 7 de octubre de 2010. Rad. N° 11001-03-06-000-2010-00051-00.

descentralizadas y que por tanto forman parte de la Rama Ejecutiva del poder público, es claro que a esas sociedades, como parte que son del Estado, se les aplican los mandatos contenidos en el artículo 60 de la Constitución Política y en la Ley 226, cuando pretendan enajenar la participación que tengan en el capital de cualquier empresa.

En efecto, cuando el artículo 60 de la Carta ordena al Estado promover el acceso de las personas a la propiedad, así como tomar las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones y ofrecer a sus trabajadores y a las organizaciones solidarias y de trabajadores condiciones especiales para acceder a la propiedad accionaria, es evidente que se refiere no solamente a la Nación sino a todas las entidades y organismos que conforman el Estado en todos sus niveles territoriales.

Así lo ha entendido el propio legislador, como puede apreciarse en el artículo 1º de la Ley 226 (“*campo de aplicación*”), cuyo inciso segundo estatuye: “*La titularidad de la participación estatal está determinada bien por el hecho de que las acciones o participaciones sociales estén en cabeza de los órganos públicos o de las personas jurídicas de la cual (sic) éstos hagan parte, o bien porque fueron adquiridas con recursos públicos o del Tesoro Público*”. (Se resalta).

Esta conclusión se confirma plenamente al analizar otras disposiciones de la misma ley y de otras normatividades que regulan parcial o sectorialmente el fenómeno de las privatizaciones, o que simplemente se refieren a este para determinados efectos, como las Leyes 142¹⁹¹ y 143 de 1994¹⁹², el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero¹⁹³, el Estatuto Orgánico del Presupuesto¹⁹⁴, la Ley 549 de 1999¹⁹⁵ y la Ley 1450 de 2011¹⁹⁶ entre otras.

Este criterio fue ratificado por la Sala en el concepto N° 1921 de 2008¹⁹⁷, cuando se refirió en particular a la enajenación de la participación de las sociedades de economía mixta en otras empresas. Aunque la consulta formulada en aquella ocasión buscaba determinar si las enajenaciones que hicieran las entidades y organismos públicos a favor de una sociedad de economía mixta, de su participación en el capital de cualquier empresa, estaban comprendidas o no por la excepción consignada en el artículo 20 de la Ley 226 de 1995 (enajenación accionaria “entre órganos estatales”), inquietud que fue resuelta de manera positiva, la Sala aprovechó la ocasión para aclarar que *la posterior enajenación que la sociedad de economía mixta adquirente hiciera*, en favor de particulares, de su participación en

191 Artículo 27.

192 “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”. Los artículos 77 y 78 de dicha ley consagran algunas reglas especiales para la privatización de la participación estatal en empresas del sector eléctrico.

193 Decreto-ley 633 de 1993. Los artículos 303 y siguientes contienen un régimen especial para la enajenación de la participación del Estado en instituciones financieras.

194 Artículo 124.

195 Artículo 2º, numerales 4 y 7.

196 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”. Ver artículos 258, 259 y 260.

197 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 1921 del 23 de septiembre de 2008. Rad. No. 11001-03-06-000-2008-00068-00.

la respectiva empresa, estaba sometida plenamente a las reglas consagradas en el artículo 60 de la Constitución y en la Ley 226. Así lo expresó la Sala en el citado concepto:

“Finalmente, la Sala desea aclarar que las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos mixtas que adquieran acciones del Estado y posteriormente decidan venderlas a personas privadas, deben, en esta eventualidad, seguir el procedimiento establecido en la ley 226 de 1995, pues, de no hacerlo así se estaría creando una modalidad indirecta de transferir acciones del Estado a manos de particulares sin dar cumplimiento al artículo 60 superior y a las disposiciones de dicha ley, eludiendo el derecho de preferencia de los trabajadores y las organizaciones solidarias con lo cual se desvirtuaría la finalidad constitucional de la democratización del capital accionario”. (Resalta la Sala).

b. En el análisis precedente se ha concluido que la transferencia que las sociedades de economía mixta hagan a particulares de su participación en el capital de cualquier empresa constituye una privatización y está sujeta, por lo tanto, a lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Política, en la Ley 226 de 1995 y en las disposiciones especiales que sean aplicables. Procede analizar ahora si las sociedades de economía mixta están obligadas a cumplir lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 226, tal como fue modificado por el artículo 2º numeral 4 de la Ley 549 de 1999.

Inicialmente debe quedar claro que el hecho de que la Ley 226 se aplique a las sociedades de economía mixta y a otro tipo de entidades públicas, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital, no significa necesariamente que todos y cada uno de los artículos de la citada ley se apliquen a dichas entidades, ni tampoco que aquellas disposiciones que rijan tanto para la Nación como para otras entidades públicas, puedan cumplirse por estas últimas de la misma manera. En este sentido el artículo 17 de la Ley 226 preceptúa que *“las entidades territoriales y sus descentralizadas, cuando decidan enajenar la participación de que sean titulares, se regirán por las disposiciones de esta ley, adaptándolas a la organización y condiciones de cada una de estas y aquellas”.* (Resalta la Sala). En cuanto al manejo presupuestal y la destinación de los recursos financieros obtenidos con la privatización, el artículo 4º de la Ley 226 fija la siguiente regla general:

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

Esta norma guarda armonía con las disposiciones del Estatuto Orgánico del Presupuesto conforme a las cuales: (i) los “recursos del balance” forman parte de los “recursos de capital” (artículo 31), y estos a su vez, junto con otros ingresos,

conforman el “Presupuesto de Rentas” (artículo 11), y (ii) “*las rentas que obtenga el Estado, como consecuencia de la enajenación de las acciones, bonos u otros activos, deberán incorporarse en los presupuestos de la Nación o la entidad territorial correspondiente*” (artículo 124).

En otras palabras, los recursos que se obtengan como producto de la enajenación de la participación en el capital de una empresa que tenga cualquier entidad u organismo del Estado, constituyen un ingreso para dicha entidad u organismo y deben *incorporarse a su presupuesto*: el de la Nación, si el enajenante es la Nación o una de sus dependencias; el de la entidad territorial respectiva, si el vendedor es una entidad de esa *clase, o el de la entidad descentralizada* o el organismo de que se trate, si el enajenante es una persona jurídica de este tipo.

Esta conclusión emerge de la interpretación de las normas citadas y de la aplicación de algunos principios, como aquel según el cual lo accesorio (en este caso, el producto de la venta) sigue la suerte de lo principal (la participación en el capital de una empresa), o el principio jurídico de que el dueño de una cosa lo es también de sus frutos. Además, en el caso de las entidades descentralizadas la referida conclusión armoniza con la autonomía financiera, administrativa y patrimonial que la ley reconoce a dichas instituciones.¹⁹⁸

Ahora bien, el mandato legal de invertir el 10% del producto neto de las privatizaciones en el FONPET para ayudar a cubrir el pasivo pensional de las entidades territoriales, según lo dispone el artículo 23 de la Ley 226 de 1995, modificado por el artículo 2º, numeral 4 de la Ley 549 de 1999, es una obligación que el legislador impuso no al Estado en general sino exclusivamente *a la Nación, por intermedio del Gobierno Nacional*, cuando enajene a particulares la participación que tenga en cualquier empresa. Esta conclusión se puede colegir, además, de varios elementos semánticos e históricos relacionados con las normas citadas.

En efecto, el artículo 23 de la Ley 226 establece que el 10% del producto neto de la enajenación de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones se invertirá “*por parte del Gobierno*” en proyectos de desarrollo regional. Por su parte el numeral 4 del artículo 2º de la Ley 549 hace alusión a los recursos provenientes de “*privatizaciones nacionales en los términos del artículo 23 de la Ley 226 de 1995*” (se subraya), con lo cual es claro que el propio legislador interpretó que las privatizaciones a las cuales se refiere el artículo 23 de la ley 226 son *las nacionales*, por lo cual su producto debe ser invertido por el Gobierno Nacional.

Tal conclusión aparece ratificada en otras partes del mismo artículo 2º de la Ley 549 de 1999, pues el numeral 7 dispone que también deberá destinarse a financiar las obligaciones pensionales de las entidades territoriales, “*el 15% de los ingresos producto de la enajenación al sector privado de acciones o activos de las entidades territoriales*”. Lo anterior significa que cuando se trate de “*privatizaciones nacionales*”, debe destinarse a esta finalidad el 10% del producto neto recibido

¹⁹⁸ V. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 1374 del 4 de octubre de 2001.

por la enajenación, el cual ha de repartirse “*por partes iguales entre el municipio, departamento y distrito, si fuere el caso, en el cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen*” (numeral 4), pero si se trata de privatizaciones realizadas por las entidades territoriales, el porcentaje que debe utilizarse para este mismo fin asciende al 15% (numeral 7) y beneficia exclusivamente a la respectiva entidad territorial.

El análisis anterior permite descartar de plano que las privatizaciones que realicen **sociedades de economía mixta del orden departamental, distrital y municipal**, generen para ellas la obligación de aportar al financiamiento del pasivo pensional de las entidades territoriales el 10% del producto neto de la respectiva enajenación, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 2º numeral 4 de la Ley 549, pues resulta evidente que tales privatizaciones no son “nacionales”.

Queda por examinar si las privatizaciones que ejecuten las sociedades de economía mixta *del orden nacional* generan o no dicha obligación, pues la expresión “*privatizaciones nacionales*”, usada por la citada norma, podría entenderse de dos (2) maneras distintas: (i) como privatizaciones efectuadas por la Nación, o (ii) como privatizaciones efectuadas por la Nación y por las entidades y organismos públicos del orden nacional.

Para superar esta disyuntiva es necesario estudiar los antecedentes de la Ley 549 de 1999. En la exposición de motivos del proyecto de ley número 62 de 1999, que el Gobierno Nacional presentó ante el Senado de la República y que se convirtió después en la Ley 549, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público explicó que las razones principales que llevaban al Gobierno a proponer dicha iniciativa consistían, de una parte, en la necesidad de garantizar la estabilidad macroeconómica del Estado, que estaba seriamente amenazada por el creciente pasivo pensional de las entidades territoriales y la falta o escasez de reservas financieras constituidas por tales entidades, y de otra parte, en el deber de asegurar el pago de las obligaciones de las entidades territoriales con los pensionados actuales y futuros, en desarrollo del mandato que el artículo 48 de la Constitución Política impone al Estado en materia de seguridad social. Los siguientes apartes de la exposición de motivos son en este sentido muy ilustrativos:

“Cubrimiento del pasivo pensional de las entidades territoriales y creación del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales. (...) El proyecto de ley que se somete a consideración del honorable Congreso prevé la destinación de una serie de recursos para generar las reservas y cubrir las obligaciones pensionales en un plazo máximo de treinta años. Dichos recursos son tanto de carácter territorial como de carácter nacional. En cuanto a las entidades territoriales, es importante destacar que el proyecto no implica privarlas de determinados recursos que les corresponden, sino de orientar algunos de ellos a la financiación de su pasivo pensional con el apoyo de la Nación. (...)

“Para preservar el destino de los recursos y asegurar una correcta administración, el fondo estará vinculado al Ministerio de Hacienda... Este fondo estará subdividido

en cuentas, en las cuales se administrarán los recursos correspondientes de cada una de las entidades territoriales, con lo cual se preserva la titularidad de los mismos, pues el proyecto como ya se dijo, no priva a las entidades de sus recursos propios y, por el contrario, prevé la asignación de recursos nacionales, como es el caso de los provenientes de las privatizaciones, de los de extinción de dominio a favor de la Nación y de los correspondientes al Loto nacional...” (Se subraya).

Más adelante, al explicar cada una de las fuentes de recursos del FONPET, el mismo documento señala:

“Como fuentes financieras del fondo se prevén las siguientes: (...)

“4. Un 10% de los recursos provenientes de privatizaciones nacionales, que se destinarán a financiar pasivos pensionales en las entidades en las cuales desarrollan su actividad principal las entidades privatizadas. De esta manera se conserva la obligación prevista en la Ley 226 de 1995, pero con un destino específico”. (subraya la Sala).

De los pasajes transcritos se deduce que el propósito central de la Ley 549 fue el de crear un mecanismo de ahorro público, denominado Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET), al cual deben contribuir tanto la Nación como las entidades territoriales, para cubrir financieramente el pago de las obligaciones pensionales a cargo de estas últimas. En este sentido el inciso segundo del artículo 3º (*Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, FONPET*) dispone:

“En todo caso la responsabilidad por los pasivos pensionales territoriales corresponderá a la respectiva entidad territorial. Por consiguiente, el hecho de la creación del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, de la destinación de recursos nacionales para coadyuvar a la financiación de tales pasivos o de que por disposición legal la Nación deba realizar aportes para contribuir al pago de los pasivos pensionales de las entidades del nivel territorial, no implica que esta asuma la responsabilidad por los mismos”. (resalta la Sala).

Es claro, por tanto, que la Ley 549 de 1999 impuso exclusivamente a la Nación y a las entidades territoriales el deber de contribuir al financiamiento del pasivo pensional de estas últimas mediante la destinación del 10% del producto neto de las privatizaciones, y por tanto mal podría asumirse que dicha obligación se extienda a entidades u organismos públicos distintos, como las sociedades de economía mixta.

Nótese, igualmente, que la obligación contenida en el artículo 23 de la Ley 226 recae expresamente en el Gobierno, y que mal podría este disponer de recursos que no son propios ni están incorporados en el presupuesto general de la Nación, como son los provenientes de la enajenación que hagan las sociedades de economía mixta de su participación en el capital de otras empresas. Para ello se requeriría que tales sumas de dinero entraran primero, como un ingreso, al presupuesto nacional, lo cual implicaría, a su vez, que las referidas entidades

descentralizadas tuvieran que transferir esos recursos a la Nación, sacándolos por lo tanto de su patrimonio, obligación que no está prevista en las Leyes 226 de 1995 y 549 de 1999.

Adicionalmente debe recordarse que las sociedades de economía mixta son creadas para realizar actividades industriales o comerciales, generalmente en competencia con el sector privado, lo cual permite deducir: (i) que el financiamiento del pasivo pensional de las entidades territoriales es completamente ajeno al objeto social de tales compañías, las cuales no pueden destinar parte de su patrimonio a dicho fin, a menos, claro está, que se constituya una sociedad de economía mixta con ese objeto específico, y (ii) que si se impusiera a tales entidades descentralizadas la obligación a la cual se refiere este concepto, serían víctimas de una carga discriminatoria en su contra que afectaría su capacidad de competir en el mercado, ya que es evidente que para las sociedades comerciales de capital enteramente privado no surge una obligación semejante cuando enajenen su participación en cualquier empresa.

Las razones expuestas permiten concluir con certeza que las sociedades de economía mixta no están obligadas a efectuar el aporte o inversión previsto en los artículos 23 de la Ley 226 y 2° numeral 4 de la Ley 549 cuando enajenen a particulares su participación en el capital de cualquier empresa. Esta conclusión exime a la Sala de analizar si tal obligación, en el evento de que fuera exigible a dichas sociedades, constituiría una expropiación o un tributo, como se sugiere en la consulta.

Ahora bien, el hecho de que las sociedades de economía mixta no tengan esta obligación, no significa que puedan utilizar los recursos provenientes de las privatizaciones de cualquier forma, o destinarlos a cualquier fin, pues en su condición de entidades públicas, que forman parte del Estado colombiano, están obligadas a velar por la conservación y el uso adecuado y eficiente de tales activos, y deben en particular dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 226 de 1995, que las obliga a invertir dichos recursos en consonancia con lo dispuesto en los planes de desarrollo.

Finalmente observa la Sala que la conclusión a la que se llega en este concepto no afecta lo que podría denominarse el “núcleo esencial” del artículo 60 de la Constitución Política, pues dicho canon se refiere a la obligación del Estado de promover o fomentar el acceso a la propiedad, así como al derecho de preferencia que se otorga a ciertos grupos de personas para adquirir, en condiciones privilegiadas, la participación que el Estado tenga en cualquier empresa y que desee enajenar. Dicha obligación y derecho en nada se ven afectados con lo expuesto, ya que la destinación de los recursos obtenidos con las privatizaciones corresponde a un asunto eminentemente fiscal o hacendístico y se relaciona, en este caso particular, con el deber que compete al Estado de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema general de seguridad social y el pago de las respectivas prestaciones (artículo 48 de la Constitución Política).

Con fundamento en las precedentes consideraciones

LA SALA RESPONDE:

¿De qué manera deben interpretarse los artículos 23 de la Ley 226 de 1995 y 2.4 de la Ley 549 de 1999, respecto del giro al FONPET del 10% del resultado neto de la enajenación que haga una sociedad de economía mixta, directa o indirecta, de acciones de su propiedad?

Conforme a lo establecido en los artículos 23 de la Ley 226 de 1995 y 2° numeral 4 de la Ley 549 de 1999, las sociedades de economía mixta, directas o indirectas, no están obligadas a transferir al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET), para contribuir a financiar el pasivo pensional de dichas entidades, el 10% del producto neto que obtengan por la enajenación a particulares de su participación en el capital de cualquier empresa.

Remítase al Ministro de Hacienda y Crédito Público 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.

7. La Sociedad Portuaria de Buenaventura como sujeto de control fiscal.

Radicado 2217

Fecha: 11/09/2014

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Levantamiento de la reserva mediante auto del 13 de mayo de 2015

La Contraloría Distrital de Buenaventura – Valle del Cauca pidió a la Auditoría General de la República que solicitara a la Sala de Consulta y Servicio Civil la absoluciónde unos interrogantes en relación con la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., como sujeto de control fiscal. La Auditoría General de la República, a su vez, dirigió la solicitud al Departamento Administrativo de la Función Pública, el cual elevó la consulta ante la Sala, de conformidad con los siguientes:

I. Antecedentes

La Superintendencia General de Puertos y la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. celebraron el Contrato de Concesión n.º 009 de 1994, en virtud del cual se acordó que la Nación entregaría por un término de 20 años las instalaciones y terrenos respectivos a la concesionaria.

La Contraloría Distrital de Buenaventura, con base en normas constitucionales y legales (artículos 267 y 272 de la Constitución Política, el artículo 3 de la Ley 610 de 2000, el artículo 2 de la Ley 42 de 1993 y la Resolución n.º 5544 de 2003 de la Contraloría General de la República), así como también en que el Distrito de Buenaventura es titular del 15% de las acciones de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., expidió la Resolución n.º 050 de 14 de enero de 2014, a través de la cual incluyó como sujeto de control fiscal a la concesionaria.

La Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. solicitó la revocatoria directa de la resolución, para lo cual argumentó que era de carácter particular y que no podía ser incluida en la lista de sujetos de control fiscal. Habida cuenta de lo expuesto, la consulta formula las siguientes **PREGUNTAS**:

¿La Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, en razón a que el 15% de su participación accionaria corresponde al Distrito de Buenaventura, puede ser catalogada como persona de derecho privado que maneja o administra recursos o fondos públicos?

Si la respuesta a la anterior pregunta es afirmativa, ¿tiene competencia la Contraloría Distrital de Buenaventura para ejercer el control fiscal de esta sociedad?

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

A. Problema Jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., puede ser calificada como persona de derecho privado que maneja o administra recursos o fondos públicos y, en tal virtud, si se encuentra sometida al control fiscal de la Contraloría Distrital de Buenaventura y en qué medida.

B. Análisis de la Sala

El estudio que adelantará la Sala tendrá como punto de partida (1) una reflexión sobre la dicotomía entre derecho privado y derecho público, seguido del (2) análisis legal de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., para efectos de establecer su naturaleza y el régimen jurídico al cual se encuentra sujeta. Luego se describirá el tipo societario denominado (3) sociedad de economía mixta, en su condición de género dentro del cual se tipifica la sociedad portuaria regional como una especie y (4) se determinará la pertenencia de tales entidades a la administración o rama ejecutiva del poder público. Con posterioridad, se estudiará la (5) Contraloría General de la República desde una perspectiva histórica y normativa, para finalizar con (6) la conclusión acerca de las actividades de control fiscal que la Contraloría Distrital de Buenaventura puede llevar a cabo en la sociedad portuaria.

1. Derecho privado y derecho público

El derecho privado y el derecho público se han presentado en la dogmática jurídica tradicional como dos términos recíprocamente excluyentes y conjuntamente exhaustivos. Lo primero en tanto que si una figura es de derecho privado no puede ser de derecho público, ni viceversa; lo segundo en la medida en que necesariamente lo jurídico debe tipificarse como derecho privado o derecho público, puesto que de no ser así, no existe. Hace parte de las grandes dicotomías teóricas en las cuales se divide cada campo del saber, como en la política: derecha-izquierda; en economía: liberalismo-intervencionismo; en estética: clasicismo-romanticismo; en filosofía: transcendencia-inmanencia¹⁹⁹.

La división se plantea desde los inicios de la historia del derecho: en dos pasajes idénticos del *Corpus iuris*, Instituciones I.1,4 y Digesto I,1,1,2, se define el derecho público como “lo que se refiere a la condición del Estado romano” (*quod ad statum rei romanae spectat*) y el derecho privado como “lo que atañe a la utilidad del individuo” (*quod ad singulorum utilitatem*).

La diferencia que se plantea no resulta completamente clara, puesto que el concepto mismo del derecho, como complejo de normas que tiene por fin la conservación y el perfeccionamiento de una sociedad, impide que formen parte de él disposiciones absolutamente privadas, desprovistas de interés público y, en sentido contrario, no

¹⁹⁹ N. Bobbio, *Destra e Sinistra*, Donzelli Editore, 1994, p. 31-32.

hay norma implantada en interés público de la cual los particulares no obtengan ventaja, así sea inestimable²⁰⁰. No obstante, Savigny ha procurado zanjar diferencias al concluir que: “lo que distingue profundamente el derecho público del derecho privado es que el uno se ocupa del conjunto, y considera a los individuos como un objeto secundario, y el otro tiene por objeto exclusivo al individuo mismo, y no se ocupa más que de su existencia y de sus diferentes estados.”²⁰¹

Tradicionalmente se ha señalado que existe una preponderancia del primero sobre el segundo, como se extrae claramente de otros fragmentos del *Corpus iuris*: el Digesto 38,2,14 señala que “el derecho público no puede ser modificado por pactos entre privados” (*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*) y, en el mismo sentido, el fragmento 45,50,17 señala que “una convención entre privados no deroga el derecho público” (*privatorum conventio iura publica non derogat*).

La preponderancia del derecho público sobre el derecho privado conserva vigencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico actual, no solo dentro de las inequívocas prescripciones constitucionales –artículo 4 Constitución Política: “La constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se acatarán las disposiciones constitucionales”–, sino en las disposiciones legales, fundamentalmente en los artículos 15 “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia” y 16 del Código Civil “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”. Las sociedades portuarias regionales, en su condición de especie dentro del género de las denominadas sociedades de economía mixta constituyen una figura jurídica en la cual participan capitales privados y públicos, tal y como se analizará posteriormente con detenimiento.

Así, la dicotomía más característica del derecho, es decir, su división entre lo privado y lo público, encuentra en esta modalidad de sociedad un espacio para su desarrollo y superación, al tiempo que significa una fuente de inquietudes jurídicas respecto del alcance de la autonomía particular, representada en la iniciativa empresarial, frente a la restricción que impone la utilidad pública y el interés social, representado por las normas de derecho público.

En otras palabras, en relación con la posibilidad de control fiscal de la actividad de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. por parte de la Contraloría Distrital de Buenaventura, el punto central de la consulta radica en el cuestionamiento básico en estas materias, esto es, si las normas propias del ámbito público han de aplicarse a una sociedad respecto de la cual se establece, desde el momento mismo de su creación, que está sujeta al derecho privado.

200 V. ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de Derecho Romano*, trad. J. Camares, Depalma, 1986, p. 33.

201 F. SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual*, Comares, 2005, p. 12.

2. Régimen jurídico de las sociedades portuarias. El contrato de concesión portuaria. Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A.

La Ley 1 de 1991 “Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones”, incorporó en el ordenamiento jurídico nacional la figura de la Sociedad Portuaria Regional. Hasta entonces los puertos eran gestionados por el Estado a través de la Empresa Puertos de Colombia, creada mediante la Ley 154 de 1959. El Estado, con el propósito de hacer más eficiente el funcionamiento de los puertos nacionales y acercar el país a las realidades económicas que se avizoraban en el año 1991, caracterizadas por la integración, la competitividad y el comercio internacional, abrió el espacio económico y jurídico para la participación de capitales privados y públicos en la constitución y operación de sociedades portuarias regionales, las cuales se habrían de encargar de la administración de los puertos.

La concesión fue la vía mediante la cual el Estado y las sociedades portuarias regionales establecieron sus vínculos para la operación de los puertos, en tanto que “solo las sociedades portuarias podrán ser titulares de concesiones portuarias” (artículo 6). La Ley 1 de 1991 definió la concesión portuaria como un contrato de índole estatal a través del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, concedía a una sociedad portuaria el derecho para ocupar y utilizar, de manera temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias para la construcción y operación de un puerto. A cambio de esta concesión, la Nación y los municipios o distritos donde operan los puertos reciben una contraprestación (artículo 5.2).

Así, la Ley 1 de 1991 autorizó a la Nación y a sus entidades descentralizadas a constituir sociedades portuarias en cada uno de los municipios o distritos donde la Empresa Puertos de Colombia tenía puertos, e indicó: “La Nación invitará públicamente a las entidades territoriales y a los empresarios privados a participar en la constitución de tales sociedades” (artículo 34).

Las sociedades portuarias son sociedades anónimas con capital privado, público o mixto, cuyo objeto social comprende la inversión en construcción, mantenimiento y administración de puertos, así como también la prestación de “servicios de cargue y descargue, almacenamiento en puertos y otros servicios directamente relacionados con la actividad portuaria” (artículo 5.20).

Se clasifican en función de la participación del Estado en su capital, en “sociedad portuaria oficial: aquella cuyo capital pertenece en más del 50% a entidades públicas” (artículo 5.21) y “sociedad portuaria particular: aquella cuyo capital pertenece en más del 50% a personas privadas” (artículo 5.22). El régimen jurídico al cual se encuentran sometidas está constituido por las normas del Código de Comercio, la Ley 1 de 1991 y por las disposiciones concordantes, es decir, las sociedades portuarias, sus actos y contratos, independientemente de la naturaleza de estos últimos y del porcentaje de los aportes públicos, se rigen “exclusivamente por las reglas del derecho privado” (artículo 31).

El Decreto 2910 de 1991 “Por el cual se dictan normas especiales para la formación de las Sociedades Portuarias Regionales” definió aspectos de la mayor importancia sobre el particular, entre otras cosas, que estas sociedades: (i) estarían ubicadas en Tumaco, Buenaventura, Cartagena, Barranquilla y Santa Marta (artículo 1); (ii) se regirían por las normas de la sociedad anónima comprendidas en el Código de Comercio (artículo 3); (iii) sus actos y contratos se someterían exclusivamente al derecho privado (artículo 4); (iv) quedarían sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades (artículo 8).

En relación con la vigilancia de la Contraloría, cuestión de la mayor importancia para la absolución de las preguntas planteadas en la consulta, expresó que en aquellas sociedades en las cuales el Estado fuera el titular del 50% o más del capital, se ejercería de la misma forma como se hace en las empresas industriales y comerciales del Estado; cuando la participación fuera menor al porcentaje referido, “la vigilancia fiscal de la Contraloría sólo se extenderá sobre las acciones de las entidades públicas y sobre los dividendos que perciban por virtud de su aporte” (artículo 7).

De acuerdo con lo dispuesto en las normas referidas, la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. se constituyó a través de la escritura pública n.º 3306 del 21 de diciembre de 1993 de la Notaría Segunda de Buenaventura²⁰². En sus estatutos sociales se advierte:

Artículo 1.- Se trata de una sociedad portuaria particular, anónima, de nacionalidad colombiana. La compañía se regirá por las disposiciones establecidas para las sociedades anónimas en el Código de Comercio, por la Ley 222 de 1.995, por la Ley 01 de 1.991, por el Decreto 2910 de 1.991, y demás leyes vigentes, y por los presentes estatutos. Los actos y contratos de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. se regirán exclusivamente por las reglas de derecho privado. La Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. está sometida a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, con el fin de que en su funcionamiento se ajuste a las leyes comerciales y a los presentes estatutos, y a la vigilancia de la Superintendencia General de Puertos para verificar el cumplimiento de las leyes y los actos administrativos dictados especialmente para las sociedades portuarias. También está sujeta a la vigilancia fiscal de la Contraloría General de la República pero únicamente en relación con las acciones de las entidades públicas y sobre los dividendos que éstas perciban en virtud de sus aportes.

En el contrato de concesión n.º 009 de 1994, celebrado el 21 de febrero de 1994 entre la Superintendencia General de Puertos y la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., de manera expresa, se calificó a esta última como una sociedad de economía mixta. La Corte Constitucional, a través de la sentencia T-083 de 2010 concluyó que la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. encuadraba en esa naturaleza jurídica. Otras sociedades portuarias regionales, como la de Santa Marta, de manera expresa, en sus estatutos sociales, indican que son sociedades de

²⁰² <http://www.sprbun.com/informacion-corporativa>, consultado el 15 de agosto de 2014

economía mixta²⁰³. La Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. se define como una sociedad de economía mixta, cuyo capital social está integrado por una participación del 83% de empresarios privados, 15% del Distrito de Buenaventura y el 2% del Ministerio de Transporte²⁰⁴.

Es necesario advertir que de acuerdo con la nomenclatura propia de la Ley 1 de 1991, en atención a su composición accionaria, la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. sería una “sociedad portuaria particular”, categoría única en nuestro ordenamiento jurídico, que al ser tipificada de acuerdo con los estándares legales, tanto del derecho privado –Código de Comercio– como del derecho público –Decreto 1050 de 1969, Decreto 3130 de 1968, Decreto 170 de 1976 y Ley 489 de 1998–, corresponde a la de sociedad de economía mixta.

Así, en atención a lo expuesto hasta el momento, la Sala concluye, teniendo en consideración la composición del capital social, la actividad industrial o comercial que desempeña y especialmente el origen legal de su creación, que la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. es una sociedad de economía mixta.

3. Sociedades de economía mixta

Con anterioridad se advirtió que las sociedades de economía mixta constituyen una figura jurídica societaria con aportes privados y públicos y, en consecuencia, un espacio de encuentro y de superación de la dicotomía entre el derecho privado y el derecho público. En el ámbito del derecho comparado, las sociedades de economía mixta tuvieron su origen dentro del derecho continental europeo, *civil law*, especialmente en Francia, Bélgica (*societe d'economie mixte*), Alemania (*gemischte Wirtschaft*) e Italia (*società di economia mista*), en las cuales se intentó conciliar, desde los inicios del siglo XX, el liberalismo y el socialismo en el Estado, mediante la aproximación del interés público y de los intereses particulares²⁰⁵.

En Francia se expidieron leyes para la creación de sociedades de economía mixta de diferente índole: para la explotación de energía hidráulica (Ley de 16 de octubre de 1919); transporte de energía eléctrica (Ley del 11 de agosto de 1920 y del 19 de julio de 1922); creación de la Compañía general de la navegación del Rin (Decreto del 25 de marzo de 1924); creación de la Sociedad nacional de investigación para el tratamiento de los combustibles (estatutos del 21 de mayo de 1924), entre otras²⁰⁶.

En Italia, las sociedades de economía mixta hacen parte del género de las sociedades con participación pública (*Società a partecipazione pubblica*), las cuales comprenden cualquier modalidad de intervención del Estado en el sector empresarial. Se habla de sociedades de economía mixta, tal y como ocurre en

203 www.spsm.com.co/Empresa/EstautosActualizadoshastafebrerode2013, consultado el 15 de agosto de 2014.

204 www.sprbun.com/informacion-corporativa/corporativa/historia.php, consultado el 15 de agosto de 2014.

205 J. SAN ROMÁN (1948). *Economía mixta*. Revista de Economía y Estadística, Segunda Época, Vol. 1, No. 2-3- 4 : 2º, 3º y 4º Trimestre, pp. 337-386, en <http://www.revistas.unc.edu.ar/index.php/REyE/article/viewFile/4392/4849> consultado el 16 de septiembre de 2014.

206 G. Ripert, R. Roblot, *Traite de Droit Commercial*, Tome 1, 14ª Edition, LGDJ, p. 1248.

Colombia, cuando el capital social comprende participación del Estado y de los particulares, independientemente de que sea mayoritaria o minoritaria, y se someten al derecho privado en cuanto a su organización y a los regímenes contractuales con base en los cuales se relacionan con terceros²⁰⁷. Esta modalidad de participación del Estado en la economía tuvo lugar en las primeras décadas del siglo XX como consecuencia de la industrialización del país y de la necesidad de proteger el sector frente a la crisis financiera de 1929²⁰⁸.

En Colombia, el Decreto 1050 de 1968 dispuso que las sociedades de economía mixta “están vinculadas a la administración y sujetas a su orientación, coordinación y control, en los términos de las leyes y estatutos que las rijan” (parágrafo, artículo 1). Se definieron como “organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley” (artículo 8, inciso 1). En relación con la vigilancia que sobre ellas se ejercía, se ordenaba que “*el grado de tutela y, en general, las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades se determinan en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social*”.

En el Decreto 3130 de 1968 se aprecia que las sociedades de economía mixta hacen parte de la estructura del Estado bajo el título de entidades descentralizadas (artículo 1). Al respecto dispuso que: (i) se aplicaría el régimen previsto a las empresas industriales y comerciales del Estado cuando la participación estatal fuera del 90% o más del capital social de la sociedad (artículo 3); (ii) en aquellos casos en los cuales las entidades públicas adquirieran participaciones en personas jurídicas de derecho privado, se procedería con las reformas estatutarias necesarias para adaptarlas a los decretos 1050 y 3130 de 1968 (artículo 4); (iii) eran aplicables las reglas del derecho privado a sus actos y contratos (artículos 31 y 34); (iv) el control fiscal de los organismos descentralizados correspondía ejercerlo a la Contraloría General de la Nación (artículo 41).

El Código de Comercio en 1971 tipificó estas sociedades, de conformidad con las siguientes características: (i) “son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado” (artículo 461); (ii) donde los aportes estatales podrán ser realizados por parte de “la Nación o las entidades territoriales o los organismos descentralizados de las mismas personas” (artículo 467) y (iii) podrán consistir en ventajas financieras o fiscales, suscripción de bonos que la sociedad emita, auxilios especiales, entre otros (artículo 463).

El Código de Comercio también precisó que: (iv) esta modalidad de sociedad está sujeta a las reglas del derecho privado, salvo disposición en contrario (artículo 461), (v) en el acto de constitución correspondiente se señalará el carácter nacional o

207 <http://www.treccani.it/enciclopedia/societa-a-partecipazione-pubblica/>, consultado 16 de septiembre de 2014.

208 G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e Amministrativizzazione*, en http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2012/09/Urbano_societa_publiche_amministrativizzazione.pdf, consultado 16 de septiembre de 2014.

territorial de la entidad y “su vinculación a los distintos organismos administrativos, para efectos de la tutela que debe ejercerse sobre la misma” (artículo 462) y (vi) cuando quiera que los aportes estatales sean del noventa por ciento (90%) o más del capital social, estas sociedades están sometidas a la normatividad propia de las empresas industriales y comerciales del Estado (artículo 464).

Con posterioridad, se expidió el Decreto 130 de 1976 “Por el cual se dictan normas sobre sociedades de economía mixta”, el cual indicó que: (i) las sociedades de economía mixta eran de carácter nacional cuando uno de sus socios fuera la Nación o una de sus entidades descentralizadas (artículo 1); (ii) las sociedades en las cuales el aporte estatal fuera inferior al 90% se someten al derecho privado, salvo las excepciones legales (artículo 2) y (iii) cuando fuere igual o superior a ese porcentaje se tratarán como empresas industriales y comerciales del Estado (artículo 3).

Esta norma también comprendió la posibilidad de que se constituyeran sociedades entre entidades públicas para el desarrollo de actividades de naturaleza industrial o comercial (artículo 4), así como corporaciones y fundaciones sin ánimo de lucro de participación mixta (artículo 6) y de asociaciones entre entidades públicas para la cooperación en el cumplimiento de funciones administrativas o la prestación de servicios (artículo 7).

La Ley 489 de 1998 derogó el Decreto 130 de 1976 y dio tratamiento específico a las sociedades de economía mixta, en disposiciones similares a las del Código de Comercio. En primer término, (i) define las sociedades de economía mixta como “organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial” (artículo 97). En relación con los demás aspectos comprendidos en el Código de Comercio, la Ley 489 de 1998, en forma casi idéntica, prescribe: (ii) los aportes podrán ser realizados por la Nación o las entidades territoriales, esto es departamentos, distritos o municipios (artículo 97); (iii) los aportes podrán consistir en ventajas financieras o fiscales, suscripción de bonos que la sociedad emita, títulos mineros, licencias para la explotación de recursos naturales estatales, entre otros (artículo 100).

En cuanto hace referencia a la legislación aplicable y a los controles que sobre tales sociedades se efectúan: (iv) las sociedades desarrollan sus actividades “conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley” (artículo 97); (v) en el acto de constitución se señalará su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella (artículo 98).

Para terminar (vi) el régimen de las actividades de los servidores de las sociedades de economía mixta, así como las inhabilidades e incompatibilidades de sus representantes legales y miembros de consejos o juntas de dirección, será el de las empresas industriales y comerciales del Estado cuando quiera que la participación accionaria pública sea igual o exceda del noventa por ciento (artículos 97 y 102).

No está de más señalar que la Ley 489 de 1998 también comprende disposiciones sobre otras modalidades asociativas entre particulares y el Estado, como es el caso de las “asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares”, en las cuales, a través de un convenio de asociación o la constitución de una persona jurídica se desarrollan en conjunto las actividades relacionadas con sus cometidos y funciones (artículo 96).

Tampoco sobra hacer referencia a las asociaciones público privadas reguladas en la Ley 1508 de 2012, las cuales comprenden un instrumento de índole contractual en el cual particulares y Estado se ponen de acuerdo para la provisión de bienes públicos y de los servicios que se relacionan con ellos (artículo 1). Ahora bien, ninguna de ellas guarda relación exacta con la figura motivo de la consulta, sino que hacen parte de forma amplia del mismo fenómeno de colaboración entre los particulares y el Estado.

Es evidente que las sociedades portuarias regionales constituyen una especie de las sociedades de economía mixta y que, en consecuencia, para efectos de la gestión fiscal se encuentra sometida a lo que las normas imperativas disponen sobre el particular.

4. Las sociedades de economía mixta como entidades públicas o estatales

El cuestionamiento que la entidad consultante dirige a la Sala, en el sentido de establecer si la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. puede ser calificada como una “persona de derecho privado que maneja o administra recursos o fondos públicos”, encuentra, de conformidad con lo explicado hasta el momento, una respuesta negativa. Tal y como lo expuso la Sala con anterioridad, las sociedades portuarias pueden calificarse de acuerdo con la Ley 1 de 1991 como “oficiales” o “particulares” en función de la composición del capital social; así, serán del primer tipo cuando la participación del Estado en su capital sea superior al cincuenta por ciento (50%) y del segundo cuando el aporte de los particulares sea superior al cincuenta por ciento (50%).

En tal sentido, habida cuenta de que la participación de aportes del Estado no excede el cincuenta por ciento (50%) del capital social de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., se clasificaría dentro de la nomenclatura propia de la Ley 1 de 1991 como una “sociedad portuaria particular”. La Sala advierte, en relación con su denominación de “particular”, que la utilización de este vocablo dentro de la Ley 1 de 1991 no puede llevar a equívocos al intérprete jurídico en el sentido de pretender asemejar, como si fueran de la misma naturaleza, a las “sociedades portuarias particulares”, en las que hay un aporte estatal en el capital social que no excede del cincuenta por ciento (50%), y a las personas jurídicas de derecho privado, en las cuales jamás puede haber aporte alguno del Estado.

En efecto, teniendo en consideración que la Ley 1 de 1991 no es una ínsula dentro de nuestro ordenamiento jurídico, apartada de las demás normas que tratan los asuntos societarios y que prescriben claramente la existencia de la sociedad de economía mixta –en especial, Código de Comercio, Decreto 1050 de 1968, Decreto 3130 de 1968, Decreto 170 de 1976 y Ley 489 de 1998–, la Sala concluye que la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. es una sociedad de economía mixta en atención a la composición del capital social, la actividad industrial o comercial que desempeña y al origen legal de su creación. En ese orden de ideas, la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., no puede ser considerada como persona derecho privado, porque es una sociedad de economía mixta.

La Constitución Política de Colombia define que corresponde al Congreso determinar la estructura de la administración nacional y en tal virtud, a través de las leyes, “crear o autorizar la constitución de empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta” (artículo 150, numeral 7). En el nivel territorial, la Constitución establece que corresponde a las asambleas departamentales, por medio de ordenanzas, “autorizar la formación de sociedades de economía mixta” (artículo 300, numeral 7) y a los concejos municipales, “autorizar la constitución de sociedades de economía mixta” (artículo 313, numeral 6).

En relación con el Congreso, la Corte Constitucional precisó que la ley correspondiente habrá de definir asuntos como “la cuantía de los recursos públicos que se aportarán a la sociedad, su objeto, su domicilio, su duración, la proporción del capital público y privado, lo mismo que el grado de tutela por parte de la administración, y a qué dependencia corresponde ejercerla”. Interpretó también que la ley autoriza la creación de la sociedad, pero no la crea, en tanto que para la creación es indispensable “el contrato de sociedad que se celebra con los particulares, pues sin el aporte de estos no puede hablarse de este tipo de sociedad”²⁰⁹.

La Sala aprecia que las sociedades de economía mixta de índole nacional, departamental o municipal, en forma alguna pueden ser calificadas como personas jurídicas de derecho privado, dado que resulta por completo ajeno a la creación de las personas jurídicas de derecho privado la exigencia, por parte del ordenamiento jurídico, de una ley, ordenanza o acuerdo que de manera expresa y particular autorice su creación o la participación del Estado en tales personas jurídicas para su conversión²¹⁰. No obstante, en atención a que se encuentran sujetas a las normas civiles y comerciales en su administración y actividades tal y como de manera suficiente se ha expuesto a lo largo de este concepto, su calificación categórica como entidades públicas no ha resultado pacífica en el transcurso de su evolución legislativa y jurisprudencial.

209 Corte Constitucional, C-357-1994.

210 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 8 de septiembre de 2011, radicación n.º 2025, C.P. Augusto Hernández.

La jurisprudencia nacional ha enfatizado en que tipificar esta modalidad de sociedad, como privada o pública, entraña una dificultad. Así, desde los primeros años de vigencia de la figura, la Corte Suprema de Justicia consideró:

*No hay duda que esta clase de sociedades no ha encontrado todavía su verdadero sitio en el derecho: las dificultades surgen del propósito buscado no sólo de formar un patrimonio social con aportes estatales y privados, sino de encontrar una colaboración abierta de los dueños de ese patrimonio, el Estado y los particulares, para el logro de beneficios sociales, o sea para llegar a una organización de la economía en la que se armonicen y concilien los intereses privados con los intereses generales o colectivos. Y en una forma más avanzada y más completa encontrar una verdadera transición entre el socialismo de Estado y el viejo liberalismo económico, entre el deber social del poder público y la empresa privada, para aprovechar no solo el capital privado sino la experiencia y la capacidad técnica de los particulares*²¹¹

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en un concepto de 1987²¹², con fundamento en el Decreto 130 de 1976, concluyó que en aquellos casos en los cuales la participación de aportes estatales en el capital de una sociedad de economía mixta fuera inferior al 90%, la sociedad en cuestión no podría ser catalogada como entidad pública (artículo 3). En efecto, prescribe la norma que son entidades públicas “la Nación, las entidades territoriales, los establecimientos públicos, las empresas industriales o comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen previsto para las empresas” (artículo 20), de suerte que cuando no alcanzaba el porcentaje mínimo requerido para recibir el tratamiento de empresa industrial y comercial del Estado, la sociedad de economía mixta no era entidad pública.

Sin embargo, en la actualidad, la Ley 489 de 1998 determina que las sociedades de economía mixta integran el sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional (literal f, numeral 2, artículo 38, artículo 68), lo cual las ubica en la nomenclatura de las entidades públicas o entidades estatales, también aplicable a las del orden territorial, según el parágrafo del artículo 2 ibídem, parágrafo 1 del artículo 68 y artículo 69 ejusdem.

Las normas mencionadas fueron demandadas ante la Corte Constitucional para que se declarara su inexecutable, porque, de conformidad con la argumentación respectiva, el artículo 115 de la Constitución Política no incluía expresamente las sociedades de economía mixta dentro de la rama ejecutiva, y por esta razón no podía hacerlo la Ley 489 de 1998.

La Corte Constitucional, concluyó que la norma se ajustaba a la Constitución Política al precisar que “no hay inconveniente constitucional para considerar que las sociedades de economía mixta, como todas las demás entidades descentralizadas por servicios, según lo ha explicado tradicionalmente la teoría

²¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencia de 27 de febrero de 1975, M.P. Luis Sarmiento Buitrago.

²¹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 24 de noviembre de 1987, rad. n.º 149, C.P. Javier Henao Hidrón.

*administrativa clásica, se “vinculan” a la Rama Ejecutiva del poder público, es decir a la Administración Central*²¹³. En tal sentido, afirmó que los artículos constitucionales que atribuyen al Congreso la facultad de autorizar la creación de las sociedades de economía mixta, hacen referencia a la incorporación a la Rama Ejecutiva Nacional de las entidades así autorizadas, y que, en el caso de las facultades otorgadas a las asambleas departamentales y a los concejos municipales para la autorización de la creación de las sociedades de economía mixta en los órdenes territoriales respectivos, está reconociéndose su facultad de determinar la estructura de la administración.

Es necesario relevar que la Ley 489 de 1998 indicaba que una sociedad comercial solo podría ser calificada como de economía mixta cuando la composición del capital social comprendiera aportes de entidades estatales que fueran iguales o superiores al 50% (artículo 97, inciso 2).

La Corte Constitucional declaró la inexecutable de la norma sobre la base de que la naturaleza jurídica surge de la composición mixta del capital de la sociedad, puesto que si tiene aportes estatales y privados no puede ser sometida a condicionamientos legales de un porcentaje de participación del Estado para acceder a esa calificación. Concluyó la Corte que de no ser así “resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al 50% no sería estatal, ni de particulares, ni “mixta”, sino de una naturaleza diferente, no contemplada en la Constitución”²¹⁴.

Así, en todos los casos se conviene en aceptar que las sociedades de economía mixta no son personas jurídicas de derecho privado, sino que, en el sentido que se ha expuesto, hacen parte del Estado, es decir, son entidades estatales de la Rama Ejecutiva del poder público, con el régimen especial de aplicación del derecho civil y comercial que se ha referido en este concepto²¹⁵.

5. Contraloría General de la República

Con el propósito de analizar el asunto sometido a consideración de la Sala, resulta conveniente analizar la historia de la evolución legislativa de la Contraloría General de la República, en particular, aquello que atañe al control y vigilancia de los recursos públicos que de una forma u otra son gestionados por los particulares.

213 Corte Constitucional, C-736-2007, C-910-2007.

214 Corte Constitucional, C-953-1999.

215 En el mismo orden de ideas y aun cuando no tiene consecuencias en el concepto que rinde la Sala, es oportuno señalar que la Ley 1437 de 2011 contiene una disposición que podría interpretarse como contraria a la conclusión que presenta la Sala. En este concepto se ha indicado que la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta, independientemente del porcentaje de participación estatal, corresponde a la de entidades estatales o públicas, pero en el párrafo del artículo 104 de la norma indicada, se define que “para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública... las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital”. La Sala concluye que la norma no modifica lo que se ha expuesto hasta el momento, en tanto que el párrafo es claro al indicar que tal exigencia de porcentaje de participación en el capital de la sociedad de economía mixta solo se requiere “para los efectos de este Código”, de suerte que no tiene influencia alguna sobre el control fiscal al cual se hallan sometidas, ni la naturaleza propiamente dicha de las sociedades de economía mixta.

5.1. Antes de la Constitución Política de 1991

Para empezar, conviene recordar que en 1923, proveniente de los Estados Unidos de América, vino al país un grupo de expertos en políticas públicas y manejo de los recursos del Estado liderado por Edwin Kemmerer. Sin duda alguna, bajo la influencia de lo que hacía pocos años había sucedido en su país de origen, es decir, la expedición del *Budget and Accounting Act* de 1921, a través del cual se estableció la *Government Accountability Office* bajo la dirección del *Comptroller General of the United States*²¹⁶ la Misión Kemmerer recomendó al Gobierno Nacional la creación del Departamento de Contraloría.

La Ley 42 de 1923 “Sobre reorganización de la contabilidad oficial y creación del Departamento de Contraloría”, se expidió de acuerdo con la asesoría brindada y comprendía la creación del Departamento de Contraloría (artículo 1), el cual estaría a cargo del Contralor General de la República, nombrado por el “Poder Ejecutivo Nacional con la aprobación de la Cámara de Representantes” (artículo 2), por un período de cuatro años (artículo 4). El Contralor tenía bajo su competencia exclusiva “todos los asuntos referentes al examen, glosa y fenecimiento de cuentas de los funcionarios o empleados encargados de recibir, pagar y custodiar fondos o bienes de la Nación” (artículo 6). En concreto, dentro de sus facultades y deberes se encontraban los de revisar y fenecer “las cuentas de todas las personas que manejen caudales del Tesoro Público o bienes nacionales” (artículo 6).

En el ámbito de las entidades territoriales de entonces, es decir, Departamentos, Intendencias y Comisarías, la labor estaba a cargo de las Auditorías Seccionales (artículo 32), las cuales contaban con la atribución de “examinar e inspeccionar las oficinas de toda persona encargada del manejo de caudales o bienes del Gobierno Nacional en la zona que les corresponda” (artículo 33).

Tal y como se puede apreciar, tanto en el nivel central como en el seccional, la Contraloría estaba titulada para examinar, glosar, inspeccionar las cuentas y oficinas de las personas naturales –independientemente de que estuvieran vinculadas o no como funcionarios, encargados o agentes del Estado– o jurídicas que custodiaran o manejaran fondos, caudales o bienes nacionales.

Con posterioridad, la Ley 58 de 1946, indicó que el Contralor General tenía “competencia exclusiva en todos los asuntos referentes al examen, glosa y calificación de cuentas de los funcionarios o empleados, contratistas o agentes del Gobierno encargados de recibir, recaudar, pagar o custodiar fondos o bienes de la Nación” (artículo 1), lo cual implicó que de manera expresa los particulares que contrataran con el Estado fueran sujetos de control fiscal en sus actividades relacionadas con fondos o bienes de la Nación.

Por su parte, la Ley 151 de 1959 “Sobre empresas y establecimientos públicos descentralizados” indicó que la vigilancia de la gestión fiscal de las empresas y

216 www.gao.gov, consultado el 15 de agosto de 2014.

establecimientos públicos descentralizados y de las instituciones y organismos que manejen fondos provenientes de recursos públicos correspondía a la Contraloría General de la República (artículo 2), así como también la de las personas naturales o jurídicas que pudieran tener la administración o explotación de bienes o rentas de la Nación (artículo 3).

La Ley 20 de 1975 “Por la cual se modifican y adicionan las normas orgánicas de la Contraloría General de la República, se fijan sistemas y directrices para el ejercicio del control fiscal y se dictan otras disposiciones”, comprendió disposiciones similares a las que hasta el momento se han referido, dentro de las cuales cabe la pena destacar la norma en la cual se define, desde una perspectiva general, que el Contralor General de la República ejercerá control fiscal “sobre las entidades o personas que a cualquier título reciban, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la Nación” (artículo 2).

Específicamente, la ley prescribe que las sociedades de economía mixta están sometidas a la vigilancia de la Contraloría y que la forma del control fiscal dependerá de la participación del Estado en el capital de la compañía. Así, cuando quiera que sea del 50% o más, se le aplicará idéntico régimen que a las empresas industriales y comerciales del Estado; en aquellos casos en los que sea menor, el Contralor General de la República proveerá una lista a la Asamblea de Accionistas para que esta elija el revisor fiscal, quien tendrá a su cargo la función en los términos en que el Código de Comercio lo dispone para las sociedades anónimas, “sin perjuicio de que el Contralor practique inspecciones en ellas y exija informes al correspondiente auditor o revisor fiscal” (artículo 21).

5.2. A partir de la Constitución Política de 1991

El control que se ejercía bajo las normas referidas era previo y de índole numérico y legal, se limitaba a la verificación de la legalidad de los procedimientos, lo cual cambió con la Constitución Política de 1991, puesto que a partir de entonces, la vigilancia de la gestión de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes públicos es de carácter posterior e incluye un ejercicio de control financiero y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

La Constitución Política de 1991 define que la Contraloría General de la República es un órgano de control, autónomo e independiente (artículos 113 y 117), encargado de “la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración” (artículo 119); tales funciones se ejercen sobre diferentes sujetos, entre ellos, “*los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación*” (artículo 267). En tal sentido, el Contralor General de la República cuenta con la atribución de “exigir informes sobre su gestión fiscal a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación” (artículo 268), así como también cuentan con esta facultad, dentro del ámbito de su jurisdicción, los contralores departamentales, distritales y municipales (artículo 271).

La Ley 42 de 1993, “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, indica que entre los sujetos de control fiscal se encuentran “*las sociedades de economía mixta, las empresas industriales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con estos*” (artículos 2 y 49). El control fiscal se define como una función pública de vigilancia de “*la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles*”, la cual se ejerce por parte de “*la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales*” (artículo 4).

En relación con las sociedades de economía mixta y con aquellas “diferentes a las de economía mixta en que el Estado participe”, la Ley 42 de 1993 señala que la vigilancia de su gestión fiscal por parte de la contraloría “se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 8 de la presente ley” (artículo 21). Respecto de esta norma se hará un análisis detallado con posterioridad.

En el campo específico de la vigilancia sobre los particulares que administran o gestionan recursos públicos, la Ley 42 de 1993 prescribe que: (i) la Contraloría General de la Nación lo practicará sobre la Federación Nacional de Cafeteros en relación con el Fondo Nacional del Café (artículo 27) y (ii) sobre la explotación de los recursos mineros por parte de concesionarios, sin perjuicio de la figura propia que estos utilicen (artículo 30); (iii) respecto de las entidades administradoras de recursos parafiscales estará a cargo de sus propios órganos de control fiscal, de acuerdo con la ley (artículo 28); (iv) acerca de las rentas provenientes de los monopolios de suerte, azar y licores, también se ejercerá el control fiscal por parte de la Contraloría (artículo 29).

Por último, la Ley 610 de 2000 “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, reitera que son sujetos de la gestión fiscal “los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos” (artículo 3).

6. Contraloría Distrital de Buenaventura y vigilancia de la gestión fiscal de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A.

La Contraloría Distrital de Buenaventura expidió la Resolución 050 del 16 de enero de 2014, a través de la cual incluyó a la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. como sujeto sometido a su control fiscal²¹⁷. Invocó para tal efecto a la Constitución Política de Colombia (artículos 267, 268 y 272), la Ley 01 de 1991 (artículo 34), la Ley 42 de 1993 (artículo 2), la Ley 489 de 1998 (artículo 98), la Resolución Orgánica 5544 de 2003 de la Contraloría General de la República

²¹⁷ www.contraloriabuenaventura.gov.co, consultado el 15 de agosto de 2014

(artículo 98) y el Decreto 2910 de 1991 para concluir que “la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. está sujeta a la vigilancia fiscal de la Contraloría Distrital de Buenaventura y, en consecuencia, está obligada a rendir informe, cuenta fiscal y pagar la cuota de fiscalización, de acuerdo con la reglamentación que rija para la materia.”

El pago de la “cuota de fiscalización” lo fundamentó en la Ley 617 de 2000, la cual tenía como propósito fortalecer la descentralización y racionalizar el gasto público nacional. El parágrafo del artículo 11 precisa que “las entidades descentralizadas del orden distrital o municipal deberán pagar una cuota de fiscalización hasta del punto cuatro por ciento (0.4%), calculado sobre el monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad en la vigencia anterior, excluidos los recursos de crédito; los ingresos por la venta de activos fijos; y los activos, inversiones y rentas titularizados, así como el producto de los procesos de titularización”.

La Sala, de acuerdo con lo expuesto hasta ahora y para efectos de responder la consulta, recuerda que la Ley 42 de 1993 dispuso en su artículo 21 que las sociedades de economía mixta, dentro de las cuales se encuentran las sociedades portuarias regionales, están sometidas a la vigilancia de su gestión fiscal por parte de la contraloría “teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 8 de la presente ley”.

Con el propósito de entender el aparte del artículo 21 de la Ley 42 de 1993 que hace referencia a la participación del Estado en el capital de la sociedad, como elemento para determinar en qué forma se adelantará la vigilancia de la gestión fiscal sobre la sociedad de economía mixta, es necesario relevar que el artículo 7 del Decreto 2910 de 1991 indica que en aquellos casos en los cuales el aporte estatal en las sociedades portuarias regionales sea inferior al 50%, “la vigilancia fiscal de la Contraloría sólo se extenderá sobre las acciones de las entidades públicas y sobre los dividendos que perciban por virtud de su aporte”. En idéntico sentido, los estatutos sociales de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., en el artículo 1 disponen que la sociedad “está sujeta a la vigilancia fiscal de la Contraloría General de la República pero únicamente en relación con las acciones de las entidades públicas y sobre los dividendos que estas perciban en virtud de sus aportes”.

El artículo 462 del Código de Comercio indica que dentro del acto de constitución de las sociedades de economía mixta se deberá definir, en observancia de las disposiciones legales, a qué controles se encuentran sometidas, de suerte que lo acordado en el artículo 1 de los estatutos sociales referidos constituye simplemente el cumplimiento de una obligación legal, congruente con el ordenamiento jurídico. En el mismo sentido prescribe el artículo 98 de la Ley 489 de 1998, el cual, si bien es cierto que no estaba vigente en el momento de la constitución de la sociedad que se estudia por parte de la Sala, demuestra una coherencia en las disposiciones sobre el particular.

Incluso, con anterioridad a la Constitución Política de 1991, la Ley 20 de 1975 en su artículo 21 ordenaba que el control fiscal de la Contraloría se restringía en las sociedades de economía mixta con una participación estatal inferior al 50% del capital social, puesto que en tales sociedades habría un revisor fiscal con las funciones propias de las sociedades anónimas.

Tal y como se advirtió anteriormente, la participación estatal en la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. es inferior al 50% del capital social, de suerte que la vigilancia de la Contraloría no se puede extender a la totalidad de su operación, sino que se debe limitar al aporte de Estado y a los dividendos que se generen. Es importante señalar que el artículo 21 de la Ley 42 de 1993, sin hacer diferencia alguna respecto del porcentaje de la participación estatal en la sociedad de economía mixta, dispone que los recursos públicos ahí invertidos, serán manejados de conformidad con los principios establecidos en el artículo 8 de la ley.

Los principios en cuestión corresponden a la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales con los cuales se deben administrar y gestionar los recursos públicos, de cuya aplicación ha de resultar que, en un momento determinado, sea posible concluir: que la asignación de los recursos ha sido la más adecuada para la optimización de resultados; que los bienes y servicios se han obtenido al menor costo en atención a sus condiciones de calidad; que los resultados se han logrado oportunamente en correspondencia con los objetivos y metas planteados; que se han identificado los receptores de la acción económica, con análisis de la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales; que se ha cuantificado el impacto del uso de los recursos naturales y el ambiente, o su deterioro, con la debida gestión para su protección, conservación, uso y explotación (artículo 8).

En modo alguno entiende la Sala que lo anterior constituya una extensión de la actividad de la Contraloría Distrital de Buenaventura sobre todas las actividades de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., puesto que las normas legales y estatutarias han sido claras al limitar la competencia de la referida entidad de control al campo específico de las acciones o aportes del Estado y a sus dividendos. Lo dicho también se predica de la actividad que pudiera realizar la Contraloría General de la República en el supuesto caso de que decidiera ejercer un control fiscal excepcional, en atención a la competencia prevalente que le otorga la Ley 610 de 2000 (artículo 63), en armonía con la Constitución Política (artículo 267). En suma, la Contraloría Distrital de Buenaventura, o la Contraloría General de la República, según lo expuesto, ejercerá el control fiscal respecto de las acciones o aportes de las entidades públicas y los dividendos que perciban por tal concepto.

En el mismo orden de ideas, el imperio de estos principios para la gestión fiscal de la actividad de las sociedades de economía mixta, no significa que la única entidad que los pueda aplicar sea la Contraloría. La Sala considera que los principios mencionados deberán ser aplicados por el revisor fiscal de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., quien, elegido de conformidad con las disposiciones

legales correspondientes a la sociedad anónima, en atención a los estatutos de la sociedad y con las funciones que emergen de tales fuentes, habrá de evaluar el desempeño organizacional, administrativo y de gestión de la sociedad.

Así, la Ley 42 de 1993 indica que el control fiscal de la Contraloría sobre las sociedades de economía mixta se llevará a cabo “sin perjuicio de la revisoría fiscal que, de acuerdo con las normas legales, se ejerza en ellas” (artículo 23); que el informe del revisor fiscal a la asamblea general de accionistas se remitirá a la Contraloría al menos con diez días de anterioridad a la fecha de la reunión y que el revisor deberá presentar la información que solicite el contralor (artículo 24).

En cuanto hace referencia a la competencia para adelantar tales actividades limitadas de vigilancia de la gestión fiscal frente a la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., es decir, si recae sobre la Contraloría General de la República o la Contraloría Distrital de Buenaventura, la Sala concluye que será competente esta última de acuerdo con la Resolución Orgánica 6289 de 2011 de la Contraloría General de la República. En efecto, la norma indica que “cuando en una entidad haya participación de recursos de entes nacionales y territoriales, la vigilancia y control fiscal lo ejercerá la Contraloría del nivel que tenga mayor participación” (artículo 36). En el caso concreto la participación en el capital social del Distrito de Buenaventura es mayor (15%), que la de la Nación-Ministerio de Transporte (2%), lo que fuerza concluir en el sentido indicado.

Finalmente, en el caso concreto se presenta una conjunción de fuentes de derecho privado y derecho público que resulta armónica, puesto que unas y otras reconocen que la vigilancia de la gestión fiscal ha de tener lugar en los términos legales y estatutarios dispuestos, de manera que la función de la Contraloría se circunscribirá en virtud del principio de legalidad a las actividades expresamente encomendadas. No se presenta pues contraposición en las normas de las dos ramas fundamentales del derecho, ni del interés particular de la sociedad con la utilidad pública y el interés social del conglomerado.

LA SALA RESPONDE:

¿La Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, en razón a que el 15% de su participación accionaria corresponde al Distrito de Buenaventura, puede ser catalogada como persona de derecho privado que maneja o administra recursos o fondos públicos?

No. De acuerdo con su composición accionaria, la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. constituye una sociedad de economía mixta, es decir, una modalidad de persona jurídica que hace parte de la Rama Ejecutiva del poder público.

De acuerdo con la nomenclatura propia de la Ley 1 de 1991, su calificación correspondería a una “sociedad portuaria particular” en atención a que el porcentaje de participación estatal en el capital social no excede del cincuenta por ciento

(50%), pero ello no implica que pierda su naturaleza de sociedad de economía mixta, ni que se transforme en una persona de derecho privado. En efecto, la Ley 1 de 1991 no puede interpretarse a través de una separación o escisión de sus artículos respecto del cuerpo íntegro de nuestro ordenamiento jurídico, ni apartarse de las normas que tratan específica y ampliamente los asuntos societarios y que prescriben, sin lugar a dudas, que una sociedad es de economía mixta cuando el capital social se integra por aportes públicos y privados (Código de Comercio, Decreto 1050 de 1968, Decreto 3130 de 1968, Decreto 170 de 1976 y Ley 489 de 1998). Así, la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. es una sociedad de economía mixta, es decir, una figura jurídica de naturaleza *sui generis* en los términos explicados en este concepto, que no puede ser calificada como persona de derecho privado que maneja o administra recursos o fondos públicos.

Si la respuesta a la anterior pregunta es afirmativa, ¿tiene competencia la Contraloría Distrital de Buenaventura para ejercer el control fiscal de esta sociedad?

A pesar de que la respuesta anterior no es afirmativa, la Sala a la vista de la composición del capital social de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. –83% de empresarios privados, 15% del Distrito de Buenaventura y el 2% de la Nación-Ministerio de Transporte– concluye que la vigilancia y el control fiscal se radica en la Contraloría Distrital de Buenaventura, sin perjuicio de la facultad de control prevalente que puede ejercer la Contraloría General de la República, y se limita a las acciones o aportes de las entidades públicas y a los dividendos que perciban por tal concepto. El control que corresponde a la Contraloría Distrital de Buenaventura o a la Contraloría General de la República en el caso en que ejerza su facultad de control prevalente, se contrae a lo establecido por la ley y no se extiende a la totalidad de las actividades de la sociedad cuyo control atañe al revisor fiscal, de conformidad con los estatutos sociales y las normas aplicables.

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.

8. Superintendencia del Subsidio Familiar. Cobro coactivo de multas. Adición – Recursos presupuestales para atender el cobro coactivo.

Radicado 2225

Fecha: 04/12/2014

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Levantamiento de la reserva mediante auto del 21 de julio de 2015

El señor Viceministro de Trabajo, encargado de las funciones del Despacho del Ministro de Trabajo, adiciona la consulta presentada a la Sala sobre la prerrogativa de cobro coactivo prevista en el artículo 98 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011, en relación con las multas que impone la Superintendencia del Subsidio Familiar como autoridad de inspección, control y vigilancia.

I. Antecedentes

La Sala emitió el Concepto 2164 del 5 de junio de 2014, cuya reserva fue levantada por el Ministerio del Trabajo mediante oficio 1365 el 29 de agosto de ese año, oportunidad en la que analizó la facultad de cobro coactivo de las entidades y organismos públicos, las funciones sancionatorias de la Superintendencia del Subsidio Familiar y los gastos de cobranza en el procedimiento de cobro coactivo, entre otros asuntos. En esa ocasión la Sala respondió las preguntas formuladas, así:

“Siendo la Superintendencia del Subsidio Familiar, la entidad que cumple funciones de inspección, vigilancia y control sobre las Cajas de Compensación Familiar es procedente que siga ejerciendo las actividades de cobro coactivo y haga efectivas las sanciones de multa que ella impone a favor del Fondo para el Fomento al Empleo y Protección al Desempleo, que administran estas Corporaciones de Derecho Privado, cuando la Ley 1066 de 2006, señala que la jurisdicción coactiva hoy cobro coactivo es sobre multas o créditos a favor del Estado?”

La Superintendencia del Subsidio Familiar está facultada para seguir ejerciendo la potestad de cobro coactivo sobre los actos administrativos sancionatorios por ella expedidos que presten mérito ejecutivo, de conformidad con los artículos 98 y 99 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 5 de la Ley 1066 de 2006”.

“Si no fuera la Superintendencia del Subsidio Familiar, quien deba adelantar el proceso de cobro coactivo a favor del Fondo para el Fomento al Empleo y Protección al Desempleo, se podría indicar a quien le corresponde hacerlo o debe acudir ante los Jueces de la República?”

Sin perjuicio de la respuesta dada en el punto anterior, el artículo 98 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo deja abierta la opción de acudir a los jueces competentes mediante la vía del proceso ejecutivo para el cobro de las obligaciones que presten mérito ejecutivo contenidas en los actos administrativos sancionatorios por ella expedidos, en concordancia con el artículo 100 de dicho código”.

Con posterioridad a la emisión del citado concepto, el Ministerio del Trabajo adiciona la consulta resuelta por la Sala, previas alusiones a la facultad de cobro coactivo y al procedimiento de cobro, así como el destino de las multas a favor del Fondo para el Fomento al Empleo y Protección al Desempleo. Para el efecto formula la siguiente **PREGUNTA**:

“Siendo la Superintendencia del Subsidio Familiar, entidad que cumple funciones de inspección, vigilancia y control sobre las Cajas de Compensación Familiar, es procedente que siga ejerciendo las actividades de jurisdicción coactiva y sobre las sanciones las sanciones que ella impone a favor del Fondo para el Fomento al Empleo y Protección al Desempleo, que administran estas corporaciones de derecho privado, cuando la Ley 1066 de 2006, señala que la jurisdicción coactiva hoy cobro coactivo es sobre multas o créditos a favor del Estado?

“Ahora bien, si la respuesta es positiva, es decir, si la Superintendencia del Subsidio Familiar debe realizar el cobro coactivo de las sanciones que imponga con destino al FOSFEC, solicitamos nos indiquen si es viable utilizar recursos de la Nación para los procesos de cobro coactivo que son a favor de un tercero y que los valores recuperados no ingresarán al tesoro nacional ni harán parte del presupuesto general de la Nación, pues con los únicos recursos con los que cuenta al Entidad para la defensa del Estado están el rubro Defensa de la Hacienda Pública (Costos judiciales, peritazgos y otros gastos), definidos en el Plan de Cuentas a que se refiere el artículo 5 del Decreto 4836 de 2011...”. (Paréntesis textual, transcripción del artículo 5 del citado decreto, suplida).

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

A. Delimitación de la adición presentada por el Ministerio de Trabajo

De conformidad con los antecedentes referidos en precedencia se establece que la adición solicitada queda reducida al planteamiento contenido en el segundo párrafo de la pregunta arriba transcrita, toda vez que el primer párrafo corresponde esencialmente a la primera de las preguntas formuladas a la Sala en la consulta que se resolvió mediante el Concepto 2164 del 5 de junio de 2014. En este sentido, la Sala se remite en su integridad a la respuesta dada en dicha oportunidad, la cual servirá para atender la solicitud de adición bajo estudio, en los términos que enseguida se exponen.

B. El cobro coactivo de las multas a favor del del Fondo para el Fomento al Empleo y Protección al Desempleo (FOSFEC) es una función propia de la Superintendencia del Subsidio Familiar

En el Concepto 2164 de 2014 la Sala concluyó que a la Superintendencia del Subsidio Familiar se le asignó la función específica de realizar el cobro coactivo de las multas a favor del del Fondo para el Fomento al Empleo y Protección al Desempleo (FOSFEC). Lo anterior en atención a las razones que se resumen a continuación:

1. El artículo 98 del CPACA, en concordancia con el artículo 5 de la Ley 1066 de 2006, evidencian la potestad de cobro coactivo de la Superintendencia del Subsidio Familiar²¹⁸ sobre los actos administrativos por ella expedidos que presten mérito ejecutivo;

2. De los actos administrativos sancionatorios debe distinguirse, por una parte, el vínculo jurídico obligacional que nace de pagar una suma de dinero y, por otra, que el producto de las multas pagadas por los sujetos sancionados por la Superintendencia en cumplimiento de los actos administrativos correspondientes tenga como destino el Fondo para el Fomento al Empleo y Protección al Desempleo.

Así las cosas, materialmente y procesalmente la prerrogativa de cobro coactivo es un *medio* para *hacer efectiva* la multa, o lo que es lo mismo, "*la prestación de lo que se debe*", siendo la prestación debida en el caso de las multas, la suma de dinero a cargo del sujeto vigilado en virtud de la sanción impuesta por esa Superintendencia. Dado que el objeto de la actuación administrativa de cobro es obtener el pago o recaudo de la suma que se debe, una vez ello ocurre culmina la actuación y, por tanto, el destino de los dineros recaudados es una situación ajena al mencionado cobro coactivo, y

3. Por expresa disposición de los numerales 16, 17 y 18 del artículo 24 de la Ley 789 de 2002, las sumas recaudadas por concepto de multas impuestas por la Superintendencia del Subsidio Familiar, bien sea en virtud del cobro coactivo o por los pagos que voluntariamente hagan los sujetos sancionados, deberán dirigirse o girarse a favor del Fondo para el Fomento al Empleo y Protección al Desempleo, beneficiario final de los mismos, por disposición legal, extinguiéndose de esta manera la obligación dineraria cuyo origen es el acto administrativo sancionatorio, según se dijo.

En consecuencia, si bien el producto de las multas pagadas por los sujetos sancionados por la Superintendencia en cumplimiento de los actos administrativos correspondientes tiene como destino el Fondo para el Fomento al Empleo y Protección al Desempleo, tal circunstancia no anota la potestad de cobro coactivo radicada directamente por la ley en esa Superintendencia.

²¹⁸ Según el artículo 7, numeral 9, del Decreto 2595 de 2012, corresponde a la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia del Subsidio Familiar: "Dirigir, coordinar y ejercer la jurisdicción coactiva de la Superintendencia".

C. Los gastos en que incurra la Superintendencia del Subsidio Familiar para el cobro coactivo de multas son gastos de funcionamiento

La actividad presupuestaria del Estado, en cualquiera de sus niveles, se expresa como una asignación de recursos para el cumplimiento de una actividad concreta, en un período de tiempo, a fin de obtener unos resultados concretos (bienes y servicios) para la satisfacción de las necesidades públicas²¹⁹. El Decreto 111 de 1996 “*Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto*”, dispone en su artículo 11 que el presupuesto general de la Nación se compone de las siguientes partes: Presupuesto de rentas, presupuesto de gastos o ley de apropiaciones y disposiciones generales. A su vez, el artículo 36 ibidem establece:

“ARTÍCULO 36. El presupuesto de gastos se compondrá de los gastos de funcionamiento, del servicio de la deuda pública y de los gastos de inversión”.

Por su parte, el Decreto 3036 del 27 de diciembre de 2013 “*Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2014, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos*”, define los gastos de funcionamiento en la siguiente forma:

“Artículo 40.- Las apropiaciones incluidas en el presupuesto para la vigencia fiscal de 2014 se definen en la siguiente forma:

A. FUNCIONAMIENTO. *Son aquellos que tienen por objeto atender las necesidades de los órganos para cumplir a cabalidad con las funciones asignadas en la Constitución Política y la ley.*

1. Gastos de personal

Corresponde a aquellos gastos que debe hacer el Estado como contraprestación de los servicios que recibe sea por una relación laboral o a través de contratos, los cuales se definen como sigue: (...)

2. Gastos Generales

Son los gastos relacionados con la adquisición de bienes y servicios necesarios para que el órgano cumpla con las funciones asignadas por la Constitución Política y la ley; y con el pago de los impuestos y multas a que estén sometidos legalmente...”. (Negrilla textual).

De esta manera, dado que la Superintendencia del Subsidio Familiar tiene asignada la función de cobro coactivo de las multas por ella impuestas y que según el artículo 7, numeral 9, del Decreto 2595 de 2012²²⁰, corresponde a la Oficina Asesora

²¹⁹ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Aspectos Generales del Proceso Presupuestal Colombiano.

²²⁰ “Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia del Subsidio Familiar y se determinan las funciones de sus dependencias”.

Jurídica de esa Autoridad “*Dirigir, coordinar y ejercer la jurisdicción coactiva de la Superintendencia*”, las erogaciones en que incurra por el cumplimiento de dicha actividad son gastos de funcionamiento de la Superintendencia en los términos del Estatuto Orgánico del Presupuesto, dentro de los rubros “*gastos de personal*” o “*gastos generales*”. Lo expuesto es plenamente concordante con el artículo 5 del Decreto 4836 de 2011 “*por el cual se reglamentan normas orgánicas del presupuesto y se modifican los Decretos 115 de 1996, 4730 de 2005, 1957 de 2007 y 2844 de 2010, y se dictan otras disposiciones en la materia*”, que dispone:

“Artículo 5. Registro de Compromisos. *El registro de los compromisos con cargo al Presupuesto General de la Nación correspondiente a las cuentas de Gastos de Personal y Gastos Generales en el Sistema Integrado de Información Financiera SIIF Nación, deberá hacerse de conformidad con el detalle establecido en el plan de cuentas expedido por la Dirección General del Presupuesto Público Nacional”.*

En consecuencia al tratarse de gastos de funcionamiento dentro de los rubros “*gastos de personal*” o “*gastos generales*”, la Superintendencia del Subsidio Familiar deberá registrar el compromiso presupuestal correspondiente de conformidad con el detalle establecido en el plan de cuentas expedido por la Dirección General del Presupuesto Público Nacional.

LA SALA RESPONDE:

“Siendo la Superintendencia del Subsidio Familiar, entidad que cumple funciones de inspección, vigilancia y control sobre las Cajas de Compensación Familiar, es procedente que siga ejerciendo las actividades de jurisdicción coactiva y cobre las sanciones las sanciones que ella impone a favor del Fondo para el Fomento al Empleo y Protección al Desempleo, que administran estas corporaciones de derecho privado, cuando la Ley 1066 de 2006, señala que la jurisdicción coactiva hoy cobro coactivo es sobre multas o créditos a favor del Estado?”

Ahora bien, si la respuesta es positiva, es decir, si la Superintendencia del Subsidio Familiar debe realizar el cobro coactivo de las sanciones que imponga con destino al FOSFEC, solicitamos nos indiquen si es viable utilizar recursos de la Nación para los procesos de cobro coactivo que son a favor de un tercero y que los valores recuperados no ingresarán al tesoro nacional ni harán parte del presupuesto general de la Nación, pues con los únicos recursos con los que cuenta al Entidad para la defensa del Estado están el rubro Defensa de la Hacienda Pública (Costos judiciales, peritazgos y otros gastos), definidos en el Plan de Cuentas a que se refiere el artículo 5 del Decreto 4836 de 2011...”. (Paréntesis textual, transcripción del artículo 5 del citado decreto, suplida).

La Superintendencia del Subsidio Familiar está facultada para seguir ejerciendo la potestad de cobro coactivo sobre los actos administrativos sancionatorios por ella expedidos que presten mérito ejecutivo, de conformidad con los artículos 98 y 99 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en

concordancia con el artículo 5 de la Ley 1066 de 2006. Los gastos en que incurra la Superintendencia del Subsidio Familiar para el cobro coactivo de los actos administrativos sancionatorios por ella expedidos que presten mérito ejecutivo, son gastos de funcionamiento en los términos del Estatuto Orgánico del Presupuesto, dentro de los rubros “*gastos de personal*” o “*gastos generales*”.

Remítase al señor Ministro del Trabajo 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.

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

Fecha: 12/06/2015

Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas (E)

Levantamiento de la reserva mediante oficios de 3 y 11 de agosto de 2015

El Ministro de Hacienda y Crédito Público solicita a la Sala su concepto sobre el alcance y la interpretación del artículo 238 de la Ley 1450 de 2011²²¹ y de los artículos 1° y 8° del Decreto 4054 de 2011²²², en relación con la obligación que tales normas impusieron a las entidades públicas de transferir en forma gratuita a la Central de Inversiones S.A. – CISA - los bienes inmuebles que no requirieran para el cumplimiento de sus funciones, y en particular, sobre la obligación que tuviese el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de transferir a CISA los inmuebles en donde operan las zonas francas industriales de bienes o servicios.

El 6 de noviembre de 2014 se realizó en el Consejo de Estado una audiencia, a la cual asistieron funcionarios del ministerio consultante, del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y de la Central de Inversiones S.A., con el fin de aclarar inquietudes y precisar algunos aspectos relacionados con esta consulta, así como de escuchar directamente la posición de las partes involucradas. En dicha reunión se sugirió presentar a la Sala una solicitud de ampliación de la consulta, en relación con la afectación o no de los inmuebles donde operan las zonas francas al pago de las obligaciones pensionales de los establecimientos públicos que en el pasado operaron esas mismas zonas. Tal solicitud fue presentada en conjunto por la Ministra de Comercio, Industria y Turismo y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, mediante escrito recibido en la Secretaría el 18 de diciembre de 2014.

I. Antecedentes

Como punto de partida el Ministro de Hacienda recuerda que mediante el documento CONPES N° 3493 de 2007, el Gobierno Nacional adoptó una estrategia para la gestión de activos públicos que implicaba convertir a CISA en el único “colector” de dichos bienes, de tal manera que las entidades del Estado debieran transferir a esa sociedad, para su enajenación a otras entidades públicas o su comercialización, los bienes muebles e inmuebles que no necesitaran para el desempeño de sus funciones constitucionales y legales, entre otros activos ociosos o improductivos.

²²¹ “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”.

²²² “Por el cual se reglamentan los artículos 8° de la Ley 708 de 2001 y 238 de la Ley 1450 de 2011 y se dictan otras disposiciones”.

A la luz de dicha estrategia, el artículo 238 (“*movilización de activos*”) del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, contenido en la Ley 1450 de 2011, impuso a todas las entidades públicas del orden nacional, con excepción de las instituciones financieras de carácter estatal, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las entidades en liquidación, la obligación de transferir a CISA “*a título gratuito y mediante acto administrativo, los inmuebles de su propiedad que se encuentren saneados y que no requieran para el cumplimiento de sus funciones, incluidos aquellos que por acto público o privado sean sujetos de una destinación específica y que no estén cumpliendo con tal destinación, para que CISA los transfiera a título gratuito a otras entidades públicas o los comercialice*”.

Agrega el funcionario que esta norma, junto con el artículo 8° de la Ley 708 de 2001²²³, fueron reglamentadas por el Decreto 4054 de 2011. Aunque dicho decreto no se encuentra vigente, al haber sido derogado expresamente por el 47 de 2014²²⁴, consagraba igualmente la obligación para las entidades públicas de transferir gratuitamente a CISA los bienes inmuebles que no requiriesen para el cumplimiento de sus funciones “*y los previstos en el numeral 3° del artículo 1° del presente decreto*”, es decir, aquellos que teniendo una destinación o finalidad específica, señalada por acto público o privado, “*no se haya cumplido*” al momento de entrar en vigencia la Ley 1450, con algunas excepciones que la misma norma señala.

Comenta igualmente que el Decreto 4054 de 2011, en su artículo 1°, numeral 4°, definía los “*bienes inmuebles requeridos para el ejercicio de sus funciones*”, a los que alude el citado decreto, como aquellos que las entidades públicas necesiten para el cumplimiento de su objeto misional y que actualmente estén utilizando. También menciona que conforme al artículo 9° ibidem, en el evento de que CISA advirtiera que el inmueble transferido a su favor no tenía las condiciones exigidas legal y reglamentariamente para la transferencia, podía solicitar a la respectiva entidad pública que realizara los trámites necesarios para cumplir con los requisitos o condiciones faltantes dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes, y si no era posible corregir o sanear la situación, la entidad enajenante debía proceder a revocar en forma directa el acto administrativo en virtud del cual se efectuó la transferencia.

En segundo lugar, el ministro hace un recuento pormenorizado de las normas que crearon y han regulado las denominadas “zonas francas”, empezando por la Ley 105 de 1958, así como también de las funciones que diversas autoridades públicas han tenido en relación con dichas áreas, como el Ministerio de Desarrollo Económico, el Ministerio de Comercio Exterior, el actual Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN -.

En tercer lugar, la consulta hace un resumen de la naturaleza jurídica, el objeto y el régimen legal al que está sometida la Central de Inversiones S.A. – CISA.

223 “*Por la cual se establecen normas relacionadas con el Subsidio Familiar para Vivienda de Interés Social y se dictan otras disposiciones*”.

224 “*Por el cual se reglamentan el artículo 8° de la Ley 708 de 2001, el artículo 238 de la Ley 1450 de 2011 y se dictan otras disposiciones en materia de gestión de activos públicos*”.

Más adelante, bajo el título de “*hechos*”, el funcionario consultante informa que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo expidió varias resoluciones, con fundamento en el artículo 238 de la Ley 1450 de 2011 y el Decreto 4054 de 2011, mediante las cuales transfirió gratuitamente a CISA los bienes inmuebles de propiedad de la Nación en donde operan actualmente las zonas francas industriales de bienes y servicios de Palmaseca, Barranquilla, Cartagena y Santa Marta.

Sin embargo, dado que dichos inmuebles están destinados exclusivamente al funcionamiento de las citadas zonas francas, de acuerdo con lo previsto en las normas legales y reglamentarias pertinentes y en los contratos de arrendamiento celebrados por el entonces Ministerio de Comercio Exterior con cada uno de los usuarios operadores de tales zonas, CISA considera que no se daban las condiciones esenciales para que esos predios fueran transferidos a su favor, por lo cual solicitó al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo efectuar la revocatoria directa de los respectivos actos administrativos, pues los mencionados bienes estaban y están destinados a una finalidad específica que se venía cumpliendo al momento de entrar en vigencia la Ley 1450. A este respecto, el Ministro de Hacienda y Crédito Público señala que han surgido dos (2) interpretaciones sobre el alcance de lo dispuesto en el artículo 238 de la Ley 1450 de 2011 y el Decreto Reglamentario 4054 de 2011, las cuales se pueden sintetizar así:

Que tales normas establecían dos (2) categorías de bienes inmuebles que debían ser transferidos gratuitamente a CISA: a) aquellos que las entidades públicas nacionales no requiriesen para el cumplimiento de sus funciones, entendidas estas como su “objeto misional”, y b) los bienes raíces de las mismas entidades que tuvieran una destinación específica, la cual no se estuviera cumpliendo cuando entró a regir la Ley 1450 de 2011. En esa medida, los predios en donde operan las zonas francas industriales de bienes y servicios no podían ser transferidos gratuitamente a CISA, porque dichos bienes estaban afectos a una finalidad específica que se venía cumpliendo al momento de entrar en vigencia la Ley 1450 y que se sigue cumpliendo hoy en día.

Que las disposiciones citadas consagraban realmente una sola categoría de bienes inmuebles que debían ser transferidos gratuitamente a CISA: aquellos que las entidades públicas del orden nacional no necesitaran para el cumplimiento de sus funciones principales u “objeto misional”, dentro de la cual estaban incluidos los inmuebles que estuvieran destinados a un fin específico que no se estuviera cumpliendo al entrar en vigencia la Ley 1450 de 2011. Por lo tanto, conforme a esta interpretación, era obligatorio transferir a CISA los bienes que una entidad pública hubiera recibido para el cumplimiento de un fin determinado, pero que no requiriese para el ejercicio de su “objeto misional”, aunque la citada finalidad se hubiera cumplido o se estuviese cumpliendo al momento de promulgarse la Ley 1450.

Bajo esta tesis, los lotes en donde operan las zonas francas sí debían transferirse de manera gratuita a CISA, como efectivamente lo hizo el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, dado que aun cuando dichos bienes estaban siendo utilizados

para el fin con el cual fueron adquiridos por la Nación, tal finalidad es ajena al “objeto misional” del citado ministerio y, por lo tanto, esa entidad no los requería para el cumplimiento de sus funciones.

El 14 de agosto de 2014 se recibió una comunicación suscrita por la Secretaria General del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en la cual manifestó a la Sala de Consulta que dicha dependencia fue informada por CISA sobre la consulta elevada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, por lo cual deseaba exponer la posición del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo sobre esta discrepancia interpretativa.

A tal efecto, la funcionaria interviniente hace un recuento de las normas legales y reglamentarias que han fijado las funciones de diferentes entidades públicas en relación con las zonas francas, para concluir que tales funciones han sido transferidas paulatinamente a la DIAN, de tal manera que en la actualidad subsiste solamente una que está a cargo de dicho ministerio, consistente en *“efectuar el seguimiento y control al uso de los terrenos de propiedad de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, arrendados a los operadores de las zonas francas privatizadas”*.

No obstante, considera que dicha función resulta en la actualidad completamente extraña o ajena a los objetivos y a las funciones principales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por lo cual no puede considerarse como “misional” y podría ser cumplida por otra entidad u organismo del Estado. Por tal razón, estima que los bienes en donde operan las zonas francas sí podían y debían ser transferidos válidamente a CISA, pues los referidos inmuebles no son necesarios para el cumplimiento del “objeto misional” asignado a dicho ministerio, aunque los mismos se estuvieran utilizando efectivamente en la destinación para la cual fueron adquiridos, al momento de expedirse la Ley 1450.

A este respecto, la misma funcionaria considera que la correcta interpretación de la norma legal citada y de sus disposiciones reglamentarias, inicialmente el Decreto 4054 de 2011 y luego el Decreto 47 de 2014, permite concluir que los bienes inmuebles sobre los cuales pesaba la obligación de transferencia gratuita a CISA debían cumplir dos (2) condiciones simultáneamente, a saber: a) que no se requieran para el cumplimiento de sus funciones misionales, y b) que no se estén utilizando. Por ende, no es cierto que no pudieran transferirse a CISA todos los bienes que se estuvieran usando en la finalidad para la cual fueron destinados por acto público o privado, ya que puede ocurrir que tales activos no se requiriesen para el cumplimiento de las funciones de la entidad pública que figure como propietaria, como de hecho sucede en este caso, lo cual legitimaba a esa entidad para enajenar dichos inmuebles a CISA en forma gratuita.

Igualmente, la Secretaria General del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo refiere que otro de los argumentos que ha planteado CISA para considerar que los inmuebles en los que operan las zonas francas no han debido transferirse a dicha sociedad, consiste en que, al estar destinados al funcionamiento de zonas francas y

encontrarse sujetos a un régimen legal especial, de carácter tributario, aduanero y de comercio exterior, que CISA no puede variar, porque así lo dispone la ley y porque tal condición se impuso expresamente en cada uno de los actos administrativos de transferencia, dicha entidad no puede reasignar tales bienes a otra entidad pública ni comercializarlos libremente, como lo consagraba el artículo 238 de la Ley 1450 de 2011 y sus normas reglamentarias.

Sin embargo, la misma funcionaria considera que este argumento tampoco resulta suficiente para concluir que la transferencia de los citados activos no ha debido efectuarse, ya que la ley no exigía que los bienes que se transfirieran a CISA estuvieran libres de cualquier finalidad o destinación específica y, por el contrario, al incluir entre los bienes que debían ser transferidos en forma gratuita a dicha sociedad aquellos que estuvieran destinados a un fin particular que no se estuviera cumpliendo, el artículo 238 de la Ley 1450 reconocía que CISA podía y debía recibir bienes que estuvieran afectos al cumplimiento de una finalidad o destinación específica. Desde este punto de vista, la Secretaria General del citado ministerio considera que la posición de CISA resulta contradictoria, pues dicha sociedad considera, por una parte, que los bienes destinados a una finalidad determinada que no se hubiera cumplido debían ser enajenados gratuitamente a ella, pero también estima que dicha finalidad impide su libre reasignación a otra entidad pública o su comercialización, por lo cual tales activos no debían serle transferidos.

Con la solicitud de ampliación, los ministros consultantes remitieron copia de los siguientes documentos: (i) oficio del 27 de agosto de 2014 suscrito en conjunto por la Directora de Pensiones y Otras prestaciones del Ministerio de Trabajo y el Director General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y dirigido a la Secretaria General del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; (ii) memorial del 10 de diciembre de 2014, firmado por el Presidente de CISA y dirigido a la Sala de Consulta y Servicio Civil, y (iii) comunicación sin fecha ni número dirigida a la Secretaria General del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por la Secretaria General del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

En el primero de los escritos citados, los referidos funcionarios de los ministerios de Trabajo y de Hacienda y Crédito Público consideran que los bienes inmuebles de las zonas francas a las que se refiere esta consulta estaban y continúan estando afectos o destinados al pago de las obligaciones pensionales surgidas a cargo de los establecimientos públicos liquidados, pues así se desprende de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 6° del Decreto 2111 de 1996, que obliga a reembolsar a la Nación, con el producto de la venta de los bienes de las citadas entidades, las sumas de dinero que aquella hubiese destinado para pagar deudas de dichos establecimientos. Los mismos servidores públicos consideran que a dicha conclusión también se llega aplicando lo previsto en el párrafo primero del artículo 8° del Decreto 47 de 2014, el cual establece que no están comprendidos por la obligación de transferencia gratuita a CISA, los bienes que amparan el pago de pasivos pensionales de aquellas entidades públicas cuyo objeto misional sea la monetización de tales activos para pagar esas deudas.

En la comunicación enviada a la Sala por el presidente de CISA, luego de reiterar los argumentos expuestos por dicha entidad y por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la consulta y en la audiencia realizada, el funcionario citado considera que lo expuesto por el Ministerio de Trabajo y el Ministerio de Hacienda, en el sentido de que los inmuebles señalados están afectos al pago de las pensiones de los ex trabajadores de los establecimientos públicos que operaban las zonas francas, refuerza la conclusión de que tales bienes, por tener una destinación específica, no podían ser transferidos a CISA en desarrollo de lo previsto en el artículo 238 de la Ley 1450, pues así lo prohibía expresamente el parágrafo del artículo 8° del Decreto Reglamentario 4054 de 2011, vigente a la sazón. Adicionalmente señala, con apoyo en conceptos expedidos por las respectivas autoridades ambientales, que en los inmuebles donde operan las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca existen bienes de uso público, tales como franjas de amortiguación aledañas al Río Magdalena, manglares y zanjones, motivo por el cual dichos bienes no podían transferirse a CISA o a cualquier otra entidad o persona pública o privada, pues se trata de bienes inalienables de la Nación.

Por otro lado, en el oficio remitido por la Secretaria General del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dicha funcionaria rebate los argumentos con base en los cuales los ministerios de Trabajo y de Hacienda concluyen que los bienes inmuebles objeto de esta consulta se encuentran afectos al pago del pasivo pensional de los extintos establecimientos públicos operadores de las zonas francas. A tal propósito señala, en primer lugar, que lo que disponía el Decreto 2111 de 1992 era que, dentro del proceso de liquidación de tales entidades, las sumas de dinero que la Nación empleara, con recursos del presupuesto general, para pagar obligaciones de los citados establecimientos, debían ser reembolsados por estos cuando se obtuviera la enajenación de sus activos; pero que una vez concluida la liquidación mediante la aprobación del acta final, lo cual ocurrió el 30 de junio de 1994, tanto los pasivos como los activos remanentes, entre ellos los bienes inmuebles donde funcionan actualmente las citadas zonas francas, pasaron a ser de la Nación, sin que se hubiera impuesto, de ahí en adelante, obligación alguna de efectuar reembolsos ni de destinar el producto de dichos bienes para cubrir el pasivo pensional u otras obligaciones específicas.

Finalmente, la misma funcionaria advierte que las disposiciones reglamentarias citadas por los ministerios de Trabajo y de Hacienda y Crédito Público, así como por CISA, para defender su posición en relación con el pasivo pensional de los antiguos establecimientos públicos operadores de las zonas francas, es decir, los artículos 8° (parágrafo) del Decreto 4054 de 2011 y 8° (parágrafo 1°) del Decreto 47 de 2014, no resultan aplicables, ya que ni los respectivos inmuebles pueden entenderse destinados o afectos específicamente al pago de los pasivos pensionales, ni el objeto de los citados establecimientos públicos y del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo era ni es el de monetizar activos para pagar obligaciones pensionales.

Con base en las anteriores consideraciones, el Ministro de Hacienda y Crédito Público formula en la consulta inicial las siguientes **PREGUNTAS**:

“¿Conforme al marco jurídico enunciado, relativo a la movilización de activos del Estado a CISA, [cuáles] son los requisitos para transferir gratuitamente a CISA y especialmente cuál es el alcance de la frase “incluidos aquellos que por acto público o privado sean sujetos a una destinación específica y que no estén cumpliendo con tal destinación” descrita en el artículo 238 de la Ley 1450 de 2011, reglamentado en el Decreto Reglamentario 4054 de 2011?

¿Atendiendo lo dispuesto en el marco normativo descrito en la presente consulta, [qué] se entiende por destinación específica y [qué] tipos de actos pueden generar la misma?”

Asimismo, en la solicitud de ampliación presentada de consuno por la Ministra de Comercio, Industria y Turismo y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, se incluyeron las siguientes **PREGUNTAS** adicionales:

“... que se estudie además si los bienes recibidos inicialmente por el Ministerio de Comercio Exterior y luego por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, como consecuencia de la liquidación de los establecimientos públicos correspondientes a las Zonas Francas Industriales y Comerciales de Barranquilla, Cartagena, Santa Marta, Palmaseca, Buenaventura, Cúcuta, Rionegro y Urabá estaban afectos al pago del pasivo pensional teniendo en cuenta los decretos que ordenaron la liquidación de dichos establecimientos públicos?

“Así mismo si resulta o no procedente la transferencia gratuita de los inmuebles correspondientes a algunas de las mencionadas zonas francas por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a favor de CISA; en desarrollo del artículo 238 de la Ley 1450 de 2011?”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Para dar respuesta a estos interrogantes la Sala analizará los siguientes aspectos: (i) La obligación legal impuesta a las entidades públicas de transferir bienes inmuebles a CISA; (ii) las zonas francas y las funciones que en relación con las mismas tiene el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; (iii) la transferencia a CISA de los inmuebles en donde operan algunas zonas francas, y (iv) el pago del pasivo pensional a cargo de los establecimientos públicos liquidados que operaban dichas zonas francas.

A. Obligación de transferir activos improductivos u ociosos a CISA

Desde hace varios años ha sido preocupación del Congreso de la República y del Gobierno Nacional la de darle un uso productivo a los bienes o activos del Estado, ante la constatación de que algunas ramas, entidades y organismos públicos son titulares de bienes que no usan para el cumplimiento de sus funciones o que subutilizan, mientras que otras entidades, ramas y organismos del Estado carecen de los activos mínimos necesarios para ejercer adecuadamente sus funciones y realizar los objetivos que la Constitución o la ley les han fijado, situación que a todas

luces resulta anómala y atenta contra los principios generales de la administración pública.

Con el fin de superar esta situación y de racionalizar la propiedad y el uso de los bienes del Estado, se han expedido diversas normas legales y reglamentarias para obligar a las entidades que son titulares de bienes ociosos o improductivos a cederlos a otras entidades que sí los requieren para el cumplimiento de su objeto, e incluso a particulares, como sucede con las disposiciones que pretenden fomentar el desarrollo de planes de vivienda de interés social.

A este respecto puede citarse, en primer lugar, la Ley 708 de 2001²²⁵, que consagra la obligación para todas las entidades y organismos públicos de transferir al Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, INURBE (actualmente liquidado), los bienes inmuebles de su propiedad que sean aptos y tengan vocación para ejecutar programas de vivienda de interés social. En relación con los bienes que dichas entidades tengan y no requieran para el ejercicio de sus funciones, pero que tampoco sean aptos para desarrollar tales programas, el artículo 8º de la citada ley preceptúa lo siguiente, en su parte pertinente:

“Artículo 8º. Los bienes inmuebles fiscales de propiedad de las entidades públicas del orden nacional, de carácter no financiero, que hagan parte de cualquiera de las Ramas del Poder Público, así como de los órganos autónomos e independientes, que no tengan vocación para la construcción de vivienda de interés social, y además que no los requieran para el desarrollo de sus funciones, y no se encuentren dentro de los planes de enajenación onerosa que deberán tener las entidades, deben ser transferidos a título gratuito a otras entidades públicas conforme a sus necesidades, de acuerdo con el reglamento que expida el Gobierno Nacional, con excepción de aquellos ocupados ilegalmente antes del 28 de julio de 1988 con vivienda de interés social, los cuales deberán ser cedidos a sus ocupantes, en virtud de lo establecido en el artículo 58 de la Ley 9ª 1 (sic) de 1989”.

Sobre los propósitos perseguidos por esta ley y su alcance, la Sala de Consulta y Servicio Civil manifestó lo siguiente en el concepto N° 2132 de 2013²²⁶:

“Inicialmente, el proyecto que dio origen a la Ley 708 de 2001... tenía por objeto aprovechar los bienes fiscales inactivos, para desarrollar programas de vivienda de interés social. Posteriormente, se ampliaron los fines iniciales de la ley, en el sentido de que la transferencia a título gratuito recayera también sobre bienes fiscales improductivos, que si bien no tenían vocación para la construcción de vivienda de interés social, podían ser utilizados por otras entidades del Estado para el cumplimiento de sus funciones. (...) Tres aspectos deben resaltarse de este artículo para efectos de la presente consulta:

²²⁵ “Por la cual se establecen normas relacionadas con el Subsidio Familiar para Vivienda de Interés Social y se dictan otras disposiciones”.

²²⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N° 2132 del 20 de junio de 2013. Expediente N° 11001-03-06-000-2012-00222-00.

a. La operación recae sobre bienes inmuebles fiscales, esto es, sobre bienes cuyo uso no pertenece a la generalidad de los habitantes (artículo 674 del Código Civil) y que se rigen, salvo algunas excepciones, por reglas similares a las que regulan el derecho de propiedad de los particulares.

b. Al igual que el artículo 1 de la ley, el artículo 8 impone un deber de transferencia gratuita; en este caso, el deber recae sobre bienes fiscales que la entidad no requiera para el cumplimiento de sus funciones y no tengan vocación para la construcción de vivienda de interés social, ni formen parte de sus planes de enajenación onerosa.

c. Por parte de la entidad que recibe el bien, la norma exige que ésta lo necesite para el cumplimiento de sus funciones y que, en consecuencia, lo destine efectivamente a ello...”

Posteriormente, con base en los lineamientos fijados en el documento CONPES 3493 de 2007²²⁷, se incluyó una norma en la Ley 1450 de 2011 (artículo 238), que en su versión original disponía lo siguiente, en lo pertinente:

“Artículo 238. Movilización de activos. A partir de la expedición de la presente ley, las entidades públicas del orden nacional con excepción de las entidades financieras de carácter estatal, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta y las entidades en liquidación, tendrán un plazo de seis (6) meses para ceder la cartera con más de ciento ochenta (180) días de vencida, al Colector de Activos Públicos –CISA para que este las gestione. (...)

*“Dentro del mismo plazo, las entidades a que se refiere el inciso anterior, transferirán a CISA, a título gratuito y mediante acto administrativo, **los inmuebles de su propiedad que se encuentren saneados y que no requieran para el ejercicio de sus funciones, incluidos aquellos que por acto público o privado sean sujetos de una destinación específica y que no estén cumpliendo con tal destinación, para que CISA los transfiera a título gratuito a otras entidades públicas o los comercialice.** El Gobierno Nacional reglamentará las condiciones bajo las cuales CISA podrá reasignar los bienes inmuebles que reciba a título gratuito, señalando los criterios que debe cumplir la solicitud de la entidad que los requiera.*

“Los recursos derivados de la enajenación de dichos inmuebles, una vez deducidos los costos de comisiones y gastos administrativos o de operación, serán girados por CISA directamente a la Dirección de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Aquellos inmuebles no saneados de propiedad de las entidades a que se refiere el presente artículo, que sean susceptibles de ser enajenados, serán comercializados o administrados a través de CISA mediante contrato interadministrativo.

*“Parágrafo 1º. Vencido el plazo establecido en este artículo, **las entidades públicas que se encuentran obligadas en virtud de lo aquí ordenado, deberán ceder o***

227 “Estrategia para la gestión de activos públicos a través de CISA”.

transferir a CISA para su comercialización los inmuebles que no requieran para el ejercicio de sus funciones, dentro del año siguiente al que lo reciban. (...)

*“Parágrafo 2º. La forma, los plazos para el traslado de los recursos que genere la gestión de los activos a que se refiere el presente artículo, **las condiciones para determinar los casos en que un activo no es requerido por una entidad para el ejercicio de sus funciones**, el valor de las comisiones para la administración y/o comercialización y el modelo de valoración serán reglamentados por el Gobierno Nacional. (...)*

“Parágrafo 4º. Igualmente, serán transferidos a CISA aquellos activos que habiendo sido propiedad de Entidades Públicas del orden Nacional sometidas a procesos de liquidación ya concluidos y que encontrándose en Patrimonios Autónomos de Remanentes, no hayan sido enajenados, a pesar de haber sido esta la finalidad de su entrega al Patrimonio Autónomo correspondiente. (...)” (La Sala resalta).

En relación con la génesis de esta disposición, a partir del documento CONPES 3493 de 2007, la Sala explicó lo siguiente en el concepto 2167 de 2013²²⁸:

“Tal como se explica en el documento CONPES 3493 de 2007229, en el año 2000 el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, FOGAFIN, adquirió el 99.99% de las acciones de la sociedad Central de Inversiones S.A. – CISA, con el fin de utilizarla como vehículo (colector) para la recuperación de los activos improductivos de las entidades financieras de naturaleza estatal...

“El eficaz cumplimiento de dicha misión por parte de CISA, hacia el año 2007, llevó a que el Gobierno planteara la conveniencia de asignarle nuevas funciones, especialmente para apoyar el “Programa de Gestión Eficiente de Activos Públicos” establecido años atrás. Con tal fin, en el documento CONPES citado se indicó que CISA debería actuar en adelante como un vehículo colector de los activos improductivos de las entidades públicas de todos los órdenes y niveles, incluyendo carteras de créditos y bienes inmuebles. Para hacer posible y facilitar la ejecución de dicha política, se recomendó que la Nación, por intermedio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, adquiriera la totalidad de las acciones que FOGAFIN poseía en CISA, y se expidiera la normatividad necesaria para que esta última pudiese cumplir adecuadamente su nueva misión institucional. Al respecto se puede leer en el citado documento:

“A. Objetivos de Política. Contar con un colector que adquiera, administre, sanee, mantenga y/o enajene los activos, cualquiera que sea su naturaleza, de las entidades públicas de cualquier orden, con el objeto de alcanzar una gestión eficiente, maximizando el retorno económico y social de los activos del Estado y

228 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 2167 del 20 de noviembre de 2013. Radicación N° 11001-03-06-000-2013-00408-00.

229 “[11] Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES. Documento 3493 del 8 de octubre de 2007. “Estrategia para la gestión de activos públicos a través de CISA”. Tomado de la página de Internet del Departamento Nacional de Planeación: www.dnp.gov.co”.

aprovechando el conocimiento de una entidad estatal para el manejo de activos improductivos.

“B. Estrategia. *Para dar cumplimiento a lo establecido en el objetivo de política, se propone el desarrollo de tres componentes, así: (...)*

- El segundo tiene como objeto expedir las normas necesarias para conformar el marco legal que le permita al Estado ser eficiente en la administración de los activos improductivos. Dichas normas le darán seguridad a las entidades públicas en la venta de los activos improductivos a CISA y también permitirán mayor flexibilidad y eficiencia para comercializarlos.”

“Esta política se vio reflejada luego en el proyecto del plan nacional de desarrollo 2010-2014 que el Gobierno Nacional presentó a consideración del Congreso de la República. En el documento “Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. Prosperidad para todos”, antes citado, se dice al respecto:

“VII Soportes transversales de la prosperidad democrática

“A. Buen Gobierno, participación ciudadana y lucha contra la corrupción (...)

“1. Buen gobierno (...)

*c) Programas estratégicos para el Buen Gobierno. Los programas estratégicos para el Buen Gobierno, conocidos como reformas transversales, buscan mejorar el funcionamiento del conjunto de la Administración Pública en áreas estratégicas y de alto impacto. (...) Entre ellos están: ... 2) **gestión de activos...** (...)*

*“Gestión de activos. En materia de gestión de activos del Estado, aunque se han obtenido grandes logros como el desarrollo del Sistema de Gestión de Activos – SIGA,... la consolidación de lineamientos para la depuración de **bienes no requeridos** y el desarrollo del marco normativo, entre otros, es necesario consolidar y depurar la política actual, de forma que se superen las limitaciones de la institucionalidad existente, se cuente con **planes estratégicos de movilización de activos**, se complementen los lineamientos en materia de bienes y cartera y se genere valor en el sentido de lograr mayores recursos percibidos y ahorrados por el Estado...*

*“Para lo anterior, **dentro de las labores a emprender en el próximo cuatrienio se cuenta la consolidación de una gestión integral de activos** -que abarque, **además de inmuebles**, participaciones accionarias... **y un desarrollo de la normativa aplicable que facilite, tanto las actividades de los Colectores de Activos (CISA y SAE)**, así como el nivel de articulación con otras políticas... Dada la naturaleza de estos cometidos, el principal vehículo para el aseguramiento de la integralidad y coordinación de los esfuerzos es el establecimiento de una instancia que centralice la toma de decisiones de política en la materia, tarea que implica a su vez el emprendimiento de una serie de reformas que gradualmente establezcan las*

condiciones para dicha centralización, tales como **la unificación del tratamiento de los activos públicos ociosos** y el establecimiento de herramientas para la maximización de ahorros e ingresos en la gestión...”. En este contexto y con fundamento en la citada política se expidió la norma contenida en el artículo 238 de la ley 1450 de 2011 (Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014)...” (Resaltado del texto original).

Esta disposición, junto con el artículo 8° de la Ley 708 de 2001, fueron reglamentados inicialmente por el Decreto 4054 de 2011, el cual se encontraba vigente cuando el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo transfirió en forma gratuita a CISA los inmuebles en donde operan las zonas francas a las cuales se refiere la consulta, decreto que posteriormente fue derogado y sustituido por el número 47 de 2014, el cual, a su vez, fue compilado en el Decreto 1068 de 2015²³⁰.

En lo que concierne directamente a esta consulta, es importante citar las definiciones que el artículo 1° del Decreto 4054 de 2011 hizo de los siguientes conceptos: “*bienes inmuebles con destinación específica que no estén cumpliendo con tal destinación*” y “*bienes inmuebles requeridos para el ejercicio de sus funciones*”, así:

“Artículo 1°. Definiciones. (...) 3. Bienes inmuebles con Destinación Específica que no estén cumpliendo con tal destinación: (i) son aquellos de propiedad de las entidades públicas que en virtud de actos administrativos, títulos de propiedad y demás disposiciones, tienen una destinación o están sujetos a un fin específico que a la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011 no se haya cumplido, salvo los casos establecidos por el inciso 1 del artículo 1° de la Ley 708 de 2001 y los que se requieran para el desarrollo de proyectos de infraestructura vial; (ii) aquellos que amparen pasivos pensionales que no estén cumpliendo con tal destinación y que fueron recibidos al cierre de la liquidación de entidades públicas, cuyo objeto no incluía la Administración de Pensiones, siempre que dichas entidades receptoras estén percibiendo recursos del Presupuesto General de la Nación para el pago de obligaciones pensionales; (iii) inmuebles que teniendo una destinación económica, durante el año anterior a la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011, no hayan generado una renta anual igual o mayor al 3% del avalúo comercial vigente... (iv) aquellos bienes inmuebles que hagan parte de algún fondo cuenta con o sin personería jurídica.

“4. Bienes inmuebles requeridos para el ejercicio de sus funciones: Son aquellos activos fijos de propiedad de las entidades públicas que cumplan con una o varias de las siguientes condiciones: (i) que sean requeridos para el desarrollo de su objeto misional y que actualmente se estén utilizando, (ii) que hagan parte de proyectos de Asociación Público Privada de los que trata el artículo 233 de la Ley 1450 de 2011, (iii) que al momento de entrada en vigencia del presente decreto, hagan parte de proyectos de inversión pública relacionados con la misión de la entidad pública propietaria y cuenten con autorizaciones para comprometer

230 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público”.

recursos de vigencias futuras ordinarias o extraordinarias. (...)” (Negrillas de la Sala).

Por otra parte, en cuanto a la transferencia gratuita de los bienes inmuebles a CISA, el artículo 8° del mismo decreto dispuso en lo pertinente:

*“Artículo 8°. Transferencia de bienes inmuebles. Las entidades públicas sujetas a la aplicación del artículo 238 de la Ley 1450 de 2011, deberán transferir al Colector de Activos Públicos - CISA, a título gratuito y mediante acto administrativo, **los bienes inmuebles de su propiedad que se encuentren saneados y no requieran para el ejercicio de sus funciones, y los previstos en el numeral 3 del artículo 1° del presente decreto.** (...)”* (Se resalta).

Vale la pena recordar que los inmuebles a los cuales se refería el numeral 3° del artículo 1° del Decreto 4054 de 2011 eran aquellos en que las entidades públicas tuvieran un título de propiedad con una destinación específica que no se hubiera cumplido a la entrada en vigencia de la Ley 1450, según lo establecido por la misma norma reglamentaria.

Es importante mencionar que el artículo 238 de la Ley 1450 de 2011 fue modificado por el artículo 163 de la Ley 1753 de 2015²³¹, en los siguientes términos:

“Artículo 163°. Movilización de activos. Modifíquese el artículo 238° de la Ley 1450 de 2011, el cual quedará así:

“Artículo 238°. Movilización de activos. A partir de la expedición de la presente ley, las entidades públicas del orden nacional con excepción de las entidades financieras de carácter estatal, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta y las entidades en liquidación, deberán vender los inmuebles que no requieran para el ejercicio de sus funciones y la cartera con más de ciento ochenta (180) días de vencida, al colector de activos de la Nación, Central de Inversiones (CISA), para que este las gestione. La cartera de naturaleza coactiva y la que no esté vencida, podrá ser entregada en administración a CISA. (...)

Parágrafo 1°. Se exceptúa a las entidades públicas de la obligación de vender su cartera a Central de Inversiones (CISA) cuando se haya iniciado el cobro coactivo. (...) Se exceptúa igualmente la cartera proveniente de las operaciones de crédito público celebradas por la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Parágrafo 2°. La forma, los plazos para el traslado de los recursos que genere la gestión de los activos a que se refiere el presente artículo, las condiciones para determinar los casos en que un activo no es requerido por una entidad para el

231 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, “Todos por un nuevo país””.

ejercicio de sus funciones, el valor de las comisiones para la administración y/o comercialización serán reglamentados por el Gobierno Nacional.

Parágrafo 3°. Los negocios que se celebren con Central de Inversiones (CISA) se realizarán mediante contrato administrativo y bajo las condiciones que fije el modelo de valoración definido por el Gobierno Nacional para CISA. (...)

Parágrafo 5°. Los inmuebles que se hubieran transferido por parte de las Entidades Públicas a Central de Inversiones (CISA) en virtud del artículo 238° de la Ley 1450 de 2011 y del artículo 26° de la Ley 1420 de 2010, que a la fecha de expedición de la presente ley no hayan sido enajenados por CISA, podrán enajenarse por esta entidad de acuerdo a sus políticas y procedimientos. Los recursos obtenidos por estas ventas así como los frutos de dichos bienes, se girarán al Ministerio de Hacienda y Crédito Público al final de cada ejercicio por CISA una vez descontados los costos asumidos por esta entidad así como la comisión por la venta fijada según sus políticas y procedimientos.”

De lo dispuesto en la norma anterior, en concordancia con lo previsto en el tercer inciso del artículo 267 de la Ley 1753 de 2015²³², se deduce que el artículo 238 de la Ley 1450 de 2011 continua vigente, con las modificaciones efectuadas por el artículo 163 de la nueva Ley del Plan.

Sin embargo, es importante aclarar que los hechos a los cuales se refiere esta consulta ocurrieron antes de la expedición de la Ley 1753, por lo cual las inquietudes planteadas serán resueltas con base en lo dispuesto originalmente por el artículo 238 de la Ley 1450 y el Decreto Reglamentario 4054 de 2011. Ahora bien, las disposiciones citadas merecen varios comentarios:

En primer lugar, el artículo 8° del Decreto 4054 de 2011, debido a la forma como está redactado y especialmente por la utilización de la conjunción copulativa “y”, precedida de una coma, sugiere que existen dos (2) clases o tipos distintos de bienes inmuebles que las entidades y organismos estatales estaban obligados a transferir en forma gratuita a CISA: En primer lugar, aquellos que no requirieran para el cumplimiento de sus funciones, y en segundo lugar, los que estuvieran sujetos al cumplimiento de un fin o destinación particular que no se hubiese cumplido al empezar a regir la Ley 1450 de 2011, que son aquellos a los cuales alude el artículo 1°, numeral 3° del mismo decreto.

No obstante, contra la interpretación que al parecer contiene la norma reglamentaria, resulta claro para la Sala que el artículo 238 de la Ley 1450, en su parte pertinente, se refería a una (1) sola clase de bienes inmuebles, a saber: los que se encontraran saneados y no se requirieran para el ejercicio de las funciones asignadas a las entidades u organismos públicos propietarios, categoría **dentro de**

232 “Artículo 267. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias. (...) Con el fin de dar continuidad a los planes, programas y proyectos de mediano y largo plazo, los artículos de las Leyes 812 de 2003, 1151 de 2007 y 1450 de 2011 no derogados expresamente en el inciso anterior o por otras leyes, continuarán vigentes hasta que sean derogados o modificados por norma posterior. (...)” (Resaltamos).

la cual se encontraban aquellos que estando sujetos a una destinación específica por acto público o privado, no se estuviera cumpliendo al momento de entrar en vigencia la Ley 1450. Así se desprende no solo del tenor literal del precepto legal citado, cuando utiliza la expresión “incluidos” para referirse a estos últimos bienes, sino también de sus antecedentes, a los cuales se ha hecho alusión previamente.

En efecto, la palabra “*incluir*”, de la cual proviene “*incluido*”, tiene, entre otras acepciones, las siguientes en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: “*Poner algo dentro de otra cosa o dentro de sus límites. // 2. Dicho de una cosa: Contener a otra o llevarla implícita*”. Por lo tanto, cuando el artículo 238 de la Ley 1450 de 2011 disponía que las entidades y organismos del Estado debían transferir a CISA los bienes raíces “*que no requieran para el ejercicio de sus funciones, incluidos aquellos que por acto público o privado sean sujetos de una destinación específica y que no estén cumpliendo con tal destinación...*” (resaltamos), no podía estarse refiriendo a dos (2) categorías o clases distintas y separadas de inmuebles, sino a una (1) sola, dentro de la cual se encontraban, como una sub-especie, los bienes que estuvieran sujetos a una finalidad o destinación específica que no se estuviera cumpliendo a la entrada en vigencia de la citada ley.

Como se deduce de los antecedentes del artículo 238 de la Ley 1450, el propósito de tal norma fue el de movilizar los activos **ociosos o improductivos** del Estado, utilizando como vehículo colector a CISA, de tal forma que las entidades que tuvieran cartera de créditos en mora o bienes inmuebles que no requiriesen para el cumplimiento de sus funciones, se vieran obligadas a transferir dicha cartera o los referidos inmuebles a CISA en forma gratuita, para que ésta cobre los créditos respectivos y reasigne los bienes raíces a otras entidades del Estado que sí los necesiten, o comercialice tales activos, en caso de no ser posible su reasignación.

Dentro de los bienes inmuebles que las entidades y organismos del Estado no necesitan para el cumplimiento de sus funciones, el artículo 238 de la Ley 1450 incluía aquellos que estaban sujetos a una destinación o finalidad específica que no se estuviera cumpliendo a la entrada en vigencia de dicha ley. A juicio de la Sala, esta regla puede obedecer a cualquiera de las siguientes razones: (i) o la finalidad a la que están destinados tales activos no forma parte del objeto de la entidad pública propietaria de los mismos, por lo cual dicha entidad no los ha usado ni los puede utilizar; o (ii) aunque la destinación referida se enmarcara dentro del objeto de la mencionada entidad, ésta no los ha usado por razones administrativas, presupuestales, logísticas u otras similares, lo cual permitía inferir que no los requería de manera urgente e imperiosa para el cumplimiento de sus funciones.

La destinación específica a la cual se refería la norma citada es cualquier uso o finalidad especial que resultara jurídicamente obligatorio dar al inmueble, distinta de las facultades generales de uso, explotación y disposición (“*ius utendi, ius fruendi y ius abutendi*”) que se hallan incorporadas de manera general en el derecho de propiedad, ya sea en virtud de un acto jurídico de derecho público, como una ley, una sentencia judicial, un decreto u otro acto administrativo, o de un acto jurídico de derecho privado, como un contrato de compraventa, de donación, de fiducia o de

arrendamiento, un legado, una herencia, el acta final de liquidación de una entidad de derecho privado etc.

Si bien es cierto que, como lo plantea el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, cabría una inteligencia distinta de la norma, consistente en que las entidades del Estado pueden tener bienes que estando destinados a un fin determinado, el cual se estuviera cumpliendo efectivamente al momento de promulgarse la Ley 1450 de 2011, *no requirieran dichos activos para el cumplimiento de sus funciones*, por lo cual esos bienes tenían que ser transferidos a CISA, la Sala encuentra que dicha interpretación parte de un supuesto jurídicamente equivocado, a saber: que las entidades, las ramas, los órganos y los organismos del Estado pueden utilizar bienes en actividades ajenas de aquellas que constituyen su objeto, es decir, el conjunto de funciones que les han sido asignadas por la Constitución y la ley, o que han sido previstas en el acto de constitución, como sucede con las entidades de naturaleza societaria, y el cual incluye, desde el luego, el denominado “objeto secundario o conexo”, consistente en los actos y las operaciones que cualquier persona jurídica debe celebrar o realizar para cumplir adecuadamente con su objeto (giro o aceptación de títulos valores, apertura de cuentas bancarias etc.) y para hacer posible su existencia y funcionamiento (pago de impuestos, adquisición o arrendamiento de sedes para sus empleados, compra de papelería y equipos etc.)

Tal interpretación no solamente desconocería el principio de legalidad al que están sometidas las entidades y los servidores públicos, sino también el hecho de que los bienes públicos tienen una razón de ser netamente funcional, a diferencia de lo que sucede con los privados, especialmente de aquellos que pertenecen a personas naturales, pues las entidades del Estado solamente pueden adquirir, poseer y utilizar aquellos bienes muebles e inmuebles que requieran para el cumplimiento de sus funciones, incluyendo aquellos que necesiten para su existencia y normal funcionamiento. En esa medida, si una entidad pública recibe un bien que por la voluntad del enajenante o por disposición legal o reglamentaria está destinado a un fin particular que resulta completamente ajeno a sus funciones, dicha entidad tendría que desprenderse de ese bien tan pronto como le sea posible, pues es claro que ni podría darle a tal activo una destinación diferente de aquella que ha sido señalada mediante un acto jurídico válido y obligatorio, ya sea de carácter público (como un decreto, una resolución etc.) o privado (como un contrato, una herencia, un legado etc.), ni tampoco podría usarlo para el fin al cual se encuentra destinado, por cuanto dicha finalidad sería ajena a su objeto legal. Por lo anterior, no es posible concebir válidamente la situación de una entidad u organismo estatal que, a pesar de ser propietario de un bien fiscal destinado por un acto de derecho público o privado a un fin completamente ajeno a sus funciones constitucionales, legales, reglamentarias o estatutarias, utilice efectivamente dicho bien para el propósito señalado.

En esa medida, como se explicó atrás, los bienes de los que una entidad pública sea dueña y estén destinados, por acto público o privado, al cumplimiento de una determinada finalidad que no se esté cumpliendo, podrían encontrarse en cualquiera de estas dos situaciones: (i) o se trata de una destinación ajena a las

funciones de dicha entidad, por lo cual ésta no puede usar los respectivos bienes y debe enajenarlos, o (ii) tales bienes sí resultan utilizables para el ejercicio de alguna función en cabeza de la citada institución, pero no los está usando por razones presupuestales, administrativas, logísticas u otras similares, evento en el cual la ley presumía igualmente que no los requería para el cumplimiento de sus funciones. En ambos casos, por lo tanto, los referidos inmuebles debían ser transferidos gratuitamente a CISA, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 238 de la Ley 1450 de 2011.

El Decreto 4054 de 2011 no definía directamente lo que se entendía por “*bienes inmuebles que las entidades públicas no requieran para el ejercicio de sus funciones*” (resaltamos), expresión que utiliza el artículo 238 de la Ley 1450, sino los “*bienes inmuebles requeridos para el ejercicio de sus funciones*”. Sin embargo, al definir este último concepto en el numeral 4º del artículo 1º, el citado decreto determinó implícitamente aquella otra categoría de activos, pues resulta forzoso entender que de todo el universo de bienes inmuebles que fueran de propiedad de una entidad pública y se encontraran saneados, aquellos que no requería para el ejercicio de sus funciones y que, por tanto, debían ser transferidos a CISA, eran todos los que no cabían en la definición contenida en la norma reglamentaria.

Por este camino, entonces, se llegaría a la conclusión de que los bienes raíces que no eran requeridos por las entidades y organismos públicos para el desarrollo de su “objeto misional” debían ser transferidos a CISA, ya que el artículo 1º, numeral 4º del Decreto 4054 disponía que se entendía por “*bienes inmuebles requeridos para el ejercicio de sus funciones*” aquellos que “*sean requeridos para el ejercicio de su objeto misional y que actualmente se estén utilizando*”. Sin embargo, esta interpretación enfrenta tres (3) dificultades principales:

a. Que el Decreto 4054 de 2011 no definía qué se entendía por “objeto misional”, y dicho concepto tampoco aparece definido en otra disposición legal o reglamentaria que conozcamos, por lo cual no es claro cuáles funciones, actividades u operaciones de una entidad pública deben entenderse incluidas en su “objeto misional”.

b. En segundo lugar – y este es, quizás, el aspecto más importante -, el artículo 238 de la Ley 1450 de 2011 no se refería ni se refiere al “objeto misional” de las entidades y organismos públicos, sino simplemente a sus funciones, al ordenar que dichas entidades y organismos transfirieran gratuitamente a CISA “*los inmuebles de su propiedad que se encuentren saneados y que no requieran para el ejercicio de sus funciones*” (se resalta).

Si bien es cierto que el párrafo segundo de esta norma legal facultaba al Gobierno Nacional para reglamentar, entre otros aspectos, “*los casos en que un activo no es requerido por una entidad para el ejercicio de sus funciones*”, debe tenerse en cuenta que dicha potestad no es ni puede ser distinta de la facultad reglamentaria general que compete al Presidente de la República en relación con todas las leyes, y a la cual se refiere el artículo 189, numeral 11 de la Carta Política. En efecto, ni el párrafo citado ni otra parte del artículo 238 de la Ley 1450 le

conferían al Ejecutivo una especie de facultades extraordinarias que le permitieran expedir normas con fuerza de ley capaces de reducir, ampliar o modificar de otra forma el alcance de la citada norma legal.

Por lo tanto, el ejercicio de la potestad reglamentaria en relación con dicha disposición legal, en cuanto a las materias específicamente señaladas por el párrafo segundo de la misma, o en relación con cualesquiera otros aspectos, está sujeto a las mismas condiciones, limitaciones y restricciones que la jurisprudencia ha señalado y desarrollado en forma amplia y de vieja data en relación con esta función presidencial.

En esa medida, el término “objeto misional” al que aludía el Decreto 4054 de 2011 tendría que ser entendido como el conjunto de las funciones que competen constitucional y legalmente a una entidad u organismo público, pues si se interpretara de otra forma, ya sea con un alcance más amplio o más restringido, como referido, por ejemplo, a solo algunas funciones (las “principales o nucleares”), sería forzoso concluir que el citado decreto excedió en este punto lo dispuesto en la ley y, por tanto, en aplicación de las reglas sobre la integración del derecho, que imponen el deber de atender con preferencia lo dispuesto en la norma de superior jerarquía, no podría respetarse lo que estatuyó sobre este punto el Decreto 4054.

Quizás sea por esta consideración que el Decreto 47 de 2014, el cual derogó expresamente y sustituyó el Decreto 4054 de 2011, dejó de utilizar la expresión “objeto misional” al definir, en su artículo 1º, numeral 4º, los bienes inmuebles que las entidades públicas requieren para el ejercicio de sus funciones, y regresó al término “funciones” que emplea la ley. Esta misma terminología es usada actualmente por el artículo 2.5.2.1. del Decreto 1068 de 2015.

c. Por último, cuando el artículo 1º, numeral 3º del Decreto 4054 de 2011 señalaba como uno de los requisitos que debían cumplir los “*bienes inmuebles con Destinación Específica que no estén cumpliendo con tal destinación*”, el hecho de que los mismos estén sujetos a un fin específico “*que a la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011 no se haya cumplido*” (resaltamos), parece exceder de nuevo lo dispuesto en el artículo 238 de la citada ley, pues este último se refería a los bienes inmuebles “*que no estén **cumpliendo con tal destinación***” (se subraya). En efecto, el cambio del tiempo verbal que hizo el decreto reglamentario daría lugar a pensar que solo aquellos inmuebles que al momento de entrar a regir la Ley 1450 **habían cumplido ya** con la finalidad para la cual estaban destinados, respetaban la condición exigida para no ser transferidos obligatoriamente a CISA, mientras que los bienes raíces que **estuvieran cumpliendo** dicha finalidad al momento de entrar en vigencia esa ley, pero no la hubiesen acabado de cumplir, quedaban clasificados dentro de la categoría que establecía el numeral 3º del artículo 1º del Decreto 4054 y, por lo tanto, tendrían que ser cedidos gratuita y obligatoriamente a CISA.

Esta distinción resulta importante para los efectos de la presente consulta, porque precisamente los predios en los cuales operan las zonas francas de Cartagena, Santa Marta, Barranquilla, Palmaseca y Cúcuta **estaban cumpliendo**

la finalidad a la cual se encontraban destinados, en virtud de actos públicos y privados, a la entrada en vigencia de la Ley 1450, finalidad que consiste precisamente en el funcionamiento de las respectivas zonas francas, y siguen cumpliendo con tal destinación actualmente, en la medida en que la declaratoria de dichas áreas geográficas como zonas francas, el reconocimiento de sus usuarios operadores y los contratos de arrendamiento celebrados entre estos y la Nación permanecen vigentes (salvo en el caso de Santa Marta). Sin embargo, no puede afirmarse que tal finalidad se hubiera cumplido en su totalidad cuando entró a regir la citada ley.

En este punto, como en los anteriores, la Sala no puede aplicar al pie de la letra lo que disponía el Decreto 4054 de 2011, pues la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, las reglas de interpretación e integración del derecho y la jurisprudencia constitucional, la obligan a interpretar las normas reglamentarias de la forma que más armonice con el artículo 238 de la Ley 1450 de 2011 y, en caso de encontrar alguna contradicción u oposición insalvable entre tales disposiciones, a preferir lo ordenado en la ley. Sobre este problema jurídico, la Corte Constitucional, en la sentencia C-037 de 2000²³³, manifestó:

“5. El orden jurídico como sistema jerárquico. 12. La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonía, dependen de la característica de ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que garantiza su coherencia interna. La finalidad de esta armonía explícitamente buscada, no es otra que la de establecer un orden que permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las distintas situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico.

“En relación con la jerarquización normativa que emana de la Constitución, esta Corte ya ha tenido ocasión de decir lo siguiente: (...) De esta condición jerárquica del sistema jurídico, se desprende entonces la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, aunque la Constitución no contemple expresamente la llamada excepción de ilegalidad, resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de legalidad, resulta acorde con la Constitución”. (Negrillas del original).

233 Corte Constitucional. Sentencia C-037 del 26 de enero de 2000. Expediente D-2441.

Vale la pena aclarar que en la misma sentencia la Corte precisó que la denominada “*excepción de ilegalidad*” solamente puede ser aplicada por la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo en el curso de un proceso judicial.

Por esta razón la Sala no pretende aplicar en este concepto la excepción de ilegalidad en relación con las normas citadas del Decreto 4054 de 2011, sino advertir que tales disposiciones deben ser interpretadas necesariamente en armonía con lo que disponía originalmente el artículo 238 de la Ley 1450 y que, en el evento de resultar **imposible aplicar al mismo tiempo** las normas reglamentarias y el referido precepto legal, por existir alguna contradicción u oposición irreconciliable, debe aplicarse de preferencia la norma de la ley, pues no podría suceder de otra forma, es decir, que se aplicasen con prelación las disposiciones reglamentarias.

De todo lo anterior se concluye que los únicos requisitos sustanciales que debían reunir los bienes inmuebles de propiedad de las entidades y organismos del Estado para que debieran transferirse gratuita y obligatoriamente a CISA, en virtud de lo dispuesto por el artículo 238 de la Ley 1450 de 2011, eran: (i) estar saneados y (ii) que no los requiriesen para el cumplimiento de sus funciones, entendidas estas como todas aquellas que les hayan sido otorgadas por la Constitución Política, la ley, los decretos dictados por el Presidente de la República con sujeción a la ley, o sus respectivos estatutos (según el caso). Esta segunda exigencia incluía la hipótesis de los bienes inmuebles que estuvieran destinados a una finalidad específica que no se estuviera cumpliendo a la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011.

B. Las zonas francas – funciones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en relación con las mismas

Mediante la Ley 105 de 1958 se creó la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, como un establecimiento público del orden nacional. El párrafo del artículo primero *ibidem* autorizó al Gobierno Nacional para establecer zonas francas en otros puertos y ciudades, cuya organización y funcionamiento se debían sujetar a los principios consagrados en la misma ley.

Adicionalmente, el artículo 3º de la citada ley declaró como de utilidad pública los terrenos o áreas indispensables para el establecimiento de zonas francas industriales y comerciales, y asignó al Gobierno la competencia para señalar los sitios en donde deberían constituirse nuevas zonas francas. Con fundamento en dicha ley se crearon en la década de 1970 las zonas francas industriales y comerciales de Cartagena²³⁴, Santa Marta²³⁵, Palmaseca²³⁶, Buenaventura²³⁷, Cúcuta²³⁸, Rionegro y

234 Creada mediante el Decreto 2077 de 1973.

235 Establecida por medio del Decreto 1144 de 1974.

236 Constituida mediante el Decreto 1095 de 1970.

237 Instituida por virtud del Decreto 1095 de 1970.

238 Creada por el Decreto 584 de 1972.

Urabá²³⁹, como establecimientos públicos del orden nacional adscritos al Ministerio de Desarrollo Económico.

Mediante la Ley 47 de 1981, se expidió un “*estatuto orgánico de las zonas francas industriales y comerciales*”, se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República en esta materia y se dictaron otras disposiciones.

Esta ley tuvo corta duración porque fue derogada y sustituida por la Ley 109 de 1985²⁴⁰, cuyo artículo 1º ratificó la naturaleza jurídica de las zonas francas industriales y comerciales como establecimientos públicos del orden nacional, adscritos al Ministerio de Desarrollo Económico. Así mismo, el artículo 2º *ibidem* determinó que el objeto de las mismas consistía en “*promover el comercio exterior, generar empleo, divisas y servir de polos de desarrollo industrial de las regiones donde se establezcan*”.

El artículo 4º de la misma ley señaló que podrían existir tres (3) clases de zonas francas permanentes, a saber: las industriales, las comerciales y aquellas que combinaran los dos tipos de actividades. Además, el artículo 34 *eiusdem* previó la posibilidad de constituir zonas francas transitorias en aquellos lugares en donde se realizaran ferias, exposiciones, congresos y seminarios de carácter internacional, previa autorización del Gobierno Nacional mediante decreto.

El artículo 10 de esta ley preceptuó que las zonas francas funcionarían dentro de áreas delimitadas, en las cuales se aplicaría una normatividad especial en materia aduanera, cambiaria y de comercio exterior, de conformidad con lo dispuesto por las leyes marco que expidiera en esa materia el Congreso de la República y los decretos que dictara el Gobierno.

Mediante los artículos 29 y 30 *ibidem* se reiteró la declaratoria de utilidad pública e interés social de los terrenos necesarios para el establecimiento de zonas francas, y se autorizó a la Nación y a otras entidades públicas para transferir o dar en usufructo bienes inmuebles de su propiedad para la constitución de nuevas zonas francas o la ampliación de las existentes. Finalmente, esta ley derogó la Ley 105 de 1958, con excepción de su artículo 1º, y la Ley 47 de 1981.

Posteriormente el Congreso de la República promulgó la Ley 7ª de 1991²⁴¹, más conocida como “*Ley Marco de Comercio Exterior*”, en virtud de la cual se creó el Ministerio de Comercio Exterior, Bancoldex y otras instituciones en este campo.

El artículo 6º *ibidem* fijó criterios generales a los cuales debía sujetarse el Gobierno Nacional para regular las zonas francas industriales y comerciales. El

239 La Ley 16 de 1986 creó la Zona Franca Industrial y Comercial de Urabá y autorizó al Gobierno Nacional para que, previos los estudios que fueran necesarios, constituyera una zona franca en el Municipio de Rionegro, Antioquia, o en la región del Nordeste Antioqueño.

240 “*Por la cual se establece el estatuto de las zonas francas*”.

241 “*Por la cual se dictan normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular el comercio exterior del país, se crea el Ministerio de Comercio Exterior, se determina la composición y funciones del Consejo Superior de Comercio Exterior, se crean el Banco de Comercio Exterior y el Fondo de Modernización Económica, se confieren unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones*”.

parágrafo de dicha norma dispuso que las zonas francas ya creadas o que se constituyeran en el futuro como establecimientos públicos podrían transformarse en sociedades de economía mixta o ser adquiridas total o parcialmente por sociedades comerciales privadas. La misma disposición aclaró que en este último evento, las zonas francas seguirían disfrutando del mismo régimen legal que estuviera vigente en ese momento, en materia tributaria, cambiaria, aduanera, de comercio exterior y de inversión de capitales. Mediante el artículo 20 de la Ley 7ª, se otorgaron facultades extraordinarias al Gobierno para los siguientes fines, entre otros:

“c) Trasladar al nuevo Ministerio todas las funciones asignadas al Ministerio de Desarrollo Económico en materia de comercio exterior, zonas francas y comercio internacional; (...)

“h) Determinar la naturaleza jurídica, objeto, órganos de dirección y regulación de las zonas francas industriales, comerciales y de servicios existentes, de tal manera que puedan ser transformados (sic) en sociedades de economía mixta del orden nacional, garantizando la continuidad del régimen impositivo vigente y con un régimen similar al de los usuarios industriales en materia aduanera, cambiaria, de comercio exterior y de inversión de capitales. Para tales efectos podrá autorizarse a las entidades públicas para efectuar aportes de capital en las nuevas sociedades junto con personas naturales o jurídicas de derecho privado, siempre y cuando las funciones de aquéllas guarden relación con el objeto social de las zonas francas, industriales, comerciales y de servicios;

i) Dictar disposiciones que le permitan enajenar a sociedades comerciales las zonas francas;

n) Modificar la denominación, composición y funciones del Consejo Nacional de Zonas Francas, de tal forma que asesore al Gobierno Nacional en la formulación de la política de zonas francas de conformidad con... la presente Ley; (...)”

El artículo 30 de esta ley derogó expresamente la Ley 105 de 1958²⁴² y, “en lo pertinente”, la Ley 109 de 1985.

En ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 7ª, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 2131 de 1991²⁴³, cuyo artículo 1º definió las zonas francas industriales de bienes y servicios como “*un área geográfica delimitada del territorio nacional*” cuyo objeto primordial es el de promover y desarrollar el proceso de industrialización de bienes y de prestación de servicios destinados a mercados externos y, en forma subsidiaria, al mercado nacional. El mismo precepto dispuso que el área geográfica respectiva debía ser declarada y aprobada por el Ministerio de Comercio Exterior, previo concepto de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) sobre los efectos fiscales del proyecto.

²⁴² Aunque esta ley, en realidad, ya había sido derogada por la Ley 109 de 1985, con excepción de su artículo 1º.

²⁴³ “*Por el cual se dictan normas sobre la estructura y funcionamiento de las Zonas Francas Industriales de Bienes y de Servicios*”.

En los artículos 4º y 5º *ibidem* se consagró la existencia de tres (3) clases de zonas francas permanentes: las zonas francas industriales de bienes y de servicios, las zonas francas industriales de servicios turísticos y las zonas francas industriales de servicios tecnológicos. Por su parte, el artículo 7º del mismo decreto estableció que en dichas zonas podría haber tres (3) clases de usuarios: el usuario operador, el usuario desarrollador y los usuarios industriales de bienes y/o de servicios. El artículo 9º aclaró que el usuario operador podía ser una entidad pública, privada o mixta.

Más adelante, en ejercicio de las facultades concedidas al Gobierno por el artículo 20 transitorio de la Constitución Política²⁴⁴, se expidió el Decreto 2111 de 1992, mediante cual se ordenó la supresión y la liquidación de los establecimientos públicos constituidos para operar las zonas francas industriales y comerciales de Barranquilla, Santa Marta, Cartagena, Buenaventura, Palmaseca, Cúcuta, Rionegro y Urabá. El artículo 6º, segundo inciso de este decreto dispuso que *“concluida la liquidación de los establecimientos públicos en liquidación, los bienes y obligaciones remanentes, pasarán a la Nación - Ministerio de Comercio Exterior”*.

Posteriormente el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2480 de 1993, mediante el cual se estableció un régimen de zona franca industrial y comercial de bienes y servicios para las zonas francas industriales y comerciales de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, Cúcuta, Palmaseca y Santa Marta. El artículo 1º *ibidem* autorizó al Ministerio de Comercio Exterior para declarar como zonas francas, total o parcialmente, las mismas áreas geográficas que habían sido operadas como zonas francas industriales y comerciales por los establecimientos públicos que se encontraban en liquidación.

El artículo 3º del citado decreto estatuyó que la dirección, administración y promoción de tales zonas francas estarían a cargo de un usuario operador que sería escogido por el Ministerio de Comercio Exterior, de conformidad con el procedimiento previsto en el mismo decreto y quien debía tener las condiciones señaladas en el Decreto 2131 de 1991.

De conformidad con los artículos 7, 8, 10 y 12 del Decreto 2480 de 1993, la declaratoria de las zonas francas industriales de bienes y de servicios cuya creación autorizaba ese decreto, solamente se haría efectiva a partir del momento en que: (i) se suscribiera el acta final de liquidación del establecimiento público que venía operando la respectiva zona franca, y (ii) el usuario operador seleccionado suscribiera un contrato de arrendamiento con la Nación – Ministerio de Comercio Exterior sobre el área en la cual debía funcionar la zona franca. Conforme al artículo 13 *ibidem*, el citado contrato de arrendamiento quedaba condicionado al

244 “Artículo Transitorio 20. El Gobierno Nacional, durante el término de dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución y teniendo en cuenta la evaluación y recomendaciones de una Comisión conformada por tres expertos en Administración Pública o Derecho Administrativo designados por el Consejo de Estado; tres miembros designados por el Gobierno Nacional y uno en representación de la Federación Colombiana de Municipios, suprimirá, fusionará o reestructurará las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece”.

cumplimiento de las obligaciones del arrendatario como usuario operador de la respectiva zona franca, “*so pena de declaratoria de caducidad*”.

El artículo 14 del mismo decreto preceptuó que cuando los terrenos e instalaciones entregados en arrendamiento al usuario operador de la zona fueren enajenados en su totalidad a un tercero, el nuevo propietario podría ser seleccionado por el Ministerio de Comercio Exterior como usuario operador, si así lo solicita ante dicha entidad y acredita las calidades y requisitos exigidos para tener esa condición, una vez vencido el término del contrato de arrendamiento que suscribiera la Nación – Ministerio de Comercio Exterior con el usuario operador inicial, incluidas sus prórrogas.

Para el mejor entendimiento de esta norma, vale la pena aclarar que al concluir la liquidación de los establecimientos públicos que operaban las zonas francas industriales y comerciales a que se refiere el Decreto 2131 de 1991, los inmuebles que eran propiedad de dichos establecimientos y en los cuales funcionaban las respectivas zonas francas, pasaron a ser propiedad de la Nación – Ministerio de Comercio Exterior, en virtud de lo previsto en el artículo 6º de dicho decreto y de lo estipulado en cada una de las actas finales de liquidación.

Con fundamento en tales disposiciones, el Ministerio de Comercio Exterior, mediante resoluciones, declaró la existencia de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena, Santa Marta, Palmaseca y Cúcuta; autorizó a sus respectivos usuarios operadores, y celebró con cada uno de ellos un contrato de arrendamiento sobre los predios de propiedad de la Nación en donde funcionarían tales zonas.

Mediante la Ley 790 de 2002²⁴⁵ se ordenó la fusión de los Ministerios de Desarrollo Económico y de Comercio Exterior, para conformar el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, cuyos objetivos y funciones serían los de los dos ministerios fusionados. En el artículo 16 se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República para realizar, entre otros fines, los siguientes: “*Determinar los objetivos y la estructura orgánica de los ministerios*” (literal b); “*reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la administración pública nacional*” (literal c), y “*señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de las entidades u organismos resultantes de las fusiones o escisiones...*” (literal e).

Con fundamento en esta ley, el Gobierno expidió el Decreto 210 de 2003, por medio del cual se determinó la estructura, los objetivos y las funciones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. A este respecto se dispuso que los objetivos de dicha entidad serían los de formular, adoptar, dirigir y coordinar las políticas generales en materia de desarrollo económico y social del país, relacionadas con la competitividad, integración y desarrollo de los sectores productivos de la industria, la micro, pequeña y mediana empresa, el comercio exterior de bienes,

²⁴⁵ “Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”.

servicios y tecnología, la promoción de la inversión extranjera, el comercio interno y el turismo; así como ejecutar las políticas, planes generales, programas y proyectos de comercio exterior.

Dentro de las funciones generales del nuevo ministerio, el artículo 2º del citado decreto incluyó las de fijar la política del Gobierno en materia de zonas francas (numeral 11) y llevar el registro de sus usuarios (numeral 25). Así mismo, el artículo 20 consagró, como funciones específicas de la Subdirección de Instrumentos de Promoción de Exportaciones, las de evaluar y aprobar solicitudes de registro de los usuarios de las zonas francas (numeral 9); efectuar el seguimiento y control de las zonas francas en lo relacionado con el acatamiento del “*régimen franco*”, con el uso de los terrenos de propiedad de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y con el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los usuarios de las mismas (numeral 10), y evaluar las solicitudes de declaratoria de las zonas francas, así como de modificación a las condiciones de los contratos celebrados con los respectivos usuarios operadores y a los planes de inversión y desarrollo de tales zonas (numeral 11).

El artículo 39 *ibidem* estableció que los contratos celebrados por los dos ministerios fusionados se entenderían cedidos al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en relación con las funciones que competen al nuevo ministerio. Recuerda la Sala que entre dichos contratos estaban incluidos los de arrendamiento que había suscrito el extinto Ministerio de Comercio Exterior con los usuarios operadores de las zonas francas que existían en ese momento.

Más adelante, el Decreto 4269 de 2005 modificó la estructura y las funciones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. El artículo 1º modificó los numerales 11 y 25 del artículo 2º del Decreto 210 de 2003. El primero, en el sentido de eliminar como función de dicho ministerio la de formular, en forma específica, la política de las zonas francas, para reemplazarla por una función más general de “*formular dentro del marco de sus competencias las políticas relacionadas con los instrumentos que promuevan la productividad, la competitividad y el comercio exterior*”, dentro de los cuales, a juicio de la Sala, se encuentran las zonas francas. Y el numeral 25, en el sentido de suprimir el registro de los usuarios de las zonas francas como función del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Por otro lado, el artículo 2º modificó la estructura de la Dirección de Comercio Exterior, suprimiendo la Subdirección de Instrumentos de Promoción de Exportaciones, con sus respectivas funciones. Para ratificar lo anterior, el artículo 12 *ibidem* derogó expresamente el artículo 20 del Decreto 210 de 2003, que contenía tales funciones.

Y, finalmente, el artículo 11 del Decreto 4269 ordenó el traspaso a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- de los procedimientos administrativos, recursos contra actos administrativos y procesos judiciales que llevaba a cabo el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, o en los que era parte, en relación con las zonas francas.

En forma sincrónica, el Decreto 4271 de 2005 modificó la estructura y las funciones de la DIAN, y le asignó a dicha entidad las de autorización, declaración, supervisión, control, fiscalización y cobro coactivo relacionadas con las zonas francas. El artículo 1° de dicho decreto modificó el artículo 5° del Decreto 1071 de 1999, que consagra las funciones generales de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, entre las cuales se encuentra la *“dirección y administración de la gestión aduanera”*, que de acuerdo con la nueva norma comprende *“el servicio y apoyo a las operaciones de comercio exterior... así como la administración y control de los Sistemas Especiales de Importación-Exportación, Zonas Francas, Zonas Económicas Especiales de Exportación y las Sociedades de Comercialización Internacional, de conformidad con la política que formule el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la materia, para estos últimos, con excepción de los contratos relacionados con las Zonas Francas”*. (Se resalta).

Aunque el Decreto 4271 de 2005 fue derogado expresamente por el Decreto 4048 de 2008²⁴⁶, tanto las funciones de la DIAN en relación con las zonas francas como la norma que se acaba de transcribir fueron reiteradas por este decreto²⁴⁷. En el mismo año 2005 el Congreso de la República expidió la Ley 1004²⁴⁸, que redefinió las zonas francas de la siguiente forma:

“Artículo 1°. La Zona Franca es el área geográfica delimitada dentro del territorio nacional, en donde se desarrollan actividades industriales de bienes y de servicios, o actividades comerciales, bajo una normatividad especial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior. Las mercancías ingresadas en estas zonas se consideran fuera del territorio aduanero nacional para efectos de los impuestos a las importaciones y a las exportaciones”.

El artículo 3° *ibidem* dispone que las zonas francas pueden tener las siguientes clases de usuarios: usuarios operadores, usuarios industriales de bienes, usuarios industriales de servicios y usuarios comerciales, y establece que el usuario operador es *“la persona jurídica autorizada para dirigir, administrar, supervisar, promocionar y desarrollar una o varias Zonas Francas, así como calificar a sus usuarios”*. El artículo 4° de la misma ley fija unas pautas generales para que el Gobierno Nacional reglamente esta materia, y el artículo 13 deroga, entre otras normas, la Ley 109 de 1985 y el artículo 6° de la Ley 7 de 1991, citados con anterioridad. Con fundamento en este nuevo marco legal, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4051 de 2007, mediante el cual se modifica parcialmente el denominado *“Estatuto Aduanero”*, contenido en el Decreto 2685 de 1999.

En punto a las zonas francas, este decreto las clasifica en: (i) zonas francas permanentes; (ii) zonas francas permanentes especiales, que son aquellas que cuentan con un solo usuario industrial, y (iii) zonas francas transitorias.

246 *“Por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”*.

247 Ver el artículo 1°, inciso 6° del Decreto 4048 de 2008.

248 *“Por la cual se modifican (sic) un régimen especial para estimular la inversión y se dictan otras disposiciones”*.

Con respecto a la declaratoria de las zonas francas permanentes, el decreto citado confirma que esta función corresponde a la DIAN, pero aclara que dicha declaratoria se hará previo concepto favorable sobre la viabilidad de la zona franca por parte de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, de la cual forman parte, entre otros funcionarios, el Ministro de Comercio, Industria y Turismo, quien la preside, y el Director General de la DIAN. Dicha Comisión tiene a su cargo, igualmente, aprobar el “Plan Maestro de Desarrollo General de la Zona Franca”, documento que debe contener el plan de inversiones para la generación, construcción y transformación de la infraestructura física de la zona, la generación de empleo y la mejora en la competitividad y en la producción de bienes y servicios (Decreto 1074 de 2015²⁴⁹, artículo 1.1.3.14.).

Vale la pena señalar que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo ejerce la secretaría técnica de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, como lo dispone el artículo 393-5 del Decreto 2685 de 1999, modificado por los Decretos 383 de 2007, 4051 de 2007, 4809 de 2010 y 711 de 2011. Asimismo, el artículo 393-9 del Estatuto Aduanero, modificado por el artículo 1° del Decreto 383 de 2007, establece que la ampliación del área de una zona franca requiere aprobación de la DIAN, **previo concepto del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo**, del Departamento Nacional de Planeación y de la entidad que sea competente para regular, controlar o vigilar la actividad que pretenda desarrollarse.

Por otra parte, el artículo 29 del Decreto 4051 de 2007 modificó el artículo 6° del Decreto 383 de 2007²⁵⁰, con el fin de prever la participación de la DIAN en los nuevos procesos de contratación que realice el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para entregar en arriendo bienes de la Nación en los que operen zonas francas, así:

“Artículo 29. Modifícase el artículo 6° del Decreto 383 de 2007, el cual quedará así: “Artículo 6°. Reemplazo del arrendatario. Para la aceptación de una oferta y la suscripción de un nuevo contrato de arrendamiento de terrenos de la Nación declarados como Zona Franca por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo se requerirá cumplir el proceso licitatorio correspondiente en el cual deberá intervenir la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a partir de la elaboración de los Pliegos en la parte pertinente a los requisitos exigidos para la autorización del Usuario Operador, y en la parte de selección respecto de estos mismos requisitos”.

Finalmente, merece la pena señalar que el artículo 40 del Estatuto Aduanero ratifica que la DIAN es la autoridad competente para vigilar y controlar el régimen aduanero, tributario y cambiario de los usuarios industriales de bienes y/o servicios, así como de los usuarios comerciales instalados en zonas francas permanentes, sin perjuicio de las funciones y obligaciones de los respectivos usuarios operadores.

²⁴⁹ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo”.

²⁵⁰ “Por el cual se modifica el Decreto 2685 de 1999 y se dictan otras disposiciones”.

El recuento normativo anterior permite concluir que las zonas francas son áreas geográficas delimitadas del territorio nacional en las que se desarrollan actividades industriales, comerciales y de servicios, bajo una normatividad especial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior. Su constitución, funcionamiento y las operaciones que pueden realizar se encuentran previstas actualmente en la Ley 1004 de 2005 y en el Estatuto Aduanero, contenido en el Decreto 2685 de 1999, con sus respectivas modificaciones.

Desde el punto de vista de las competencias institucionales relacionadas con dichas zonas, el mismo recuento permite observar con claridad que la mayor parte de las funciones públicas que tenía el Ministerio de Desarrollo Económico se trasladaron al Ministerio de Comercio Exterior, luego al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y más adelante, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. No obstante, encuentra la Sala que aún hoy competen al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo cuatro (4) importantes funciones en relación con las zonas francas, que ni el Legislador ni el Gobierno Nacional han trasladado a la DIAN:

(i) En primer lugar, señalar la política general en esta materia, que se inscribe dentro de *“las políticas relacionadas con los instrumentos que promuevan la productividad, la competitividad y el comercio exterior”* (Decreto 4269 de 2005, artículo 1º), ya que tales instrumentos incluyen las zonas francas, junto con otros, como los sistemas especiales de importación-exportación, las zonas económicas especiales de exportación y las sociedades de comercialización internacional;

(ii) En segundo lugar, le compete presidir, por conducto del respectivo ministro, y ejercer la secretaría técnica de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, organismo que tiene entre sus funciones las de dar concepto previo sobre la viabilidad de la declaratoria de zonas francas y aprobar los respectivos “Planes Maestros de Desarrollo General” (Decreto 4051 de 2007);

(iii) En tercer lugar, le corresponde dar concepto previo sobre la ampliación de las áreas de las zonas francas ya declaradas (artículo 393-9 del Estatuto Aduanero, modificado por el artículo 1º del Decreto 383 de 2007), y

(iv) Por último, debe velar por la conservación y el uso adecuado de los terrenos que eran de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (antes de su transferencia a CISA), así como por el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los respectivos arrendatarios (usuarios operadores de cada zona franca), especialmente en cuanto a la utilización de dichos inmuebles en forma exclusiva para los fines propios de las zonas francas (artículo 30, numeral 22 del Decreto 210 de 2003, adicionado por el artículo 9 del Decreto 4269 de 2005, y artículo 1 del Decreto 4048 de 2008, modificado por el artículo 1 del Decreto 1321 de 2011).

C. La transferencia a CISA de los bienes inmuebles en donde operan algunas zonas francas

1. Cumplimiento de la finalidad a la cual están destinados dichos bienes

Como se ha demostrado, los bienes inmuebles en donde operan actualmente las zonas francas permanentes que fueron entregadas a particulares como resultado de la liquidación de los respectivos establecimientos públicos, están destinados a una finalidad específica, consistente en el funcionamiento de las correspondientes zonas francas, en atención a los beneficios económicos y sociales que tales áreas geográficas suponen para el desarrollo del país.

Esta destinación se encuentra prevista tanto en actos jurídicos de derecho público como privado. Ejemplos de los primeros son el Decreto 2111 de 1992, el Decreto 2480 de 1993, la Ley 1004 de 2005, el Decreto 4271 de 2005 y el Estatuto Aduanero, a todos los cuales se ha hecho alusión, así como las resoluciones que en su momento expidió el Ministerio de Comercio Exterior para declarar la existencia de las zonas francas y seleccionar a sus usuarios operadores. Por otro lado, los actos de derecho privado que han establecido dicha destinación son los contratos de arrendamiento celebrados en su momento por el Ministerio de Comercio Exterior con cada uno de los usuarios operadores, los cuales, aunque pertenecen a la categoría de los contratos estatales y, por lo tanto, se encuentran sometidos a la Ley 80 de 1993²⁵¹, así como a ciertas disposiciones especiales (por ejemplo, el artículo 6 del Decreto 383 de 2007) se rigen en todo lo demás, por las normas del derecho privado (civil o comercial) que sean aplicables, como lo disponen los artículos 13, 32 y 40²⁵² de la misma ley.

Dado que dichos actos jurídicos de derecho público y privado se expidieron y se celebraron antes de que empezara a regir la Ley 1450 de 2011, es decir, el 16 de junio de 2011, fecha de su publicación en el Diario Oficial, según lo dispuesto en el artículo 276 de la misma²⁵³, y que en ese momento los referidos bienes inmuebles estaban siendo ocupados y utilizados por los usuarios de las correspondientes zonas francas, es evidente que tales activos se estaban usando para el fin específico al cual se encontraban y se encuentran destinados. Queda por establecer, entonces,

²⁵¹ "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".

²⁵² "Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley (...)"

"Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)"

"Artículo 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración. (...)"

²⁵³ "Artículo 276. Vigencias y derogatorias. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias. (...)"

si dichos bienes se requieren para el cumplimiento de las funciones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

2. Vinculación entre la finalidad asignada a los bienes y las funciones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

Tal como se explicó previamente, como resultado del traslado de funciones del Ministerio de Desarrollo Económico al Ministerio de Comercio Exterior, de la fusión de éste con el primero para crear el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y del traspaso a la DIAN de la mayor cantidad de funciones relacionadas con las zonas francas, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo conserva en la actualidad cuatro (4) funciones relacionadas con las zonas francas: (i) formular la política general del Gobierno en esta materia; (ii) supervisar y controlar el uso adecuado de los bienes nacionales destinados al funcionamiento de dichas zonas; (iii) presidir y ejercer la secretaría técnica del Comité Intersectorial de Zonas Francas, el cual debe, entre otras tareas, conceptuar en forma previa sobre la declaratoria de la existencia de nuevas zonas francas y aprobar los “Planes Maestros de Desarrollo General” de dichas áreas, y (iv) conceptuar sobre las solicitudes de ampliación de las zonas francas.

Dado lo anterior, no puede afirmarse que dichos bienes no sean requeridos - ni lo fueran al momento de su transferencia - por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para el desarrollo de su “objeto misional”, como lo establecía el artículo 1º, numeral 4º del Decreto Reglamentario 4054 de 2011, pues, por una parte, dicho ministerio conserva las funciones que se ha mencionado en relación con las zonas francas y, por la otra, los objetivos con los cuales se crearon y funcionan hoy en día dichas áreas del territorio nacional son enteramente compatibles con los objetivos generales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

En efecto, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 1004 de 2005, son objetivos de las zonas francas los siguientes: (i) ser instrumento para la creación de empleo y la captación de nuevas inversiones de capital; (ii) ser un polo de desarrollo que promueva la competitividad en las regiones donde se establezcan; (iii) desarrollar procesos industriales altamente productivos y competitivos, bajo conceptos de seguridad, transparencia, tecnología, producción limpia y buenas prácticas empresariales; (iv) promover la generación de economías de escala, y (v) simplificar los procedimientos del comercio de bienes y servicios. Por su parte, el objetivo primordial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo consiste en “*formular, adoptar, dirigir y coordinar las **políticas generales en materia de desarrollo económico y social del país, relacionadas con la competitividad, integración y desarrollo de los sectores productivos de la industria, la micro, pequeña y mediana empresa, el comercio exterior de bienes, servicios y tecnología, la promoción de la inversión extranjera, el comercio interno y el turismo; y ejecutar las políticas, planes generales, programas y proyectos de comercio exterior***” (Decreto 1074 de 2015, artículo 1.1.1.1.). (Subrayas ajenas al texto).

Pero además es pertinente recordar que el término “objeto misional”, que utilizaba el citado decreto reglamentario, debe ser interpretado como sinónimo del conjunto de las funciones asignadas legalmente a una entidad pública, en este caso, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, para no verse forzados a concluir que dicha expresión excedía lo dispuesto en la ley, ya sea por restringir el campo de aplicación de la obligación que consagraba el artículo 238 de la Ley 1450 de 2011, o bien por ampliar el alcance de la misma.

En este sentido puede afirmarse que aun cuando la única función que mantuviera dicho ministerio en relación con las zonas francas fuese la de velar por el adecuado uso de los terrenos de propiedad de la Nación que fueron entregados en arriendo a los usuarios operadores de las zonas francas, para los fines propios de dichas áreas geográficas, el cumplimiento de esa función por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo justificaría, por sí misma, que éste mantuviera en su poder los citados inmuebles y, por ende, que no debiera transferirlos a CISA.

Debe tenerse en cuenta, además, que los referidos contratos de arrendamiento celebrados en su momento por la Nación - Ministerio de Comercio Exterior con los usuarios operadores de las zonas francas, no son contratos de arriendo comunes y corrientes, pues no buscan simplemente la obtención de una renta o ingreso para el arrendador (la Nación), y la facultad de usar un bien por parte del arrendatario en cualquier actividad civil o comercial lícita, sino que dichos negocios jurídicos están vinculados de una manera inseparable a la existencia y funcionamiento de las respectivas zonas francas, al cumplimiento de la normatividad especial que en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior rige para las mismas, y a la ejecución de las funciones públicas que tanto el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo como la DIAN tienen actualmente en relación con dichas áreas.

Resulta especialmente ilustrativo en este punto lo dispuesto por el Decreto 2480 de 1993 en varias de sus normas. Así, por ejemplo, de conformidad con los artículos 7, 8, 10 y 12, la declaratoria de las zonas francas a las cuales se refiere ese decreto (es decir, las que antes eran establecimientos públicos) solamente se hacía efectiva cuando se cumplieran dos condiciones: (i) que se suscribiera el acta final de liquidación de cada uno de los establecimientos públicos mencionados, y (ii) que el usuario operador seleccionado por el Ministerio de Comercio Exterior suscribiera el correspondiente contrato de arrendamiento. Asimismo, los artículos 13 y 14 ibidem preceptúan lo siguiente:

*“Artículo 13. El contrato de arrendamiento a que se refiere el artículo anterior se condicionará, **so pena de declaratoria de caducidad al cumplimiento de las obligaciones del arrendatario como usuario-operador de la zona**, sin perjuicio de las demás condiciones que se estipulen en el contrato o de aquellas previstas en la ley.*

*“Artículo 14. Cuando los terrenos e instalaciones entregados en arrendamiento al usuario-operador de la zona fueren enajenados en su totalidad a un tercero, **el nuevo propietario podrá ser seleccionado como usuario-operador, si así***

lo solicita ante el Ministerio de Comercio Exterior y acredita el cumplimiento de los requisitos y calidades exigidas, una vez vencido el término del contrato de arrendamiento con el usuario- operador inicial, o de la prórroga acordada, según el caso". (Se resalta)

Esta interrelación entre las calidades de arrendatario de los mencionados bienes y de usuario operador de las respectivas zonas francas, que establece el Decreto 2480 de 1993, quedó reflejada tanto en las resoluciones expedidas en su momento por el Ministerio de Comercio Exterior para declarar la existencia de las zonas francas y designar a sus usuarios operadores, como en los contratos de arrendamiento celebrados con estos últimos. Así, para citar solo un ejemplo, en la Resolución N° 0835 del 2 de junio de 1994, *"por la cual se declara la existencia de un área geográfica como Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios y se selecciona al usuario operador correspondiente"*, se aprecia lo siguiente:

En el artículo 2° se dispuso que el término de duración de dicha zona franca sería de treinta (30) años *"y el contrato de arrendamiento respectivo será inicialmente de quince (15) años, prorrogables a voluntad de las partes **sin exceder del término de duración de la Zona Franca"*** (resaltamos).

En el artículo 3° se estableció que la calidad de usuario operador de la sociedad que fue seleccionada para cumplir esa función, solo se haría efectiva a partir del momento en que se suscribiera el acta final de liquidación del establecimiento público respectivo y se firmara también el contrato de arrendamiento con el usuario operador escogido sobre los terrenos e instalaciones de propiedad de la Nación, *"teniendo como base la oferta presentada y las condiciones que el Ministerio de Comercio Exterior determine en el contrato correspondiente"*.

En punto a las obligaciones del usuario operador, el artículo 4° de la citada resolución menciona dos que vale la pena citar: *"Desarrollar la infraestructura y construcciones de la Zona Franca, de acuerdo con los compromisos adquiridos en la propuesta y **los demás que establezca el Ministerio de Comercio Exterior en el contrato de arrendamiento respectivo"*** (numeral 2°), y *"suscribir el respectivo contrato de arrendamiento con el Ministerio de Comercio Exterior **en los términos y condiciones señalados en la convocatoria y las leyes pertinentes**, y cumplirlo en todas sus partes"* (numeral 8°). (Negrillas fuera del texto).

Asimismo, en el artículo 8° de la Resolución N° 835 de 1994 se dispone que, *"de acuerdo con lo señalado en el artículo 8° del Decreto 2480 de 1993 la calidad de usuario operador queda condicionada a lo previsto en el artículo 14 del citado decreto, para el caso de la enajenación de la totalidad de los inmuebles de la Zona Franca a un tercero"*.

En forma concordante fueron redactados los contratos de arrendamiento que a la sazón suscribió el Ministerio de Comercio Exterior con cada uno de los usuarios operadores de estas zonas francas. Por ejemplo, en el contrato suscrito entre la Nación – Ministerio de Comercio Exterior y el usuario operador de la zona franca

a la cual se refiere la Resolución N° 835 de 1994, se incluyeron las siguientes estipulaciones que merece la pena destacar:

- En la cláusula tercera (“*DESTINACIÓN*”) se expresó que “*el USUARIO-OPERADOR solamente podrá destinar los inmuebles arrendados para las actividades propias o complementarias de Zona Franca, y su incumplimiento se considerará lesión grave de los derechos del arrendador o EL MINISTERIO*”.
- En la cláusula sexta (“*ENAJENACIÓN DE BIENES*”), se pactó lo siguiente: “*En el evento que EL MINISTERIO decidiera enajenar o transferir el dominio de los bienes que conforman la Zona Franca, éste determinará en los términos de referencia de la respectiva licitación, como factor importante de calificación, el hecho de ser usuario-operador de la Zona Franca*”.

Con respecto al significado de esta cláusula, la Sala manifestó lo siguiente, en el concepto N° 1157 de 1998²⁵⁴:

“1. La cláusula sexta sobre enajenación de bienes, prevista en el contrato suscrito entre el Ministerio de Comercio Exterior y la firma... plantea dos posibilidades. Una, que el actual usuario-operador participe en la licitación que se abra para dicha enajenación, caso en el cual nada impide que por esa condición se le otorgue una (sic) factor importante de calificación; la otra, que se adjudique a un tercero, quien podrá aspirar a convertirse en usuario-operador si así lo solicita al Ministerio de Comercio Exterior y acredita el cumplimiento de los requisitos exigidos para tal fin, pero una vez vencido el término del contrato de arrendamiento con el usuario-operador inicial, o de la prórroga acordada.

*“En los dos eventos, quien resulte favorecido con la adjudicación **debe comprometerse a continuar dando a los bienes la destinación establecida en el contrato de arrendamiento, esto es, que los mismos permanezcan al servicio de la operación de la zona franca**”.* (Se resalta).

La cláusula décima del contrato citado dice lo siguiente:

“DÉCIMA.- OBLIGACIONES ESPECIALES DEL USUARIO-OPERADOR: El USUARIO-OPERADOR queda especialmente obligado a dar cumplimiento estricto a las disposiciones propias de Zona Franca y especialmente a las consagradas en los Decretos 2131 de 1991, 971 de 1993, 2480 de 1993 y la resolución No. 0835 del 2 de junio de 1994, del Ministerio de Comercio Exterior, por medio de la cual se le designó como USUARIO-OPERADOR”.

Y en la cláusula decimosexta del mismo documento se estipuló una condición resolutoria expresa, en los siguientes términos:

²⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 1157 del 14 de diciembre de 1998.

“DÉCIMA SEXTA.- CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA: De conformidad con lo establecido por el artículo 8º del decreto 2480 de 1993, **el presente contrato queda sometido a la condición resolutoria expresa de que el USUARIO-OPERADOR pierda dicha calidad o se le cancele el permiso de funcionamiento como tal de acuerdo con las normas propias del régimen de Zonas Francas. Ocurrido el evento aquí previsto, el contrato quedará resuelto automáticamente, y el USUARIO-OPERADOR restituirá los inmuebles, y se procederá a la liquidación del contrato...**” (Se resalta).

Como puede observarse, en el caso de las zonas francas a las cuales se refiere esta consulta, existe una íntima e inseparable relación entre las condiciones de usuario-operador de cada una de dichas zonas y arrendatario de los bienes requeridos para su funcionamiento. Igualmente existe una vinculación del mismo tipo entre las obligaciones que cada usuario-operador tiene en virtud de la ley y de los actos administrativos que le otorgan dicha condición, y las obligaciones que le corresponde como arrendatario, al punto que el incumplimiento de las primeras puede considerarse también como un incumplimiento del contrato de arriendo y dar lugar a su declaratoria de caducidad.

Y desde el punto de vista de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (antes Ministerio de Comercio Exterior) existe del mismo modo una evidente interrelación entre la propiedad de dichos bienes, que estaba en cabeza suya hasta cuando fueron transferidos a CISA, y la ejecución de la función que los Decretos 4269 de 2005 y 1321 de 2011 le asignan actualmente en relación con la supervisión del cumplimiento de los contratos de arrendamiento y con el control al uso adecuado de los inmuebles para el fin al cual están destinados, es decir, al funcionamiento de las correspondientes zonas francas.

Probablemente esta fue la razón por la cual, en los actos de transferencia de estos inmuebles e instalaciones a CISA, se incluyó una disposición según la cual *“el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo CEDE a título gratuito a favor del (sic) Central de Inversiones S.A. todos los derechos y obligaciones derivadas del Contrato Estatal de Arrendamiento de Terrenos e instalaciones para la operación de la Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios...”, actualmente vigente, respecto del cual, (sic) el Ministerio cede y, (sic) CISA asume la posición contractual*”. Por la misma razón, en el artículo 1º, párrafo segundo de las citadas resoluciones se hizo la siguiente advertencia: *“Se deja claro que Central de Inversiones S.A. no podrá cambiar el régimen de Zona Franca que, en la actualidad pesa sobre los mencionados inmuebles, mientras dicho régimen persista por ministerio de la Ley”*.

A este respecto observa la Sala que si bien el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, previo acuerdo con CISA, podía cederle su posición contractual en los contratos de arrendamiento, como lo permite el artículo 887 del Código de

Comercio²⁵⁵, aplicable en este caso²⁵⁶ por la remisión que hacen a las normas del derecho privado los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, antes citados, lo que no podía hacer dicho ministerio, mediante una resolución, era trasladar o pretender trasladar a CISA una función pública, como la que se ha descrito con anterioridad, consistente en supervisar y controlar el uso de los bienes entregados en arriendo a los usuarios operadores de las respectivas zonas francas para los fines propios de las mismas, de acuerdo con el régimen especial creado para tales áreas.

En primer lugar, porque dicha función no cabe dentro del objeto social de CISA, y en segundo lugar, porque el traslado de funciones entre entidades públicas solamente puede hacerlo el Legislador o el Presidente de la República, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 150 (numerales 7 y 23)²⁵⁷ y 189 (numerales 15, 16 y 17)²⁵⁸ de la Constitución Política, en este último caso con sujeción a los criterios establecidos en la ley (actualmente la Ley 489 de 1998²⁵⁹).

No desconoce la Sala que la función de supervisar el cumplimiento del régimen especial en materia aduanera, tributaria y de comercio exterior al que están sometidos los usuarios operadores de las zonas francas y sus respectivos usuarios industriales y comerciales, compete actualmente a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Pero tampoco puede soslayarse el hecho de que el desconocimiento de dicho régimen implica, como ya se demostró, un incumplimiento a los respectivos contratos de arrendamiento suscritos por los usuarios operadores con la Nación -Ministerio de Comercio Exterior- (hoy en día Ministerio de Comercio, Industria y Turismo), lo cual podría generar la imposición de sanciones por parte del arrendador, inclusive la declaratoria de caducidad de los contratos, especialmente si el incumplimiento compromete la calidad de usuario operador de alguno de dichos arrendatarios.

255 "Artículo 887. En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución. La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido".

256 Puede considerarse que los contratos de arrendamiento celebrados entre la Nación-Ministerio de Comercio Exterior y los respectivos usuarios operadores de las zonas francas, además de ser contratos estatales, son contratos mercantiles de ejecución sucesiva. Si bien dichos contratos son intuitu personae, como sucede con todos los contratos estatales (Ley 80 de 1993, artículo 41), lo son únicamente en relación con el contratista, pero no respecto de la entidad pública contratante, quien podría, por lo tanto, cederlos a otra entidad u organismo del Estado.

257 "Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: "(...)

7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; (...) así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta. "(...)

23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos. "(...)"

258 "Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: "(...)

15. Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley.

16. Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley.

17. Distribuir los negocios según su naturaleza, entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos. "(...)"

259 "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".

3. Limitaciones en la gestión de CISA con respecto a los inmuebles adquiridos

Adicionalmente se observa que la transferencia de tales inmuebles a CISA, con la finalidad para la cual fueron destinados, la que, como se indicó, se ha continuado cumpliendo, limita considerablemente la gestión que puede realizar esa sociedad con dichos inmuebles, pues antes de la Ley 1753 de 2015, sólo podía reasignarlos en forma gratuita a otra entidad pública que tuviera funciones relacionadas directamente con las zonas francas, entidad que básicamente era la DIAN, o comercializarlos con los actuales o los futuros usuarios operadores de cada zona franca, y en la actualidad, con la modificación que efectuó el artículo 163 al artículo 238 de la Ley 1450, solo podrían ser enajenados por CISA a las mismas personas jurídicas, “de acuerdo a sus políticas y procedimientos”.

4. La presunta existencia de bienes de uso público - intransferibilidad

A todo lo anterior debe agregarse el hecho de que, según los documentos aportados por CISA con la comunicación dirigida a la Sala, en tres (3) de las zonas francas que nos ocupa se encuentran *bienes de uso público* de distinto tipo. Aunque la Sala no tiene los elementos de juicio suficientes, sobre todo de naturaleza probatoria, para confirmar o descartar que los bienes descritos sean en realidad de uso público, es claro que si dichos bienes existen dentro de las zonas francas mencionadas y eran efectivamente de uso público al momento de efectuar la transferencia de los inmuebles a CISA, este sería otro argumento adicional para concluir que los referidos predios no podían cederse a dicha entidad, por lo menos en la parte que corresponda a los señalados bienes de uso público, pues resulta evidente que esa clase de bienes nacionales son inalienables, además de inembargables e imprescriptibles, por lo cual no podían ser enajenados a ningún título a CISA, ni pueden ser transferidos a cualquier otra entidad o persona de derecho público o privado, como lo disponen claramente los artículos 63 de la Constitución Política y 674 y siguientes del Código Civil.

5. Conclusión

La Sala concluye, por lo tanto, que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo no estaba facultado legalmente para transferir a CISA, a título gratuito, los bienes inmuebles que en su momento eran de la Nación y en los cuales operan las zonas francas de Cartagena, Barranquilla, Santa Marta, Palmaseca y Cúcuta, ni podía trasladar a dicha sociedad la función que se le asignó, con fundamento en la ley, de supervisar los respectivos contratos de arrendamiento y el adecuado uso de los bienes por parte de los arrendatarios, para los fines propios y exclusivos de las zonas francas.

D. Pago del pasivo pensional a cargo de los establecimientos públicos liquidados

Para dar respuesta a la pregunta formulada en la solicitud de ampliación, es necesario partir de lo dispuesto en el Decreto 2111 de 1992, expedido por el Gobierno

Nacional en ejercicio de las facultades que le otorgó el artículo 20 transitorio de la Constitución, y mediante el cual se ordenó la supresión y la liquidación de los establecimientos públicos que operaban las zonas francas industriales y comerciales de Barranquilla, Cartagena, Santa Marta, Palmaseca, Buenaventura, Cúcuta, Rionegro y Uraba. El artículo 6° de este decreto estatuyó:

“Artículo 6°. Enajenación de bienes.- Como consecuencia de la liquidación se podrá enajenar los bienes de propiedad de los establecimientos públicos en liquidación, de acuerdo con las normas vigentes sobre la materia.

“Las obligaciones contraídas por los establecimientos públicos en liquidación, se cancelarán en primera instancia con aportes presupuestales de la Nación, que serán reembolsados posteriormente, con el producto de las enajenaciones que se realicen. Una vez se realice lo anterior, el remanente del producto de dichas enajenaciones se transferirá al Fondo de Cofinanciación para Inversión Social. Concluida la liquidación de los establecimientos públicos en liquidación, los bienes y obligaciones remanentes, pasarán a la Nación - Ministerio de Comercio Exterior”. (Se resalta).

Este decreto fue reglamentado por el Decreto 1125 de 1993, que estableció el procedimiento para efectuar la liquidación de dichos establecimientos públicos.

El artículo 4° ibídem dispuso que el proceso de liquidación de las entidades públicas mencionadas tendría cuatro etapas, a saber: (i) inventario de activos y pasivos, (ii) avalúo de los bienes, (iii) enajenación de bienes o entrega a terceros y (iv) pago de obligaciones pendientes. La misma norma señaló, en armonía con lo previsto en el artículo 1° del Decreto 2111 de 1992, que el proceso de liquidación debía concluir a más tardar el 30 de junio de 1994.

El artículo 11 ejusdem reglamentó la forma como debía hacerse el pago de las obligaciones a cargo de los establecimientos públicos dentro del trámite liquidatorio, y los artículos 13, 14, 15, 16 y 17 se refirieron a la enajenación de los bienes que eran propiedad de dichas entidades para el pago de su pasivo. Vale la pena transcribir, en particular, lo que establecían los artículos 13, 14 y 16:

“Artículo 13. Enajenación de bienes. De conformidad con lo previsto en el artículo 6° del Decreto 2111 de 1992, podrán enajenarse los bienes de propiedad de los establecimientos públicos en liquidación, cuando ello se considere necesario para llevar a cabo el proceso liquidatorio.

“Artículo 14. Bienes objeto de enajenación. Para la determinación de los bienes que deban ser materia de enajenación y la oportunidad en que ésta deba realizarse, se tendrá en cuenta la necesidad de garantizar la operación de la zona durante la liquidación, pero sin afectar con ellos la celeridad requerida en el proceso liquidatorio. (...)

“Artículo 16. Venta de inmuebles. Cuando la venta de bienes inmuebles se considere como una alternativa viable y adecuada a los fines de la liquidación, el Liquidador elaborará un programa de enajenación que será sometido a consideración del Ministerio de Comercio Exterior, y posteriormente aprobado por la Junta Liquidadora. El programa de enajenación se elaborará buscando evitar perjuicios indebidos a los usuarios de la zona franca y a la actividad económica de la misma, y se buscará dar prelación a la enajenación en bloque, si ello resultare posible”. (La Sala resalta).

Y finalmente, el artículo 19 del decreto que se comenta preceptuó lo siguiente:

“Artículo 19. Informe final y acta de liquidación. Cumplidas las etapas anteriores, el Liquidador presentará a la Junta Liquidadora un informe final, acompañado de un acta de liquidación, en la cual se consignarán en forma detallada los bienes y obligaciones remanentes que deban pasar a la Nación - Ministerio de Comercio Exterior. Aprobado el informe final y el acta de liquidación por la Junta Liquidadora, y suscrita ésta por el Ministerio de Comercio Exterior, finalizará el proceso de liquidación, para lo cual se tendrá en cuenta la fecha límite señalada en el artículo 4° del presente Decreto”.

De lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 2111 de 1992 y en las normas reglamentarias citadas, puede deducirse con absoluta claridad que la enajenación de los bienes que fueron propiedad de los antiguos establecimientos públicos operadores de las zonas francas y el pago de las obligaciones causadas a cargo de dichas entidades o, según el caso, el reembolso a la Nación de las sumas de dinero utilizadas por ella para pagar deudas a cargo de los mencionados establecimientos, constituyen actividades que debían cumplirse dentro del proceso de liquidación de tales entes, es decir, antes de la suscripción y aprobación del acta final de la liquidación, lo cual debía ocurrir a más tardar el 30 de junio de 1994, como efectivamente sucedió, según consta en la copia de las actas enviadas a la Sala por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

No significa lo anterior que las obligaciones causadas y no pagadas antes de esa fecha, así como aquellas que se causaron o se hicieron exigibles con posterioridad, queden definitivamente insolutas, pues para ello el artículo 6° del Decreto 2111 estableció que tanto dichas deudas como los activos que no fueron enajenados dentro del proceso liquidatorio, se transferían a la Nación.

Lo anterior, a juicio de la Sala, obedece a una lógica jurídica y financiera que debe ser entendida en el contexto de otras normas y de la situación en la cual se dio la liquidación de los citados establecimientos públicos. En efecto, debe recordarse que la intención del Gobierno Nacional y del propio legislador, expresada esta última en el artículo 20 de la Ley 7° de 1991, no fue la de **eliminar las zonas francas** que en ese momento existían, sino apenas la de **suprimir los establecimientos públicos que** las operaban. Por tal razón, esta norma legal facultó al Gobierno para transformar dichos establecimientos en sociedades de economía mixta o, si lo consideraba preferible, enajenar las zonas francas a particulares.

En este contexto se entiende con claridad lo dispuesto por el artículo 14 del Decreto 1125 de 1993 cuando disponía que para determinar los bienes que debían ser materia de enajenación y la oportunidad de la misma, debía tenerse en cuenta la necesidad de garantizar la operación de la zona durante la liquidación. Y cobra más sentido aún lo preceptuado por el artículo 16 *ibidem*, cuando señalaba que el programa de enajenación de los bienes inmuebles, que debía ser sometido a consideración del Ministerio de Comercio Exterior y aprobado por la Junta Liquidadora, debía elaborarse “*buscando evitar perjuicios indebidos a los usuarios de la zona franca y la actividad económica de la misma*”.

Lo anterior también permite comprender por qué no fueron enajenados los predios en donde funcionaba cada zona franca dentro del proceso de liquidación de los respectivos establecimientos públicos operadores, pues si una zona franca es, ante todo, un “área geográfica”, como la define actualmente el artículo 1° de la Ley 1004 de 2005, un mecanismo eficaz para preservar dichas zonas era mantener en bloque y luego traspasar a la Nación el conjunto de inmuebles que conformaban cada una de ellas, con el fin de enajenar posteriormente dichos grupos de bienes a los nuevos usuarios operadores o, como finalmente sucedió, entregárselos en arrendamiento para el funcionamiento de cada zona franca.

Ahora bien, transferidos en bloque tales inmuebles a la Nación – Ministerio de Comercio Exterior -, junto con otros activos y las obligaciones que no alcanzaron a ser pagadas dentro del proceso de liquidación, es claro que ya no había lugar a reembolsos de sumas de dinero para compensar obligaciones que fueran pagadas por la Nación, pues, por una parte, a partir de la aprobación del acta final de liquidación, las obligaciones insolutas ya no eran de los establecimientos públicos liquidados (que desde ese momento no existían) sino de la propia Nación y, por otra parte, dicha entidad quedaba compensada por las obligaciones que desde ese instante asumía, con la adquisición de la propiedad de los bienes que le fueron enajenados.

Efectivamente, recuérdese que a la Nación – Ministerio de Comercio Exterior - no solamente se le transfirieron las obligaciones impagadas de los establecimientos públicos mencionados, sino también importantes y cuantiosos bienes de tales entidades. Es decir, que se traspasaron a la Nación un conjunto de activos y un conjunto de pasivos que pretendían conformar una ecuación financiera, en virtud de la cual los activos recibidos compensaran los pasivos que se asumían.

Es necesario aclarar que el mecanismo anterior no garantizaba que el valor de los activos transferidos a la Nación fuera suficiente para cubrir la totalidad de los pasivos asumidos por la misma, pues la situación financiera de los establecimientos públicos operadores de las zonas francas, que llevó al Gobierno a ordenar su supresión y liquidación, probablemente implicaba que en algunos casos el pasivo de los mismos fuera superior a su activo y, por lo tanto, que la Nación tuviera que asumir el pago de algunas obligaciones con recursos propios, como frecuentemente ocurre con la liquidación de entidades públicas. Pero es importante observar que dicha situación no tendría por qué ser diferente si la totalidad de los bienes de los establecimientos

públicos liquidados, incluyendo los inmuebles, hubieran sido enajenados para pagar sus deudas, o para reembolsar a la Nación las sumas pagadas por ella por cuenta de dichas entidades, pues en la medida en que el producto obtenido de aquella enajenación no fuera suficiente para cubrir todas las obligaciones asumidas, el pasivo restante tendría que ser cubierto igualmente con recursos de la Nación, sobre todo si se trata, como ocurre en este caso, de obligaciones pensionales.

Todo lo que se ha mencionado aparece confirmado con el análisis de las actas de liquidación de los referidos establecimientos públicos, algunas de las cuales fueron enviadas por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, pues en dichos documentos no se impuso a los bienes inmuebles transferidos la carga o modo de garantizar o respaldar de otra forma el pago de las obligaciones pensionales, ni tampoco se condicionó la asunción de dicho pasivo al hecho de que se destinara a su pago el producto de la venta o de otra forma de explotación económica de los señalados bienes.

Por otro lado, es importante recordar que los ministerios no son personas jurídicas, aunque la ley les haya otorgado capacidad de contratación²⁶⁰, sino dependencias o secciones de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el nivel central, las cuales, junto con otras ramas y órganos, conforman la persona jurídica que se denomina Nación. No ocurre lo mismo con los establecimientos públicos, que aun cuando forman parte también de la Rama Ejecutiva en el sector descentralizado, son entidades dotadas de personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, como lo reconocía expresamente el artículo 5° del Decreto Ley 1050 de 1968, vigente en la época en que se ordenó liquidar los establecimientos públicos que operaban las zonas francas, y lo dispone hoy en día el artículo 70 de la Ley 489 de 1998, motivo por el cual dichas entidades no formaban parte de la Nación, ni sus activos eran propiedad de ésta.

Desde el punto de vista presupuestal, debe tenerse en cuenta que aun cuando los presupuestos de los establecimientos públicos forman parte del “Presupuesto General de la Nación”, no integran el “presupuesto nacional”, sino que se registran y manejan en forma separada al presupuesto de las entidades y organismos que conforman este último, es decir, las Ramas Legislativa y Judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Organización Electoral y la Rama Ejecutiva en el nivel nacional, como lo dispone el artículo 3° del Estatuto Orgánico del Presupuesto, expedido mediante la Ley 38 de 1989 y compilado, junto con sus modificaciones, en el Decreto 111 de 1996.

Lo anterior permite comprender también lo establecido por el artículo 6° del Decreto 2111 de 1992, y demuestra con mayor claridad por qué resulta equivocada la interpretación según la cual estaría vigente todavía la obligación de reembolsar a la Nación, con el producto de la venta de los inmuebles que pertenecieron a los establecimientos públicos operadores de las zonas francas, las sumas de dinero

260 Artículo 2°, numeral 1°, literal b) de la Ley 80 de 1993 y artículo 110 del Estatuto Orgánico de Presupuesto.

destinadas por aquella para pagar obligaciones pensionales asumidas en el pasado por los citados establecimientos.

En efecto, siendo que tanto las obligaciones como los bienes de los establecimientos públicos que operaban las zonas francas eran de ellos, y que siguieron siendo suyos *durante* el proceso de liquidación, resultaba completamente lógico y equitativo que si la Nación, con sus propios recursos, es decir, del presupuesto nacional, pagaba deudas de los citados establecimientos durante el proceso de liquidación, estos debieran reembolsar a la Nación las sumas pagadas, con el producto de los bienes de aquellas entidades que se enajenaran dentro del mismo trámite liquidatorio, pues la Nación habría pagado con sus propios recursos obligaciones ajenas.

Sin embargo, la situación se tornó completamente diferente luego de cerrada la liquidación y de transferidos los activos remanentes y las obligaciones insolutas a la Nación, ya que a partir de ese momento, tales obligaciones pasaron a ser de la Nación y los bienes se volvieron también de su propiedad, con lo cual ni la Nación pagaba en adelante deudas ajenas, ni existía otra persona jurídica que pudiese reembolsarle dichos pagos, ni el producto que se recibiera por la venta de los bienes transferidos previamente por los establecimientos públicos podía ser de alguien distinto a la Nación.

Esto permite concluir igualmente que lo planteado por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Trabajo, en el sentido de que el producto de la eventual venta que se haga de los bienes inmuebles que conforman las zonas francas operadas antiguamente por los establecimientos públicos, debe trasladarse al Ministerio de Hacienda (Tesorería) para reembolsar las sumas pagadas por la Nación por concepto de las pensiones de los ex trabajadores de tales entidades, resulta imposible desde el punto de vista jurídico, dentro del marco legal que actualmente rige en materia presupuestal.

En efecto, si alguno de dichos bienes raíces llegare a ser devuelto por CISA a la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y luego fuere vendido por esta, es evidente que el dinero recibido como producto de dicha operación, entraría como un ingreso al presupuesto general de la Nación, tal como lo dispone el artículo 124 del Estatuto Orgánico del Presupuesto²⁶¹, por lo cual se confundiría con los demás ingresos de cualquier índole recibidos durante el mismo período por las entidades que conforman el presupuesto nacional, a la luz del principio de “unidad de caja”²⁶². Por otro lado, las partidas requeridas para pagar las obligaciones pensionales de los antiguos trabajadores de los establecimientos públicos liquidados, que la Nación asumió, deben incorporarse en el presupuesto general de la Nación, más específicamente dentro del denominado “Presupuesto de Gastos o Ley de Apropiaciones”, independientemente de que se asignen al presupuesto del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y que su valor sea mayor, igual o menor

261 “Artículo 124. En cualquier evento, las rentas que obtenga el Estado, como consecuencia de la enajenación de acciones, bonos y otros activos, deberán incorporarse en los presupuestos de la Nación o la entidad territorial correspondiente”.

262 Artículo 16 del Decreto 111 de 1996.

a la suma que llegare a recibir la Nación como producto de la venta del referido inmueble.

Por lo tanto, la eventual apropiación de tales recursos por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en forma directa y su traslado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a título de reembolso, no solamente sería imposible y carente de objeto, desde el punto de vista jurídico, sino que también no tendría sentido, desde el punto de vista económico o financiero, ya que las dos dependencias citadas forman parte de la Nación e integran, junto con otras, el presupuesto nacional.

Por otro lado, es necesario observar que el artículo 6° del Decreto 2111 de 1996 no se refiere expresamente y en particular al “pasivo pensional” o a las “obligaciones pensionales” de los establecimientos públicos liquidados, por lo que, aun si pudiera considerarse que la obligación de reembolso a la Nación continúa vigente después de terminada la liquidación de los establecimientos públicos mencionados, no habría ninguna razón para establecer una correlación específica entre los bienes inmuebles transferidos y las obligaciones pensionales, en lugar de una simple correlación genérica entre los bienes entregados a la Nación (muebles e inmuebles) y las obligaciones (de cualquier clase) asumidas por ella. En esa medida, resultaría arbitrario concluir que los señalados bienes inmuebles quedaron *afectos o destinados* en forma específica al pago de las obligaciones pensionales.

Ahora bien, tampoco es viable acudir, para llegar a esa conclusión, a lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto 47 de 2014 o en el artículo 8° del Decreto 4054 de 2011. La primera norma citada no puede aplicarse porque no se encontraba vigente cuando el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo expidió las resoluciones en virtud de las cuales transfirió los inmuebles a CISA. En relación con la segunda, que sí estaba vigente, vale la pena transcribir lo que disponía en su parte pertinente:

“Artículo 8°. Transferencia de bienes inmuebles. Las entidades públicas sujetas a la aplicación del artículo 238 de la Ley 1450 de 2011, deberán transferir al Colector de Activos Públicos - CISA, a título gratuito y mediante acto administrativo, los bienes inmuebles de su propiedad que se encuentren saneados y no requieran para el ejercicio de sus funciones, y los previstos en el numeral 3 del artículo 1° del presente decreto.

“Parágrafo. Del deber de transferencia, se exceptúan los bienes inmuebles que amparen pasivos pensionales de propiedad de las entidades públicas, cuyo objeto misional sea la administración o monetización de dichos activos, así como todos los bienes de las entidades cuyo objeto es o fue el de administradoras y/o pagadoras de pensiones.” (Se resalta).

Como puede verse, el parágrafo de la norma citada estableció dos excepciones a la obligación de transferir gratuitamente a CISA los bienes inmuebles que no se estuvieran utilizando: (i) en el caso de las entidades públicas cuyo “objeto misional” fuera la administración o monetización de activos para el pago de pensiones, quedaban exentos los bienes inmuebles “que amparen pasivos pensionales”, y (ii)

en el caso de las entidades cuyo objeto era el de administrar y/o pagar pensiones, resultaban exceptuados todos los bienes de su propiedad.

Pues bien, la situación de hecho a la cual se refiere la consulta no se encuentra prevista en ninguno de los dos (2) supuestos fácticos descritos.

Por un lado, tal como se demostró, la correcta interpretación del artículo 6° del Decreto 2111 de 1992, en armonía con el Decreto Reglamentario 1125 de 1993 y otras disposiciones vigentes en la época, permite concluir con certeza que los bienes inmuebles de las zonas francas que antaño operaban los respectivos establecimientos públicos, no “amparaban” pasivos pensionales o, lo que es igual, no estaban ni están destinados a garantizar, a servir como fuente de pago o a respaldar de otra manera el pago de dichos pasivos, específicamente.

Por otro lado, el “*objeto misional*” de dichos establecimientos no era el de administrar ni monetizar activos para el pago de pensiones, sino el de administrar y operar las respectivas zonas francas. Tampoco era este el “*objeto misional*” del Ministerio de Desarrollo Económico, del Ministerio de Comercio Exterior ni lo es hoy del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Menos aún constituye el objeto de las entidades mencionadas la administración y/o el pago de pensiones, aunque hayan realizado de hecho esas actividades y asumido tales obligaciones, como consecuencia de la normatividad que regía en la época en la cual se crearon y operaron los citados establecimientos, y también como resultado de sus propias decisiones administrativas. La Sala entiende que cuando la norma reglamentaria alude a las entidades cuyo objeto es o fue el de administrar y/o pagar pensiones, se refiere a las entidades públicas cuyo objeto exclusivo o, al menos, principal era ese, tal como ocurría con las cajas de previsión social del sector público.

Dado lo anterior, ninguna de las disposiciones reglamentarias citadas en este aparte permitiría concluir, por sí misma, que la Nación - Ministerio de Comercio Exterior - no estaba facultada para transferir a CISA los bienes inmuebles ocupados por las zonas francas que en el pasado operaron los respectivos establecimientos públicos. Sin embargo, a dicha conclusión se ha llegado por otras razones legales, como aparece explicado en la sección “C” de este concepto.

Finalmente, la Sala considera necesario advertir que aun cuando la consulta que se responde y su adición fueron presentadas por los ministros de Hacienda y Crédito Público y de Comercio, Industria y Turismo en ejercicio de la facultad que les otorga el numeral 1° del artículo 112 del CPACA, entre otras normas, para formular “*consultas generales o particulares*” en nombre del Gobierno Nacional, los antecedentes de este asunto, la intervención de todas las partes interesadas en la audiencia que se llevó a cabo durante el trámite de esta consulta y los memoriales entregados por ellas, ponen de manifiesto que las preguntas formuladas obedecen a una controversia o discrepancia que existe entre ellas, principalmente entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y CISA, por una parte, y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por la otra, en relación con la interpretación de varias normas y su aplicación a una operación específica (la transferencia a CISA de los

bienes inmuebles donde funcionan algunas zonas francas), diferencia en la cual cada una de las partes tiene claros intereses económicos y estratégicos. Dado lo anterior, al emitir este concepto, la Sala de Consulta y Servicio Civil entiende que ejerce, además de la función inicialmente referida, aquella otra consignada en el numeral 7° del artículo 112 del CPACA, es decir, la de *“emitir concepto a petición del Gobierno Nacional, en relación con las controversias que se presenten entre entidades del nivel nacional y entidades del nivel territorial, con el fin de precaver un eventual litigio”*.

Con fundamento en las precedentes consideraciones

LA SALA RESPONDE:

1. *“¿Conforme al marco jurídico enunciado, relativo a la movilización de activos del Estado a CISA, [cuáles] son los requisitos para transferir gratuitamente a CISA y especialmente cuál es el alcance de la frase “incluidos aquellos que por acto público o privado sean sujetos a una destinación específica y que no estén cumpliendo con tal destinación” descrita en el artículo 238 de la Ley 1450 de 2011, reglamentado en el Decreto Reglamentario 4054 de 2011?”*

2. *“¿Atendiendo lo dispuesto en el marco normativo descrito en la presente consulta, [qué] se entiende por destinación específica y [qué] tipos de actos pueden generar la misma?”*

Con fundamento en lo dispuesto originalmente por el artículo 238 de la Ley 1450 de 2011, los únicos requisitos sustanciales que debían reunir los bienes inmuebles de propiedad de las entidades y organismos del Estado para que debieran transferirse gratuita y obligatoriamente a CISA eran: (i) estar saneados y (ii) que no los requirieran para el cumplimiento de sus funciones, entendidas estas como todas aquellas que les han sido otorgadas por la Constitución Política, la ley, los decretos dictados por el Presidente de la República con sujeción a la ley, o sus respectivos estatutos (según el caso).

La frase *“incluidos aquellos que por acto público o privado sean sujetos a una destinación específica y que no estén cumpliendo con tal destinación”*, hace alusión a una subcategoría de **los mismos** bienes indicados en el párrafo anterior, es decir, aquellos que las entidades no requerían para el cumplimiento de sus funciones y que se encontraran saneados. La destinación específica a la cual se refería la norma citada es cualquier uso o finalidad especial que resulte jurídicamente obligatorio dar al inmueble, distinta de las facultades generales de uso, explotación y disposición (*“ius utendi, ius fruendi y ius abutendi”*) que se hallan incorporadas de manera general en el derecho de propiedad, ya sea en virtud de un acto jurídico de derecho público, como una ley, una sentencia judicial, un decreto u otro acto administrativo, o de un acto jurídico de derecho privado, como un contrato de compraventa, de donación, de fiducia o de arrendamiento, un legado, una herencia, el acta final de liquidación de una entidad de derecho privado etc.

3. *“...si resulta o no procedente la transferencia gratuita de los inmuebles correspondientes a algunas de las mencionadas zonas francas por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a favor de CISA; en desarrollo del artículo 238 de la Ley 1450 de 2011?”*

Conforme a la respuesta anterior y según lo explicado en este concepto, no resultaba procedente la transferencia gratuita y obligatoria de los inmuebles donde operan las zonas francas de Palmaseca, Barranquilla, Cartagena, Cúcuta y Santa Marta, efectuada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a favor de CISA, en desarrollo del artículo 238 de la Ley 1450 de 2011, pues al momento de entrar en vigencia de dicha ley, los bienes citados estaban siendo utilizados en la finalidad para la cual fueron destinados por actos de derecho público y privado, finalidad que se enmarca dentro del objeto general y las funciones asignadas al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

4. *“... que se estudie además si los bienes recibidos inicialmente por el Ministerio de Comercio Exterior y luego por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, como consecuencia de la liquidación de los establecimientos públicos correspondientes a las Zonas Francas Industriales y Comerciales de Barranquilla, Cartagena, Santa Marta, Palmaseca, Buenaventura, Cúcuta, Rionegro y Urabá estaban afectos al pago del pasivo pensional teniendo en cuenta los decretos que ordenaron la liquidación de dichos establecimientos públicos?”*

Los inmuebles mencionados, una vez recibidos por la Nación – Ministerio de Comercio Exterior (hoy en día Ministerio de Comercio, Industria y Turismo) - como resultado de la liquidación de los establecimientos públicos que operaban las citadas zonas francas, no quedaron afectos o destinados al pago del pasivo pensional que estaba a cargo de dichas entidades, ni al pago de cualquier otra obligación en particular. Tanto dichos bienes como el pasivo pensional referido fueron absorbidos en el patrimonio de la Nación en forma ordinaria, es decir, sin que exista una correlación específica entre aquellos activos y tales pasivos.

Remítase a la Ministra de Comercio, Industria y Turismo, al Ministro de Hacienda y Crédito Público 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.

10. Recursos del Fondo de Pensiones de las Entidades Territoriales FONPET.

Radicado 2240

Fecha: 27/08/2015

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Levantamiento de la reserva mediante oficio del 1 de diciembre de 2015

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público consulta a la Sala sobre la posible redistribución de los recursos del Sistema General de Participaciones entregados a las entidades territoriales a través del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET, desde la vigencia de la Ley 715 de 2001 hasta la expedición del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado No. 2115 de 3 de Octubre de 2012, así como sobre la posibilidad de aplicar la tesis de dicho concepto a los recursos del Sistema Nacional de Regalías y del Fondo Nacional de Regalías según lo ha sugerido la Contraloría General de la República en el documento de Auditoría del año 2013.

I. Antecedentes

El 28 de diciembre de 1999 se expidió la Ley 549 con el fin de buscar mecanismos y recursos para financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales. Dentro de las medidas adoptadas, se creó el denominado Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, en adelante FONPET, sin personería jurídica, administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, encargado de recaudar y asignar los recursos a las cuentas de los entes territoriales y administrarlos.

De conformidad con el artículo 2º de la referida ley, sus recursos provienen esencialmente de: i) las transferencias constitucionales a que tienen derecho las entidades territoriales por el sistema general de participaciones, por los juegos de suerte y azar y por concepto de regalías, ii) los recursos de la Nación asignados por ley, como por ejemplo el impuesto de timbre nacional y iii) una porción de recursos propios de las entidades territoriales como el impuesto de registro e ingresos corrientes de libre destinación.

Según lo dispone el párrafo del artículo 1º del Decreto 1308 de 2003, se debe distinguir entre los recursos constitucionales y los nacionales, en el sentido de que los primeros podrán recuperar su destinación original una vez se cubra el pasivo pensional, en tanto que los segundos deben destinarse únicamente a las entidades que no tengan cubierto dicho pasivo. De acuerdo con la Ley 549 de 1999 el dinero que se gira a las entidades territoriales a través del FONPET, cualquiera que sea su origen, una vez es registrado en sus cuentas individuales, les pertenece. Así, se consolida en cabeza de cada entidad territorial un derecho de contenido patrimonial.

Frente a la distribución de los recursos derivados de las transferencias constitucionales relacionadas con la asignación especial del 2.9% del Sistema General de Participaciones - SGP, el Gobierno Nacional acogió el contenido del concepto No. 2115 de 3 de octubre de 2012 en el que se señaló que las entidades territoriales que han cumplido con la provisión de sus pasivos pensionales no deben ser incluidas en la distribución de la *“Asignación Especial del 2.9% del Sistema General de Participaciones prevista en el artículo 2º de la Ley 715 de 2001 a favor del FONPET”*.

Sin embargo, antes de la expedición de dicho concepto el Ministerio de Hacienda venía aplicando la tesis contraria *“sobre la premisa jurídica de que si bien las transferencias previstas en el artículo 356 de la Carta pueden considerarse recursos exógenos, también son recursos asignados directamente por la Constitución a las entidades territoriales y que, una vez registrados los recursos provenientes de estas fuentes en la cuenta del FONPET, aquellas podían proceder a solicitar la devolución del excedente.”*

De otra parte, la Contraloría General de la República considera que el análisis que la Sala de Consulta hizo frente a los recursos del *Sistema General de Participaciones debe extenderse a los recursos provenientes del Sistema General de Regalías y del Fondo Nacional de Regalías* y que en consecuencia las entidades que tengan cubierto su pasivo pensional no deben ser beneficiarias de la distribución de estos recursos.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su calidad de administrador del FONPET, no comparte la interpretación de la Contraloría por cuanto considera que: i) la extensión de las conclusiones del concepto de la Sala de Consulta No. 2115 a los casos del Fondo Nacional de Regalías y al Sistema General de Regalías no es correcta, pues para estos eventos existen normas legales y reglamentarias especiales que permiten a las entidades territoriales recuperar los recursos una vez cubierto el pasivo pensional y destinarlos a los fines inicialmente previstos en las leyes originarias, como es el caso del artículo 6 de la Ley 549 de 1999; ii) el Ministerio de Hacienda solo participa en la distribución de los recursos que él mismo recauda, en tanto que los demás recursos (como es el caso de los provenientes del Sistema Nacional de Regalías) son competencia de otras entidades como el DNP, el CONPES y algunas agencias recaudadoras, por lo cual el Ministerio no puede decidir o disponer de los dineros que ya reposan en las cuentas de las entidades territoriales; iii) el valor del pasivo pensional y su cobertura son dinámicos por lo cual es posible que una entidad que haya sido beneficiaria de la distribución de los recursos referidos, tenga posteriormente un pasivo inferior o una cobertura superior y iv) según la Ley 549 de 1999, los recursos asignados y registrados en las cuentas de las entidades territoriales les pertenecen y por tal razón el Ministerio, en calidad de administrador del FONPET, no puede hacer redistribuciones ni afectar los registros.

En consecuencia, el señor Ministro formuló las siguientes **PREGUNTAS:**

1. *“¿Debe realizarse la redistribución de los recursos ya distribuidos desde la expedición de la Ley 715 de 2001 a las entidades territoriales hasta la expedición del concepto 2115 de 3 de Octubre de 2012263, los cuales fueron registrados contablemente en sus cuentas patrimoniales y consignados en sus cuentas individuales del FONPET o dado que los mencionados recursos son de las entidades territoriales y se realizaron con la normativa vigente se mantiene la distribución?”*
2. *En caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea positiva y por lo tanto sea procedente la redistribución ¿cuál sería el mecanismo jurídico idóneo para reasignar los recursos, teniendo en cuenta que ya ingresaron a las cuentas individuales de las entidades territoriales?”*
3. *¿Debe el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ordenar el reintegro al FONPET de los recursos que en algún momento fueron asignados a una entidad territorial por asignación especial del SGP y por el FNR y que fueron retirados por la entidad territorial una vez alcanzada la cobertura de su pasivo pensional? En caso afirmativo ¿cuál es el mecanismo jurídico que debe utilizarse para este efecto?”*
4. *¿Puede el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su condición de administrador del FONPET reasignar los Recursos del Fondo Nacional de Regalías y del Sistema Nacional de Regalías, previamente distribuidos con base en las disposiciones legales y reglamentarias que han autorizado la distribución de recursos a entidades territoriales que ya han cubierto su pasivo pensional, sólo a las entidades territoriales que no cuentan con cubrimiento tal y como lo señala la Contraloría General de la República?”*
5. *¿Pueden disponer las entidades territoriales de los recursos que exceden el cubrimiento de su pasivo pensional, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 549 de 1999264, incluyendo los correspondientes a la asignación especial del SGP y al FNR y que le fueron abonados cuando no había alcanzado la cobertura, si en alguna oportunidad por efectos de la actualización del pasivo pensional a través del cálculo actuarial obtienen la cobertura de su pasivo pensional?”*

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

A. Problemas jurídicos planteados

De conformidad con los antecedentes y preguntas formuladas en la consulta, la Sala observa que los problemas jurídicos que plantea el organismo consultante

263 “Desde la expedición de la Ley 715 de 2001 hasta que la Honorable Sala de Consulta profirió su concepto 2115 se realizaron veinte (20) distribuciones por un monto total de \$5,1 billones de pesos, los cuales fueron consignados en las cuentas individuales del FONPET de 1134 entidades territoriales, quienes a su vez registraron contablemente en sus cuentas patrimoniales dichos recursos. En dicho periodo se distribuyeron cerca de \$74,8 mil millones a las cuentas individuales de 112 entidades territoriales que contaban con cubrimiento del pasivo pensional antes del concepto 2115 de la H. Sala de Consulta.”

264 “Artículo 3º. (...) En dicho fondo cada una de las entidades poseerá una cuenta destinada al pago de sus pasivos pensionales. Los valores registrados en las cuentas pertenecerán a las entidades territoriales y serán complementarios de los recursos que destinen las entidades territoriales a la creación de Fondos de Pensiones Territoriales y Patrimonios Autónomos destinados a garantizar pasivos pensionales de conformidad con las normas vigentes.”

giran en torno de los efectos y alcances del Concepto 2115 de 3 de Octubre de 2012, en particular en cuanto a: i) si es posible redistribuir los recursos del Sistema General de Participaciones, ya distribuidos a las entidades territoriales a través del FONPET, desde la vigencia de la Ley 715 de 2001 hasta la expedición del Concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado No. 2115 de 3 de Octubre de 2012 y ii) si debe darse aplicación extensiva a la tesis del concepto citado sobre los recursos del Sistema Nacional de Regalías y del Fondo Nacional de Regalías.

Con el fin de responder a los problemas jurídicos planteados en la consulta, esta Sala encuentra pertinente revisar previamente la posición doctrinaria contenida en el Concepto No. 2115 de 2001 en orden a determinar si debe o no mantenerse. Como se indicó en los antecedentes, en esa oportunidad la Sala entendió que los recursos del SGP eran de carácter nacional, lo que le permitió aconsejar la aplicación del artículo 12 del Decreto 4105 de 2004, según el cual cuando la entidad territorial haya cubierto el 100% del pasivo pensional cesa la obligación de la Nación de transferir a la cuenta de la entidad territorial en el FONPET los recursos de origen nacional previstos en la Ley 549 de 1999. En esa medida, se consideró que las entidades territoriales que alcanzaban la cobertura de su pasivo pensional no debían ser tenidas en cuenta para efectos de la distribución del 2.9% del SGP destinado a ese fin.

Sin embargo, en su consulta el Ministerio de Hacienda y Crédito Público plantea que esa interpretación no sería correcta pues los recursos del Sistema General de Participaciones no son “de carácter nacional” (de propiedad de la Nación), sino “constitucional” (asignados directamente por la Carta Política a las entidades territoriales) y, en esa medida, no debería aplicárseles el artículo 12 del Decreto 4105 de 2004. En consideración de dicho organismo, en la distribución de los recursos del Sistema General de Participaciones deben tenerse en cuenta a todas las entidades territoriales, con la diferencia de que aquellas que no tengan cubierto su pasivo pensional deberán destinarlos al FONPET y no podrán darle los demás usos que les permite la ley cuando ese propósito ya se ha logrado.

Para los anteriores efectos, la Sala se ocupará de los siguientes temas: i) El Concepto No. 2115 de 2012, ii) El Sistema General de Participaciones y sus antecedentes, iii) Desarrollo normativo del manejo dado a los recursos que recibe el FONPET del Sistema General de Regalías, iv) El carácter constitucional de los recursos provenientes de Sistema General de Participaciones por oposición al carácter nacional de otros recursos que recibe el FONPET y v) El Sistema General de Regalías.

B. El Concepto No. 2115 de 2012

El Departamento Nacional de Planeación consultó a esta Sala sobre la forma en que debe hacerse la distribución de la Asignación Especial del 2,9 % del Sistema General de Participaciones que le corresponde al FONPET, según lo dispuesto en el artículo 2º de la ley 715 de 2001. En particular, si dicha asignación debía distribuirse entre todas las entidades territoriales que tienen cuenta en el Fondo o

solamente entre las que no han logrado la cobertura total de su pasivo pensional. Al respecto, la Sala consideró que la distribución de dicha asignación debía hacerse únicamente entre las entidades que no han logrado cubrir el pasivo pensional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 4105 de 2004. Para mayor comprensión, se transcriben textualmente las inquietudes y las respuestas dadas en dicha oportunidad:

“a. ¿Se debe incluir en la base de distribución de los recursos de la asignación especial del 2.9 % del SGP con destino al FONPET a las entidades territoriales que según la certificación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público ya cumplieron con la provisión de sus pasivos pensionales? O por el contrario ¿Se debe excluir la base de distribución de los recursos de la asignación especial del 2.9 % del SGP con destino al FONPET a las entidades territoriales que según la certificación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público ya cumplieron con la provisión de sus pasivos pensionales?”

b. En el evento en que sea posible excluirlos ¿la asignación especial y legal del 2.9 % de los recursos del SGP con destinación específica para el FONPET se debería distribuir únicamente entre las entidades que a la fecha de la certificación del Ministerio de Hacienda no tengan cubiertos sus pasivos pensionales?”

Las entidades territoriales que han cumplido con la provisión de sus pasivos pensionales no deben ser incluidas en la base de distribución de la Asignación Especial del 2.9 % del Sistema General de Participaciones prevista en el artículo 2° de la ley 715 de 2001 a favor del FONPET; este porcentaje deberá distribuirse únicamente entre las entidades territoriales que no han logrado alcanzar dicho objetivo.

c. En el caso en que se deban excluir de dicha base a las entidades territoriales que ya han provisionado sus pasivos pensionales ¿es viable que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público - DRESS expida una certificación única sobre las entidades que cumplen con la provisión de sus pasivos pensionales, para efectos de excluirlas de la base de distribución de los recursos de la Asignación Especial del 2.9% del SGP con destino al FONPET?

Sí, siempre que respecto de cada entidad territorial se cumplan las condiciones para establecer que se ha logrado la cobertura del 100% del pasivo pensional.

d. En caso de que sea procedente incluir en la base de distribución de los recursos de la asignación especial del 2.9% del SGP con destino al FONPET a las entidades territoriales que ya cumplieron con su obligación de cubrir su pasivo pensional, en los términos del Decreto 055 de 2009, ¿cuál sería la destinación de estos recursos por parte de las entidades territoriales?

e. En el caso de la hipótesis anterior, ¿cuál sería el procedimiento a seguir para destinar estos recursos en gastos diferentes a la provisión de pasivos pensionales?”

Por sustracción de materia no hay lugar a responder estas preguntas.”

Las respuestas se fundamentaron, como ya se anunció, en lo señalado en el artículo 12 del Decreto 4105 de 2004, según el cual cuando la entidad territorial hubiese cubierto el 100% del pasivo pensional cesará la obligación de la Nación de transferir a la cuenta de la entidad territorial en el FONPET *los recursos de origen nacional* previstos en la Ley 549 de 1999. A lo cual el mismo artículo agrega, que dichos recursos deben ser distribuidos entre las demás entidades territoriales, es decir, entre las que no hubieran logrado cubrir el 100% de su pasivo pensional.

“Artículo 12. Cesación de obligaciones. Mientras el cubrimiento del pasivo pensional sea inferior al ciento por ciento (100%), la entidad territorial deberá continuar realizando aportes al Fonpet con las fuentes a su cargo previstas en el artículo 2° de la Ley 549 de 1999 y las disposiciones que lo modifiquen o adicionen.

Cuando la entidad territorial haya cubierto el ciento por ciento (100%) de su pasivo pensional, cesará su obligación de continuar realizando aportes a Fonpet en relación con las fuentes a su cargo previstas en la Ley 549 de 1999. Dichos recursos podrán ser destinados por la entidad territorial a los mismos fines que correspondan de acuerdo con las leyes que regulan su destinación.

Asimismo, cesará la obligación de la Nación de transferir a la cuenta de la entidad territorial en Fonpet los recursos de origen nacional previstos en la Ley 549 de 1999 y las disposiciones que la modifiquen o adicionen. Los recursos de origen nacional se distribuirán entre las demás entidades territoriales.

En cualquier evento en que se demuestre que la entidad territorial ha asumido nuevas obligaciones pensionales o el monto de cubrimiento del pasivo es inferior al inicialmente previsto, se reiniciará su obligación de realizar aportes al Fonpet y, correlativamente, la Nación reiniciará la transferencia de recursos de origen nacional. Para estos efectos, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Regulación Económica de la Seguridad Social, realizará la actualización anual de los cálculos actuariales y la revisión de las reservas existentes.”

En su momento la Sala no hizo la distinción que hace el organismo consultante entre los recursos considerados de “origen nacional”, por oposición a los que la Constitución ordena transferir directamente a las entidades territoriales y que, en ese orden, no tendrían tal carácter de “nacionales” a efectos de la aplicación de las consecuencias derivadas del artículo 12 del decreto 4105 de 2004. Para determinar si esa aproximación que presenta la consulta es o no adecuada se pasa entonces a revisar la naturaleza de los recursos del SGP y la posibilidad o no de aplicación del mencionado decreto 4105 de 2004.

C. El Sistema General de Participaciones y sus antecedentes

Los artículos 356 y 357 del “*Capítulo IV De la Distribución de Recursos y de las Competencias*” del “*Título XII Del Régimen Económico y de la Hacienda Pública*”

de la Constitución, señalaron que la ley debía fijar (i) los servicios a cargo de la Nación y de las entidades territoriales, así como (ii) el denominado situado fiscal, esto es, “*el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que se cedía a los departamentos, el Distrito Capital y los Distritos Especiales de Cartagena y Santa Marta, para la atención directa, o a través de los municipios, de los servicios que se les asignen*”, y (iii) la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación y la destinación que debía dársele a dichos recursos.

La Ley 160 de 12 de agosto de 1993 reglamentó las transferencias, definió las competencias de las entidades territoriales en la prestación de los servicios de salud, educación, agua potable, saneamiento básico y vivienda, entre otros, y la forma y proporción en la cual se asumía su financiación.

La mencionada ley retomó la definición constitucional para fijar la naturaleza del situado fiscal y a su vez, en el párrafo 1º del artículo 9º, se ocupó de definir el concepto de “*ingresos corrientes de la Nación*” que sirvió de base para el cálculo del situado fiscal según lo dispuesto en la Constitución.

“Artículo 9º. Naturaleza del situado fiscal. El situado fiscal, establecido en el artículo 356 de la Constitución Política, es el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que será cedido a los departamentos, el Distrito Capital y los distritos especiales de Cartagena y Santa Marta, para la atención de los servicios públicos de educación y salud de la población y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49, 67 y 365 de la Constitución Política. El Situado fiscal será administrado bajo responsabilidad de los departamentos y distritos de conformidad con la Constitución Política.

*Parágrafo 1o. Definición de los ingresos corrientes de la nación. Los ingresos corrientes de la Nación que servirán de base para el cálculo del situado fiscal según los artículos 356 y 358 constitucionales, estarán constituidos por los ingresos tributarios y no tributarios; no formarán parte de esta base de cálculo los recursos del Fondo Nacional de Regalías, y los definidos por el artículo 19, de la Ley 6a de 1992 como exclusivos de la Nación en virtud de las autorizaciones otorgadas al Congreso por una única vez en el artículo 43 transitorio de la Constitución Política. En ningún caso podrán deducirse de los ingresos corrientes para efectos del cálculo del situado fiscal las rentas de destinación específica autorizadas por el artículo 359 constitucional.”*²⁶⁵

²⁶⁵ En el año de 1995 se expidió el Acto Legislativo No. 1 que modificó el artículo 357. El cambio consistió esencialmente en: i) acortar el plazo previsto en el artículo modificado para el incremento gradual de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, del año 2002 al 2001, ii) permitir a los municipios, a partir del año 2000, destinar libremente para inversión o para otros gastos hasta un 15% de los recursos que percibirían por concepto de participación, iii) establecer un periodo de transición para los años 1995 a 1999 inclusive, para que los municipios destinaran libremente para inversión o para otros gastos un porcentaje máximo de los recursos de participación según la categoría del respectivo municipio que iniciaba en el primer año -1995- hasta en un 25% y finalizaba - año 1999- en el 5% según la categoría de los municipios y iv) definir que el porcentaje de la participación de los municipios fuera creciente iniciando para el año de 1996 con el 50% y finalizando con el 85% en el año 1999.

Los artículos 356²⁶⁶ y 357²⁶⁷ de la Constitución que se analizan, fueron modificados por el Acto Legislativo 1 de 30 de julio de 2001 que entró en vigencia el 1º de enero de 2002. Mediante esta reforma se suprimió el situado fiscal –cesión que hacía la Nación a los departamentos y distritos de un porcentaje de sus ingresos corrientes-, y se creó el Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios. La novedad más relevante radica en incluir a las entidades territoriales, en particular a los departamentos y distritos, como “*destinatarios directos*”, dejando así de ser “*cesionarios*” de estos recursos nacionales.²⁶⁸ En efecto, dentro del proceso de descentralización, la Constitución debe asignar competencias a las entidades territoriales para lo cual es consecuente en ordenar la transferencia de los recursos necesarios para el efecto, al punto que prohíbe descentralizar competencias sin que previamente se asignen los recursos fiscales suficientes para atenderlas (inciso 9º del Art. 356).

Ahora bien, para implementar esta reforma se expidió la Ley 715 de 21 de diciembre de 2001, cuyo artículo 1º se refirió a la naturaleza del Sistema General de Participaciones en los siguientes términos:

*“Artículo 1o. Naturaleza del Sistema General de Participaciones. El Sistema General de Participaciones está constituido por los recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política a las entidades territoriales, para la financiación de los servicios cuya competencia se les asigna en la presente ley.”*²⁶⁹

En consecuencia, los recursos que antiguamente la Nación cedía por disposición constitucional a las entidades territoriales bajo las modalidades de situado fiscal para departamentos y distritos, y de participación en los ingresos corrientes de la Nación en favor de los municipios, actualmente son asignados directamente por la Constitución a todas las entidades territoriales bajo el denominado Sistema General de Participaciones, lo cual implica, como ya se dijo, que son sus titulares directos. Evidentemente estos recursos no son producidos por las entidades territoriales y en esa medida deben ser considerados exógenos, aun cuando no “recursos nacionales”, tal como pasa a revisarse.

Desarrollo normativo del manejo dado a los recursos que recibe el FONPET del Sistema General de Participaciones

El artículo 2º de la Ley 549 de 1999, señaló:

“ARTÍCULO 2o. Recursos para el pago de los pasivos pensionales. Se destinarán a cubrir los pasivos pensionales los siguientes recursos:

²⁶⁶ El artículo 356 de la Constitución ha sido modificado por los Actos Legislativos 2 y 4 de 2007.

²⁶⁷ El artículo 357 de la Constitución ha sido modificado por el Acto Legislativo 4 de 2007.

²⁶⁸ Ver concepto de la Sala de Consulta No. 1737 de 18 de mayo de 2006.

²⁶⁹ Se indicó en el párrafo 1 del artículo 2º de la misma ley que no hacen parte del Sistema General de Participaciones los recursos del Fondo Nacional de Regalías y los definidos por el artículo 19 de la Ley 6a. de 1992 como exclusivos de la Nación, en virtud de las autorizaciones otorgadas al Congreso por una única vez en el artículo 43 transitorio de la Constitución Política.

1. Los nuevos recursos que sean transferidos a los departamentos y distritos por concepto de situado fiscal originado en los recursos recaudados por razón del impuesto a las transacciones financieras a que se refiere el artículo 117 de la ley del Plan de Desarrollo, los cuales se destinarán a atender pasivos pensionales territoriales de las áreas de salud y educación, y se repartirán entre dichas áreas y entre departamentos y distritos, en la misma proporción en que se distribuya entre los sectores y entidades mencionadas el situado fiscal en el respectivo año.²⁷⁰

2. Los que se produzcan por razón del incremento porcentual en la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, que se realice a partir del año 2000, incluido este último, de acuerdo con el parágrafo del artículo 357 de la constitución política, que se distribuirá entre las cuentas de las entidades territoriales en la misma forma en que se distribuyan las participaciones en los ingresos de la Nación.²⁷¹

3. Para el año 2000 y siguientes un porcentaje no superior al siete por ciento (7%) de los recursos del Fondo Nacional de Regalías, y que no comprometan los recursos de destinación específica de las entidades territoriales. Estos recursos se distribuirán entre las cuentas de las entidades territoriales con los mismos criterios que se aplican para la distribución de los recursos de inversión del Fondo Nacional de Regalías.²⁷²

4. El diez por ciento (10%) de los recursos provenientes de privatizaciones nacionales en los términos del artículo 23 de la ley 226 de 1995, los cuales se distribuirán por partes iguales entre el municipio, departamento y distrito, si fuere el caso, en el cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen.

5. Derogado por el art. 160, Ley 1151 de 2007.

6. A partir del 1o. de enero del año 2000, el veinte por ciento (20%) de los bienes cuyo dominio se extinga a favor de la Nación, en virtud de la aplicación de la Ley 333 de 1997 y las normas que la complementen o adicionen. Dichos bienes continuarán siendo administrados por las autoridades previstas en las disposiciones vigentes, con la participación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y deberán ser enajenados para que con su producto y el de su administración se incremente el valor del Fondo.

A partir del 1° de enero del año 2000, el veinte por ciento (20%) de los bienes cuyo dominio se extinga a favor de la Nación, en virtud de la aplicación de la Ley 333 de 1997 y las normas que la complementen o adicionen. Dichos bienes continuarán siendo administrados por las autoridades previstas en las disposiciones vigentes, con la participación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y deberán ser

²⁷⁰ Debe entenderse derogado por el Acto legislativo No. 1 del 30 de julio de 2001 que crea el Sistema General de Participaciones.

²⁷¹ Idem

²⁷² Debe entenderse derogado por el Acto Legislativo No. 5 de 18 de julio de 2011 que crea el Sistema General de Regalías.

*enajenadas para que con su producto y el de su administración se incremente el valor del Fondo.*²⁷³

*7. A partir del 1o. de enero del año 2000, el 15% de los ingresos producto de la enajenación al sector privado de acciones o activos de las entidades territoriales.*²⁷⁴

8. A partir del 1o. de enero del año 2001, el 20% del producto del impuesto de registro.

9. A partir del año 2001, el 5% de los ingresos corrientes de libre destinación del respectivo departamento. Dicho porcentaje se incrementará anualmente en un punto porcentual, de tal manera que a partir del año 2006, inclusive, se destine al Fondo el 10% de los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial.

10. Los ingresos que se obtengan por la explotación del Loto Unico Nacional, el cual organizará el Gobierno Nacional dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley. Dichos recursos se destinarán a atender el pasivo pensional del sector salud en las entidades territoriales. Inicialmente los recursos tendrán por objeto cubrir la responsabilidad de financiamiento de dicho pasivo prevista en la ley 60 de 1993, para lo cual la asignación de los recursos se distribuirá entre la nación y las entidades territoriales en la misma proporción en que deben financiarse estos pasivos pensionales, prevista por el artículo 33 de la Ley 60 de 1993 y las disposiciones que la adicione o reformen. Una vez cubierta la responsabilidad de financiamiento compartida de acuerdo con la mencionada ley, el producto del Loto se destinará a financiar el resto del pasivo pensional del sector salud, de las entidades territoriales.

11. A partir del año 2001, el 70% del producto del impuesto de timbre nacional.”

Es importante anticipar que los recursos señalados en los numerales 4, 5, 6 y 11 son los denominados recursos nacionales, tal como se explicará más adelante. Ahora bien, la Ley 715 de 21 de diciembre de 2001, por la cual se reglamentó el Sistema General de Participaciones, sustituye los numerales 1 y 2 del artículo 2º de la ley 549 de 1999, al dar al FONPET dos tipos de recursos de este sistema:

i) En el párrafo 2º del artículo 1º se establece que del total de recursos que conforman el Sistema General de Participaciones, previamente se deducirá cada año un monto equivalente al 4% de dichos recursos y que de ese 4% se girará el 2.9% al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, FONPET, con el fin de cubrir los pasivos pensionales de salud, educación y otros sectores. Se hizo énfasis en que estos recursos deben ser descontados directamente por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la liquidación anual, antes de la distribución del

²⁷³ Ver Concepto de esta Sala No. 1598 de 2004, el cual considera que este numeral está derogado tácitamente por la Ley 793 de 2002.

²⁷⁴ Ver concepto de esta Sala No. 1323 de 2001 y la sentencia C-579 de 2001.

Sistema General de Participaciones y que el reparto de los mismos se haría por la administración del Fondo.

ii) En el artículo 78 de la Ley 715 de 2001²⁷⁵, modificado por la Ley 863 de 2003, se establece un porcentaje de los recursos de la participación de propósito general en favor del FONPET.

“Artículo 49. El párrafo 3º del artículo 78 de la Ley 715 de 2001 quedará así:

“Párrafo 3º. Del total de los recursos de la participación de propósito general, descontada la destinación establecida en el inciso primero del presente artículo, los municipios, distritos y el departamento archipiélago de San Andrés y Providencia destinarán el cuatro por ciento (4%) para deporte, el tres por ciento (3%) para cultura y el diez por ciento (10%) para el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, con el fin de cubrir los pasivos pensionales. (...)”

De acuerdo con este artículo, del total de los recursos de la participación de propósito general, descontado el 28%, los municipios, distritos y el departamento archipiélago de San Andrés y Providencia destinarán el diez por ciento (10%) para el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, FONPET, con el fin de cubrir los pasivos pensionales. La solicitud de consulta se refiere solamente a la interpretación que hizo la Sala de los recursos señalados en el párrafo 2º del artículo 1º de la Ley 715 de 2001, por lo cual se referirá solo a lo que este dispone.

D. El carácter constitucional de los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones por oposición al carácter nacional de otros recursos que recibe el FONPET

Los recursos dados a las entidades territoriales vía Sistema General de Participaciones, en lo que tiene que ver con el FONPET, coinciden con los que la Ley 549 de 1999 define como transferencias constitucionales. En efecto, el párrafo 3º del Artículo 2º de la Ley 549 de 1999, hace una distinción entre los recursos nacionales y las transferencias constitucionales. Indica que para el abono en las cuentas de las entidades territoriales de “recursos nacionales” distintos a las “transferencias constitucionales”, es necesario el cumplimiento de las normas que rigen el régimen pensional.

“PARÁGRAFO 3o. En todo caso para que se abonen a las entidades territoriales recursos nacionales, distintos a las transferencias constitucionales, será necesario que las mismas estén cumpliendo a cabalidad con las normas que rigen el régimen pensional y las obligaciones que le impone esta ley.”

Del mismo modo el artículo 6º de la Ley 549 en cita dispone que, cuando los pasivos pensionales de una entidad estén cubiertos, los recursos que alimentan

275 Ley 715 de 2001, “Artículo 78. Destino de los recursos de la participación de propósito general. Los municipios clasificados en las categorías 4ª, 5ª y 6ª, podrán destinar libremente, para inversión u otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal, hasta un veintiocho por ciento (28%) de los recursos que perciban por la Participación de Propósito General.”

el Fondo, causados a partir de la fecha de su cubrimiento, pueden ser destinados por la entidad titular de los mismos a los fines que correspondan de acuerdo con las leyes que regulan la destinación de cada uno de estos recursos. También prevé que la posibilidad anterior se suspenda si el pasivo deja de estar adecuadamente cubierto para destinarse los recursos nuevamente a la financiación de la cuenta de la entidad en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Públicas Territoriales. En todo caso, aclara que los recursos nacionales a que se refiere la ley, -excluye las transferencias constitucionales-, se distribuirán entre las cuentas de las entidades que no tengan cubierto todo su pasivo. Dice textualmente la norma:

“Artículo 6. Retiro de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, 276 no se podrán retirar recursos de la cuenta de cada entidad territorial en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales hasta tanto sumado el monto acumulado en la cuenta territorial en el Fondo Nacional de Pasivos de las Entidades Territoriales con los recursos que tengan en sus Fondos Territoriales de Pensiones o en sus Patrimonios Autónomos o en las reservas legalmente constituidas por las entidades descentralizadas o demás entidades del nivel territorial, se haya cubierto el cien por ciento (100%) del pasivo pensional, de conformidad con el respectivo cálculo actuarial.

Cumplido dicho monto, la entidad podrá destinar los recursos del Fondo al pago de pasivos pensionales, siempre y cuando, en todo caso el saldo de la cuenta en el Fonpet, en los Fondos Territoriales de Pensiones, en los Patrimonios Autónomos que tengan constituidos o las reservas constituidas por las entidades descentralizadas u otras entidades del nivel territorial, cubra el cálculo del pasivo pensional total de la entidad.

Mientras la suma de estos saldos, no cubra dicho cálculo, la entidad deberá cubrir sus pasivos pensionales exigibles con los recursos del Fondo Territorial de Pensiones, el Patrimonio Autónomo constituido, las reservas constituidas con ese fin, o con otros recursos.

El Fondo Territorial de Pensiones y los patrimonios autónomos constituidos para garantizar pasivos pensionales de acuerdo con la Ley 100 de 1993 y disposiciones complementarias, podrán administrarse conjuntamente en un patrimonio autónomo único y su administración estará a cargo de sociedades fiduciarias, administradoras de fondos de pensiones.

276 Ley 549 de 1999. “Artículo 5o. Transferencia de activos fijos. El Gobierno podrá fijar los parámetros generales conforme a los cuales el Consejo Directivo del Fondo podrá autorizar que se entregue a las entidades territoriales un monto de recursos líquidos no superior al treinta por ciento (30%) del saldo de la cuenta de la entidad, con destino al pago de las obligaciones pensionales, proveniente de las fuentes de recursos previstas en los numerales 1, 2, 3, 8, 9, 10 y 11 del artículo 2o. de la presente ley. A cambio de estos recursos, se deberán entregar por las entidades territoriales activos fijos que podrán ser administrados en encargos fiduciarios. Dichos activos serán enajenados, en la medida en que se requiera, y los recursos allí obtenidos se transferirán al Fonpet.

Los activos que se entreguen deberán ser enajenables, no se podrán recibir por un monto superior a su valor en libros y, en todo caso, la entidad territorial deberá obligarse a garantizar la liquidez de los mismos en el evento en que ello sea necesario. Además, periódicamente deberá determinarse el valor de mercado de dichos activos y en el evento en que el mismo sea inferior a aquel por el cual se recibió el bien, la entidad territorial quedará obligada a aportar la diferencia en la medida en que ello sea necesario para que los recursos en su cuenta cubran el valor del pasivo pensional de acuerdo con el cálculo actuarial.

Así mismo, cuando los pasivos pensionales, de una entidad estén cubiertos, los recursos a que se refiere el artículo 2o. de esta ley que se causen a partir de dicha fecha podrán ser destinados por la entidad titular de los mismos a los fines que correspondan de acuerdo con las leyes que regulan la destinación de cada uno de estos recursos. En todo caso, si el pasivo deja de estar adecuadamente cubierto deberán destinarse los recursos nuevamente a la financiación de la cuenta de la entidad en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Públicas Territoriales. Los recursos nacionales a que se refiere la ley, se distribuirán entre las cuentas de las entidades que no tengan cubierto todo su pasivo.

Los rendimientos financieros que generen los recursos del Fonpet se distribuirán entre las cuentas de las entidades territoriales aportantes, a prorrata del valor de las mismas y en consecuencia se sujetarán a lo previsto en la presente ley.” (Negrillas de la Sala)

Por su parte el artículo 3º de la Ley 549 de 1999, además de crear el FONPET, señala que las entidades territoriales son las responsables directas de sus pasivos pensionales y dispone que cada una de dichas entidades poseerá una cuenta, cuyos valores registrados les pertenecen y serán complementarios de los recursos que ellas destinen a la creación de Fondos de Pensiones Territoriales y Patrimonios autónomos destinados a garantizar los pasivos pensionales:

“ARTÍCULO 3. Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet. Para efectos de administrar los recursos que se destinan a garantizar el pago de los pasivos pensionales en los términos de esta ley, créase el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, como un fondo sin personería jurídica administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual tiene como objeto recaudar y asignar los recursos a las cuentas de los entes territoriales y administrar los recursos a través de los patrimonios autónomos que se constituyan exclusivamente en las administradoras de fondos de pensiones y cesantías privadas o públicas, en sociedades fiduciarias privadas o públicas o en compañías de seguros de vida privadas o públicas que estén facultadas para administrar los recursos del Sistema General de Pensiones y de los regímenes pensionales excepcionados del Sistema por ley.

En todo caso la responsabilidad por los pasivos pensionales territoriales corresponderá a la respectiva entidad territorial. Por consiguiente, el hecho de la creación del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, de la destinación de recursos nacionales para coadyuvar a la financiación de tales pasivos o de que por disposición legal la Nación deba realizar aportes para contribuir al pago de los pasivos pensionales de las entidades del nivel territorial, no implica que esta asuma la responsabilidad por los mismos.

*En dicho Fondo cada una de las entidades territoriales poseerá una cuenta destinada al pago de sus pasivos pensionales. **Los valores registrados en las cuentas pertenecerán a las entidades territoriales y serán complementarios de***

los recursos que destinen las entidades territoriales a la creación de Fondos de Pensiones Territoriales y Patrimonios Autónomos destinados a garantizar pasivos pensionales de conformidad con las normas vigentes. (Negrillas de la Sala)

Ahora bien, el párrafo 3° del artículo 2° de la Ley 549 de 1999 fue reglamentado por el Decreto 1308 de 21 de mayo de 2003 (modificado a su vez por el Decreto 2029 de 2 de octubre de 2012). Allí, retomando el criterio de la Ley 549 de 1999, se dispuso que para efectos de abonos en las cuentas que las entidades territoriales tienen en el FONPET, se debe distinguir entre los recursos nacionales y las transferencias constitucionales.

Artículo 1°. Requisitos para el abono de recursos nacionales a las cuentas de las entidades territoriales en Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet. De conformidad con el párrafo 3° del artículo 2° de la Ley 549 de 1999, para que se abonen recursos nacionales distintos a las transferencias constitucionales a las cuentas de las entidades territoriales en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, será necesario que dichas entidades se encuentren cumpliendo con las normas que rigen el Régimen Pensional y las obligaciones que impone la Ley 549 de 1999. Esta condición se acreditará de conformidad con el artículo 67 de la Ley 780 de 2002 y el presente decreto.

Parágrafo. Para los efectos del presente decreto se entiende por recursos nacionales distintos a las transferencias constitucionales los establecidos en los numerales 4, 5, 6 y 11 del artículo 2° de la Ley 549 de 1999.²⁷⁷ (Se resalta).

Conforme a lo anterior, le asiste razón al organismo consultante cuando señala que existe una diferencia entre las transferencias constitucionales provenientes del SGP y los recursos nacionales o trasladados por la Nación a las entidades territoriales para el cubrimiento del pasivo pensional, de manera que solo a estos últimos resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 4105 de 2004 cuando establece que en caso de que la entidad territorial haya cubierto el 100% del pasivo pensional cesará la obligación de la Nación de transferir a la cuenta de la entidad territorial en el FONPET *los recursos de origen nacional* previstos en la Ley 549 de 1999, los cuales a su vez, deben ser distribuidos entre las demás entidades territoriales, es decir, entre las que no han logrado cubrir el 100% de su pasivo pensional.

De este modo, se aclara que los recursos que conforme al Decreto 4105 de 2004 no se incluyen en favor de las entidades que tengan cubierto su pasivo pensional son los de origen nacional señalados en los numerales 4, 5, 6 y 11 del párrafo del artículo 2° de la Ley 549 citada, que en su texto original corresponden a los recursos nacionales provenientes de privatizaciones, un porcentaje de la inversión de los particulares en entidades con participación accionaria mayoritaria de la Nación a título de capitalización, el 20% de los bienes cuyo dominio se extinga a favor de la Nación y el 70% del producto del impuesto de timbre nacional, respectivamente.

²⁷⁷ Modificado por el Decreto Nacional 2029 de 2012. Se eliminó la referencia a la Ley 780 de 2002.

Por el contrario, respecto de las transferencias constitucionales provenientes del SGP aplica lo señalado en el artículo 6° de la Ley 549 de 1999, en el sentido de que una vez cubierto el pasivo pensional de una entidad, los recursos constitucionales que alimentan el Fondo, causados a partir de la fecha de su cubrimiento, pueden ser destinados por la entidad titular de los mismos a los fines que correspondan de acuerdo con las leyes que regulan la destinación de cada uno de estos recursos.

Estos fines, según lo dispusieron los artículos 356 y 357 de la Constitución, son en general, la prestación del servicio de salud, la educación (preescolar, primaria, secundaria y media), y los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico. Del mismo modo, en caso de que una entidad territorial *“alcance coberturas universales y cumpla con los estándares de calidad establecidos por las autoridades competentes, en los sectores de educación, salud y/o servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, previa certificación de la entidad nacional competente, podrá destinar los recursos excedentes a inversión en otros sectores de su competencia”* (Inciso 5° del Artículo 357).

Asimismo, las entidades territoriales pueden disponer de los recursos que exceden el cubrimiento de su pasivo pensional para complementar los recursos que destinen a la creación de Fondos de Pensiones Territoriales y patrimonios autónomos destinados a garantizar pasivos pensionales, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 549 de 1999.

En conclusión la Sala debe dar una nueva interpretación a las normas analizadas en el Concepto No. 2115 de 2012, en el sentido de señalar ahora que las entidades territoriales que han cumplido con la provisión de sus pasivos pensionales deben ser incluidas en la base de distribución de la Asignación Especial del 2,9% del Sistema General de Participaciones prevista en el artículo 2° de la Ley 715 de 2001 a favor del FONPET, por ser estas de origen constitucional.

Por tanto frente a los interrogantes que plantea la consulta sobre si debe haber una redistribución de los ingresos del FONPET con base en lo señalado en el Concepto No. 2115 de 2012, la Sala considera que la respuesta es necesariamente negativa. Por lo mismo, tampoco es posible pensar en la aplicación extensiva de dicho concepto al Sistema General de Regalías, frente al cual caben incluso las siguientes consideraciones adicionales.

E. El Sistema General de Regalías

Dado que la solicitud de consulta plantea a la Sala la duda sobre la posibilidad de que se extienda el contenido del concepto No. 2115 de 2012, considera la Sala que no obstante la rectificación, debe hacer algunas precisiones dado que el Sistema General de Regalías tiene una reglamentación especial. El artículo 360 de la Constitución Política en su texto original señalaba:

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

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

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

A su turno, el artículo 361 disponía:

“ARTÍCULO 361. Con los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignados a los departamentos y municipios, se creará un Fondo Nacional de Regalías cuyos recursos se destinarán a las entidades territoriales en los términos que señale la ley. Estos fondos se aplicarán a la promoción de la minería, a la preservación del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales.”

Estos artículos fueron desarrollados con la Ley 141 de 28 de junio de 1994 por la cual se creó el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se reguló el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecieron las reglas para su liquidación y distribución, entre otras disposiciones. Ahora bien, el Acto Legislativo No. 5 del 18 de julio de 2011 modificó los artículos 360 y 361 de la Constitución:

*“ARTÍCULO 360. La explotación de un recurso natural no renovable causará, a **favor del Estado**, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.*

Mediante otra ley, a iniciativa del Gobierno, la ley determinará la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios. Este conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones constituye el Sistema General de Regalías.”

*“ARTÍCULO 361. Los ingresos del Sistema General de Regalías se destinarán al financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; **al ahorro para su pasivo pensional**; para inversiones físicas en educación, para inversiones en ciencia, tecnología e innovación; para la generación de ahorro público; para la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos y conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; y para aumentar la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población. (...)*

Para efectos de cumplir con los objetivos y fines del Sistema General de Regalías, créanse los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación; de Desarrollo Regional; de Compensación Regional; y de Ahorro y Estabilización.

Los ingresos del Sistema General de Regalías se distribuirán así: un porcentaje equivalente al 10% para el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación; un 10% para ahorro pensional territorial, y hasta un 30% para el Fondo de Ahorro y Estabilización. Los recursos restantes se distribuirán en un porcentaje equivalente al 20% para las asignaciones directas de que trata el inciso 2o del presente artículo, y un 80% para los Fondos de Compensación Regional, y de Desarrollo Regional. Del total de los recursos destinados a estos dos últimos Fondos, se destinará un porcentaje equivalente al 60% para el Fondo de Compensación Regional y un 40% para el Fondo de Desarrollo Regional. (...)

PARÁGRAFO 1o. Los recursos del Sistema General de Regalías no harán parte del Presupuesto General de la Nación, ni del Sistema General de Participaciones. El Sistema General de Regalías tendrá su propio sistema presupuestal que se regirá por las normas contenidas en la ley a que se refiere el inciso 2o del artículo anterior. En todo caso, el Congreso de la República expedirá bianualmente el presupuesto del Sistema General de Regalías. (...)

PARÁGRAFO 1o. TRANSITORIO. Suprímase el Fondo Nacional de Regalías a partir de la fecha que determine la ley a la que se refiere el inciso 2o del artículo anterior. El Gobierno Nacional designará al liquidador y definirá el procedimiento y el plazo para la liquidación. Los recursos no comprometidos que posea el Fondo Nacional de Regalías a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, se destinarán prioritariamente a la reconstrucción de la infraestructura vial del país y a la recuperación ambiental de las zonas afectadas por la emergencia invernal de 2010-2011. (...)" (Negritas de la Sala)

La reforma constitucional en cita creó, a partir del 1º de enero de 2012, el Sistema General de Regalías con un sistema presupuestal propio, diferente del Presupuesto General de la Nación y del Sistema General de Participaciones

Se debe resaltar que a diferencia de lo que sucede frente al Sistema General de Participaciones -en el que la propia Carta Política hace una regulación detallada de la materia-, en el caso del Sistema General de Regalías la Constitución habilita ampliamente al legislador para determinar la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios.

Así, el referido sistema fue regulado en un primer momento por el Decreto Transitorio con fuerza de ley No. 4923 expedido el 26 de diciembre de 2011, cuyo texto fue recogido en la Ley 1530 de 17 de mayo de 2012.

En cuanto al porcentaje que le corresponde al Fonpet de los recursos del Sistema General de Regalías, la Ley 1530 de 2012 dispuso, en concordancia con el artículo 361 de la Constitución, que el 10% del total de los ingresos le pertenece.

La forma en la cual se debe liquidar el porcentaje correspondiente se determinó en los artículos 37 a 44, 59 y 79 de la Ley 1530 de 2012 y en la Ley 1606 de 21 de diciembre de 2012, mediante la cual se liquidó el presupuesto bianual del Sistema General de Regalías -del 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2014-. Señalaba el artículo 8° de la Ley 1606 de 2012:

“Artículo 8°. Recursos destinados para Ahorro Pensional Territorial. Los recursos destinados para ahorro pensional territorial contienen los cupos para municipios y departamentos, que son detallados en el anexo indicativo correspondiente y distribuidos.

El porcentaje de los recursos del Sistema General de Regalías destinados al ahorro pensional territorial se distribuirá anualmente entre las entidades territoriales que en el año inmediatamente anterior a la vigencia en la cual se hace la distribución, tengan pasivo pensional, según certificación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conforme a los siguientes criterios: (...)” (Negrillas de la Sala)

Esta norma indicaba que los recursos del Sistema General de Regalías sólo se debían distribuir entre las entidades territoriales que tuvieran pasivo pensional, sin embargo, la Ley 1744 de 26 de diciembre de 2014 correspondiente al presupuesto del Sistema General de Regalías para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2015 y el 31 de diciembre de 2016, señaló que las entidades territoriales que tengan cubierto su pasivo pensional podrán financiar el costo de las mesadas pensionales o la constitución de patrimonios autónomos dirigidos a atender compromisos pensionales con los recursos para el ahorro pensional a que se refiere el artículo 361 de la Constitución. Dice la norma:

“Artículo 10. Recursos destinados para Ahorro Pensional Territorial. El porcentaje de los recursos del Sistema General de Regalías destinados al ahorro pensional territorial se distribuirá entre todas las entidades territoriales existentes a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior en el cual se programa el presupuesto bienal y que tengan pasivo pensional.

Para la distribución de estos recursos, las entidades territoriales se agruparán en: i) un grupo correspondiente a los Departamentos y Distrito Capital y ii) un grupo correspondiente a los Municipios y demás Distritos. A cada uno de estos grupos se asignarán los recursos teniendo en cuenta la participación en el monto total de los pasivos pensionales no cubiertos del respectivo grupo, que se encuentren registrados en el sistema de información del FONPET, según certificaciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Al interior de cada uno de estos grupos, se distribuirán los recursos entre las entidades territoriales, atendiendo los siguientes criterios:

1. El 40% de acuerdo a la participación de la entidad territorial en la población total del grupo respectivo, para lo cual se tomarán las proyecciones de población de las entidades territoriales para cada vigencia en que se realiza la distribución.

2. El 60% según la pobreza relativa, para lo cual se tomará el grado de pobreza de cada entidad territorial del respectivo grupo, medido con el Índice de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), dividido por el NBI nacional. Los criterios señalados en los numerales 1 y 2 de este artículo se aplicarán de la siguiente manera, para cada grupo por separado:

a) La participación de cada entidad territorial en la población total de las entidades que conforman el respectivo grupo, se elevará al exponente 40%, obteniéndose el factor de población.

b) El NBI de cada entidad territorial en cada grupo respectivo dividido por el NBI nacional se elevará al exponente 60% para tener una medida del factor de pobreza.

c) Se multiplicarán para cada entidad territorial en cada grupo respectivo el factor de población y el factor de pobreza. El porcentaje de los recursos del Sistema General de Regalías destinados al ahorro pensional territorial que le corresponderá a cada entidad territorial en cada grupo, será igual al producto de su factor de población y su factor de pobreza, dividido por la suma de estos productos para todas las entidades territoriales que conforman cada grupo.

Parágrafo. Con cargo al ahorro pensional territorial de que trata el inciso cuarto del artículo 361 de la Constitución Política y de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se podrá financiar el costo de las mesadas pensionales o la constitución de patrimonios autónomos dirigidos a atender compromisos pensionales; siempre que, de acuerdo con la certificación expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la correspondiente entidad territorial haya cubierto su pasivo pensional.” (Se resalta)

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que el Sistema General de Regalías no hace parte del Sistema General de Participaciones ni del Presupuesto General de la Nación. Sus ingresos están destinados entre otros fines, al financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales, al ahorro para cubrir el pasivo pensional y para inversión.

El sistema tiene un presupuesto independiente y unos criterios de distribución regulados en la Ley 1744 de 2014, según los cuales, el 10% del total de los ingresos del Sistema se destinará al “ahorro pensional”. La distribución de ese 10% se debe hacer conforme al artículo 10 de la Ley 1744 de 2014, esto es, entre las entidades territoriales que tengan pasivo pensional con el fin de cubrir dicho pasivo y para las entidades que lo tengan cubierto para financiar el costo de las mesadas pensionales o la constitución de patrimonios autónomos dirigidos a atender compromisos pensionales.

De manera que, en síntesis, el Sistema General de Regalías tiene una regulación constitucional y legal propia que impide hacer una trasposición generalizada de las normas que rigen el Sistema General de Participaciones.

LA SALA RESPONDE:

1. *“¿Debe realizarse la redistribución de los recursos ya distribuidos desde la expedición de la Ley 715 de 2001 a las entidades territoriales hasta la expedición del concepto 2115 de 3 de Octubre de 2012278, los cuales fueron registrados contablemente en sus cuentas patrimoniales y consignados en sus cuentas individuales del FONPET o dado que los mencionados recursos son de las entidades territoriales y se realizaron con la normativa vigente se mantiene la distribución?”*
2. *En caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea positiva y por lo tanto sea procedente la redistribución ¿cuál sería el mecanismo jurídico idóneo para reasignar los recursos, teniendo en cuenta que ya ingresaron a las cuentas individuales de las entidades territoriales?”*
3. *¿Debe el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ordenar el reintegro al FONPET de los recursos que en algún momento fueron asignados a una entidad territorial por asignación especial del SGP y por el FNR y que fueron retirados por la entidad territorial una vez alcanzada la cobertura de su pasivo pensional? En caso afirmativo ¿cuál es el mecanismo jurídico que debe utilizarse para este efecto?”*
4. *¿Puede el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su condición de administrador del FONPET reasignar los Recursos del Fondo Nacional de Regalías y del Sistema Nacional de Regalías, previamente distribuidos con base en las disposiciones legales y reglamentarias que han autorizado la distribución de recursos a entidades territoriales que ya han cubierto su pasivo pensional, sólo a las entidades territoriales que no cuentan con cubrimiento tal y como lo señala la Contraloría General de la República?”*
5. *¿Pueden disponer las entidades territoriales de los recursos que exceden el cubrimiento de su pasivo pensional, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 549 de 1999, incluyendo los correspondientes a la asignación especial del SGP y al FNR y que le fueron abonados cuando no había alcanzado la cobertura, si en alguna oportunidad por efectos de la actualización del pasivo pensional a través del cálculo actuarial obtienen la cobertura de su pasivo pensional?”*

278 “Desde la expedición de la Ley 715 de 2001 hasta que la Honorable Sala de Consulta profirió su concepto 2115 se realizaron veinte (20) distribuciones por un monto total de \$5,1 billones de pesos, los cuales fueron consignados en las cuentas individuales del FONPET de 1134 entidades territoriales, quienes a su vez registraron contablemente en sus cuentas patrimoniales dichos recursos. En dicho periodo se distribuyeron cerca de \$74,8 mil millones a las cuentas individuales de 112 entidades territoriales que contaban con cubrimiento del pasivo pensional antes del concepto 2115 de la H. Sala de Consulta.”

Todas las entidades territoriales, aun cuando hayan cumplido con la provisión de sus pasivos pensionales, deben ser incluidas en la base de distribución de la Asignación Especial del 2,9% del Sistema General de Participaciones prevista en el artículo 2º de la Ley 715 de 2001 a favor del FONPET, transferencia cuya condición es de origen constitucional. En este caso, las entidades territoriales que hayan cubierto su pasivo pensional deberán usar los excedentes de recursos que reciban del SGP para los fines y con las limitaciones señaladas en el artículo 3º de la Ley 549 de 1999.

Por lo tanto, no hay lugar a redistribuir los recursos asignados a las entidades territoriales con base en la Ley 715 de 2001, ni tampoco es viable ordenar el reintegro al FONPET de los excedentes que fueron retirados por la entidad territorial una vez alcanzada la cobertura de su pasivo pensional.

En cuanto al Sistema General de Regalías, no se pueden extender a este las normas propias del Sistema General de Participaciones, de manera que la asignación de recursos y el uso de excedentes del Sistema General de Regalías debe hacerse con base en su propia normatividad, en particular de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y en la Ley 1744 de 2014.

Remítase al Ministro de Hacienda y Crédito Público 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.

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

Fecha: 05/05/2015

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas (E)*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 13 de noviembre de 2015

El Ministro de Justicia y del Derecho formula a la Sala una consulta dirigida a determinar si dentro del hecho generador del impuesto al consumo de cerveza en el territorio nacional, se encuentra el consumo de la cerveza sin alcohol y si podrían incurrir en responsabilidad patrimonial del Estado las entidades que recauden el tributo considerando que esa clase de cerveza hace parte del mencionado hecho.

I. Antecedentes

El Ministro de Justicia y del Derecho expone, en síntesis, los siguientes antecedentes:

1. La Ley 223 de 1995, sobre racionalización tributaria y otras disposiciones, establece en el artículo 186 el hecho generador del impuesto al consumo de cerveza, en el sentido de que está constituido por el consumo en el territorio nacional de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas. En la consulta se manifiesta que teniendo en cuenta esta disposición podría considerarse que la cerveza sin alcohol se encuentra en el mencionado hecho generador, dado que la norma no distingue entre cervezas con o sin alcohol.

2. Ahora bien, el Decreto 1686 de 2012, originario del Ministerio de Salud y Protección Social y referente a los requisitos sanitarios para la fabricación y comercialización de bebidas alcohólicas, trae en el artículo 3º una definición de la palabra “cerveza”, dentro de la cual señala que “[e]sta bebida está comprendida entre 2.5 y 12 grados alcoholimétricos”, para disponer a continuación:

“Las cervezas con una graduación alcoholimétrica, inferior a 2.5 grados alcoholimétricos, se denominarán cervezas sin alcohol o cervezas no alcohólicas y se clasificarán como alimento” (Negrilla del consultante).

Con fundamento en el inciso anterior, se hace en la consulta el siguiente comentario:

“Como puede verse, esta norma determina que cuando las cervezas tengan una graduación alcoholimétrica menor a 2.5 grados, se clasifican como alimentos. En ese sentido, si se tiene en cuenta este Decreto, la cerveza sin alcohol no haría parte

del hecho generador del tributo, por cuanto no sería considerada una cerveza sino un alimento”.

3. El impuesto al consumo de cervezas, sifones y refajos pertenece a la Nación. Sin embargo, ha sido cedido a los Departamentos y al Distrito Capital, conforme lo dispone el artículo 185 de la citada ley.

4. Finalmente, se motiva la consulta en la siguiente forma:

“Teniendo en cuenta que son varias las entidades que realizan el recaudo del impuesto, es necesario consultar si se podría generar un daño antijurídico en el evento en que se realice el recaudo considerando que la cerveza sin alcohol hace parte del hecho generador del impuesto”.

Con base en lo expuesto, el Ministro de Justicia y del Derecho formula las siguientes **PREGUNTAS:**

“1. ¿Está la cerveza sin alcohol incluida en el hecho generador del impuesto al consumo previsto en los artículos 185 a 201 de la Ley 223 de 1995?

2. ¿Podrían incurrir en responsabilidad patrimonial del Estado las entidades que realicen el recaudo del impuesto al consumo de cervezas, sifones y refajos, considerando que la cerveza sin alcohol hace parte del hecho generador del tributo?”.

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

A. El impuesto al consumo de cerveza

La Ley 223 del 20 de diciembre de 1995, *“Por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones”*, regula en los artículos 185 a 201 el impuesto al consumo de cervezas, sifones y refajos.

Un ciudadano demandó ante la Corte Constitucional los artículos 185 a 224 de la mencionada ley, referentes a los impuestos al consumo de cervezas, sifones y refajos (artículos 185 a 201), al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares (artículos 202 a 206) y al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado (artículos 207 a 212), a disposiciones comunes a estos dos últimos impuestos (artículos 213 a 223) y a una disposición común a los tres impuestos (artículo 224).

La Corte declaró exequibles todos esos artículos, mediante la Sentencia C-281 del 5 de junio de 1997, por cuanto encontró que la materia que regulaban era exclusivamente tributaria y no correspondía a aquellos asuntos que debían ser desarrollados mediante la ley orgánica de ordenamiento territorial. Dijo la Corte:

“Por lo mismo, al cifrarse los contenidos de la ley 223 en un objetivo de carácter tributario, como se ha visto, el fundamento de la competencia del legislador para

dictar los preceptos impugnados deviene, no de las disposiciones mencionadas que regulan el ámbito normativo de la Ley de Ordenamiento Territorial, sino de las que regulan la facultad impositiva del Congreso, a través de leyes ordinarias, en los términos de los artículos 150-12, y 338 de la Constitución Política. En consecuencia, la circunstancia de ser dicha ley ordinaria no la hace inconstitucional”.

Ahora bien, el artículo 338 de la Constitución Política establece los organismos de elección popular competentes para imponer tributos y los elementos de los impuestos que deben estar fijados directamente en la ley o el acto administrativo correspondiente. Dice lo siguiente:

“Artículo 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos. (...)”.

En el caso de los elementos del impuesto al consumo de cerveza se encuentran fijados en la Ley 223 de 1995. Es así como el artículo 185 determina los sujetos activos de este impuesto en la siguiente forma:

“Artículo 185. Propiedad del Impuesto. El impuesto al consumo de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas, es de propiedad de la Nación y su producto se encuentra cedido a los Departamentos y al Distrito Capital de Santafé de Bogotá²⁷⁹, en proporción al consumo de los productos gravados en sus jurisdicciones”.

Si bien el impuesto es de propiedad de la Nación, sus sujetos activos son, en razón de la cesión legal, los Departamentos y el Distrito Capital, los cuales no pueden entrar a modificar las condiciones del impuesto, dado su carácter nacional y conforme lo dispone el artículo 193 de la mencionada ley:

“Artículo 193. Reglamentación Única. Con el propósito de mantener una reglamentación única a nivel nacional sobre el impuesto al consumo de cervezas, sifones, refajos, mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas, ni las asambleas departamentales ni el Concejo Distrital de Santafé de Bogotá podrán expedir reglamentaciones sobre la materia, de manera que el gravamen se regirá íntegramente por lo dispuesto en la presente Ley, por los reglamentos que, en su desarrollo, profiera el Gobierno nacional y por las normas de procedimiento señaladas en el Estatuto Tributario, con excepción del período gravable”.

En relación con los sujetos pasivos del impuesto al consumo de cerveza, estos son los productores, los importadores, los distribuidores, los transportadores y los vendedores al detal, de acuerdo con lo establecido por el artículo 187 de la Ley 223 de 1995, el cual dispone:

279 Hoy Bogotá, Distrito Capital, conforme al inciso primero del artículo 322 de la Constitución, modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo No. 1 del 17 de agosto de 2000.

“Artículo 187. Sujetos pasivos. *Son sujetos pasivos o responsables del impuesto los productores, los importadores y, solidariamente con ellos, los distribuidores. Además, son responsables directos del impuesto los transportadores y los expendedores al detal, cuando no puedan justificar debidamente la procedencia de los productos que transportan o expenden”.*

Estas normas de los sujetos activos y pasivos del impuesto se complementan con las disposiciones de los artículos 191 y 199 de la aludida ley, los cuales determinan la operatividad y la administración del impuesto al consumo de cerveza, así:

“Artículo 191. Período Gravable, Declaración y Pago del Impuesto. *El período gravable de este impuesto será mensual.*

Los productores cumplirán mensualmente con la obligación de declarar ante las correspondientes Secretarías de Hacienda Departamentales o del Distrito Capital, según el caso, o en las entidades financieras autorizadas para tal fin, dentro de los quince (15) días calendario siguientes al vencimiento de cada período gravable. La declaración deberá contener la liquidación privada del gravamen correspondiente a los despachos, entregas o retiros efectuados en el mes anterior. Los productores pagarán el impuesto correspondiente en las Tesorerías Departamentales o del Distrito Capital, o en las entidades financieras autorizadas, simultáneamente con la presentación de la declaración.

Los importadores declararán y pagarán el impuesto al consumo en el momento de la importación, conjuntamente con los impuestos y derechos nacionales que se causen en la misma. El pago del impuesto al consumo se efectuará a órdenes del Fondo-Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros. Sin perjuicio de lo anterior, los importadores o distribuidores de productos extranjeros, según el caso, tendrán la obligación de declarar ante las Secretarías de Hacienda por los productos introducidos al Departamento respectivo o al Distrito Capital, en el momento de la introducción a la entidad territorial, indicando la base gravable según el tipo de producto. En igual forma se procederá frente a las mercancías introducidas a zonas de régimen aduanero especial.

Las declaraciones mencionadas se presentarán en los formularios que para el efecto diseñe u homologue la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público”.

“Artículo 199. Administración del Impuesto. *La fiscalización, liquidación oficial, cobro y recaudo del impuesto al consumo de que trata este Capítulo es de competencia de los departamentos y del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, competencia que se ejercerá a través de los órganos encargados de la administración fiscal. Los departamentos y el Distrito Capital aplicarán en la determinación oficial del impuesto los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional. El régimen sancionatorio y el procedimiento para la aplicación del mismo previstos en el Estatuto Tributario se aplicará en lo pertinente al impuesto*

al consumo de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas.

Contra las liquidaciones oficiales de aforo, de revisión, de corrección aritmética y los actos que impongan sanciones proferidos por los departamentos y por el Distrito Capital procede el recurso de reconsideración ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de conformidad con los términos y procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario. El Director de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales determinará mediante resolución la dependencia del nivel central encargada de fallar el recurso mencionado”.

En cuanto al hecho generador del impuesto al consumo de cerveza, sobre el cual se hará un análisis más adelante, el artículo 186 de la Ley 223 de 1995 establece lo siguiente:

“Artículo 186. Hecho Generador. *Está constituido por el consumo en el territorio nacional de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas.*

No generan este impuesto las exportaciones de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas”.

La base gravable del impuesto al consumo de cerveza se encuentra fijada como el precio de venta al detallista, en estos términos:

“Artículo 189. Base gravable.”²⁸⁰ *La base gravable de este impuesto está constituida por el precio de venta al detallista.*

En el caso de la producción nacional, los productores deberán señalar precios para la venta de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas a los vendedores al detal, de acuerdo con la calidad y contenido de las mismas, para cada una de las capitales de Departamento donde se hallen ubicadas fábricas productoras. Dichos precios serán el resultado de sumar los siguientes factores:

a) *El precio de venta al detallista, el cual se define como el precio facturado a los expendedores en la capital del Departamento donde está situada la fábrica, excluido el impuesto al consumo;*

b) *El valor del impuesto al consumo.*

²⁸⁰ Cabe anotar que el artículo 76 de la Ley 1111 del 27 de diciembre de 2006, “Por la cual se modifica el estatuto tributario de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”, dispone: “Modifícanse los artículos 189, 190, 210 y 211 y 213 de la Ley 223 de 1995, los cuales quedan así:”, pero solamente modificó los artículos 210 y 211 de esta última ley, conforme se puede constatar en el texto del citado artículo 76 en la página 147 del Diario Oficial No. 46.494 del 27 de diciembre de 2006.

En el caso de los productos extranjeros, el precio de venta al detallista se determina como el valor en aduana de la mercancía, incluyendo los gravámenes arancelarios, adicionado con un margen de comercialización equivalente al 30%²⁸¹.

Parágrafo 1º. *No formará parte de la base gravable el valor de los empaques y envases, sean retornables o no retornables.*

Parágrafo 2º. *En ningún caso el impuesto pagado por los productos extranjeros será inferior al promedio del impuesto que se cause por el consumo de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas, según el caso, producidos en Colombia”.*

Finalmente, la tarifa de este impuesto al consumo se encuentra fijada de manera diferencial para las cervezas y sifones y para las mezclas y refajos, en la siguiente forma:

“Artículo 190. Tarifas. *Las tarifas de este impuesto son las siguientes:*

Cervezas y sifones: 48%.

Mezclas y refajos: 20%.

Parágrafo²⁸². *Parágrafo modificado por el artículo 1º de la Ley 1393 de 2010, cuyo texto es el siguiente: De la tarifa del 48% aplicable a las cervezas y sifones, ocho (8) puntos porcentuales se destinarán a financiar la universalización en el aseguramiento, la unificación de los planes obligatorios de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, los servicios prestados a la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda y a la población vinculada que se atiende a través de la red hospitalaria pública, de acuerdo con las condiciones y prioridades que para tal efecto defina la entidad territorial.*

Los productores nacionales y el Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros girarán directamente a los Fondos o Direcciones Seccionales de Salud y al Fondo Distrital de Salud, según el caso, el porcentaje mencionado dentro de los quince (15) días calendario siguientes al vencimiento de cada período gravable”.

La consulta se relaciona con la interpretación del artículo 186 de la Ley 223 de 1995 referente al hecho generador del impuesto, razón por la cual se analiza a continuación.

²⁸¹ El inciso tercero y el Parágrafo 2º del artículo 189 de la Ley 223 de 1995 fueron declarados exequibles, mediante la Sentencia C-412 del 4 de septiembre de 1996 de la Corte Constitucional (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

²⁸² El Parágrafo del artículo 190 de la Ley 223 de 1995 fue modificado inicialmente por el artículo 1º del Decreto Legislativo 127 del 21 de enero de 2010, expedido bajo el Estado de Emergencia Social y el cual fue declarado inexecutable mediante la Sentencia C-253 del 16 de abril de 2010 de la Corte Constitucional (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), la cual dispuso: “Diferir los efectos de lo resuelto en esta sentencia hasta el 16 de diciembre de 2010”. Después, dicho parágrafo fue modificado conforme al texto transcrito, por el artículo 1º de la Ley 1393 del 12 de julio de 2010, “Por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones”.

B. El hecho generador del impuesto al consumo de cerveza y la no inclusión de la cerveza sin alcohol

El artículo 186 de la Ley 223 de 1995 establece el hecho generador del impuesto al consumo de cerveza, en los siguientes términos:

“Artículo 186. Hecho Generador. Está constituido por el consumo en el territorio nacional de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas. No generan este impuesto las exportaciones de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas”.

La consulta inicialmente indaga si en el hecho generador del impuesto al consumo de cerveza, establecido en los artículos 185 a 201 de la Ley 223 de 1995, se encuentra incluida la cerveza sin alcohol, para lo cual se hace el siguiente análisis.

1. Criterio literal de interpretación de la norma

Resulta oportuno señalar que los artículos 25 a 32 del Código Civil establecen una serie de criterios de hermenéutica jurídica, dentro de los cuales se encuentra en primer lugar, el de la literalidad de la norma, consistente en conocer el significado de las palabras utilizadas en ella, para precisar su sentido y alcance. Los artículos 28 y 29 del Código Civil se refieren a este criterio, en los siguientes términos:

“Artículo 28. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal”.

“Artículo 29. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte, se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”.

En aplicación del criterio de interpretación literal de la ley, se observa que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española – DRAE define la “cerveza” como “Bebida alcohólica hecha con granos germinados de cebada u otros cereales fermentados en agua, y aromatizada con lúpulo, boj, casia, etc.”, lo cual indica claramente que la naturaleza de la cerveza es la de ser una bebida alcohólica, es “su sentido natural y obvio”, como dice el citado artículo 28 del Código Civil.

Ahora bien, buscando un criterio literal más especializado, la Sala encuentra que existe una definición de orden legal de la palabra “cerveza” dentro del género de las bebidas alcohólicas.

En efecto, el Decreto 1686 del 9 de agosto de 2012, originario del Ministerio de Salud y Protección Social, “Por el cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios que se deben cumplir para la fabricación, elaboración, hidratación, envase, almacenamiento, distribución, transporte, comercialización,

expendio, exportación e importación de bebidas alcohólicas destinadas para consumo humano”, en el artículo 3º define la cerveza en los siguientes términos:

“Artículo 3º.- Definiciones. *Para efectos de la aplicación del presente reglamento técnico se adoptan las siguientes definiciones: (...)*

***Cerveza.* Es la bebida obtenida por fermentación alcohólica de un mosto elaborado con cebada germinada y otros cereales o azúcares, adicionado de lúpulo o su extracto natural, levadura y agua potable, a la cual se le podrán adicionar sabores naturales permitidos por el Ministerio de Salud y Protección Social. Esta bebida está comprendida entre 2.5 y 12 grados alcoholimétricos. Las cervezas con una graduación alcoholimétrica, inferior a 2.5 grados alcoholimétricos, se denominarán cervezas sin alcohol o cervezas no alcohólicas y se clasificarán como alimento” (Resalta la Sala).**

Si bien la parte inicial de esta norma se refiere a la aplicación del reglamento técnico contenido en el decreto, es indudable que contiene una definición legal del término “cerveza” que como tal, puede ser aplicada en relación con el impuesto al consumo de cerveza, que se refiere precisamente a dicha bebida. Como se advierte, la definición del Decreto 1686 de 2012 coincide con la definición del Diccionario de la Real Academia Española, en el sentido de que la naturaleza de la cerveza es la de ser una bebida alcohólica, con una precisión importante: que su graduación alcoholimétrica debe estar comprendida entre 2.5 y 12 grados alcoholimétricos.

Adicionalmente, la definición legal establece que la llamada “*cerveza sin alcohol o no alcohólica*” es aquella que tiene una graduación alcoholimétrica inferior a 2.5 grados alcoholimétricos, la cual se clasifica “*como alimento*”, es decir, no como cerveza.

Como se sabe, en el mercado se introducen muchos productos que, por tradición o razones comerciales, conservan los nombres iniciales, pero resulta necesario observar en este caso que la sola denominación de “*cerveza*” no significa que se genere automáticamente el gravamen, sino que se debe atender a su característica de bebida alcohólica, de manera que si la tiene de acuerdo con la definición mencionada y la graduación fijada entre 2.5 y 12 grados alcoholimétricos, su consumo es objeto del tributo.

Resulta oportuno anotar que la Ley 223 de 1995, de conformidad con el artículo 285, entró a regir desde su publicación en el Diario Oficial, la cual ocurrió en el No. 42.160 del 22 de diciembre de 1995, y para esa fecha se encontraba vigente una definición de cerveza muy similar a la contenida en el artículo 3º del Decreto 1686 de 2012, que le fijaba una graduación igual a la de este: entre 2.5º y 12º grados alcoholimétricos, y distinguía que la cerveza sin alcohol o no alcohólica era la que tenía una graduación inferior a 2.5º grados alcoholimétricos y se clasificaba como alimento. En efecto, el artículo 1º del Decreto 761 del 23 de abril de 1993, disponía lo siguiente:

“Artículo 1º. Modificar: Los numerales 5, 7 y 10 del artículo 49 del Decreto 3192 de 1983, los cuales quedarán así: (...)

‘10. Cerveza. *Es la bebida obtenida por fermentación alcohólica de un mosto elaborado con cebada germinada y otros cereales o azúcares, adicionado de lúpulo o su extracto natural, levaduras y agua potable. Tendrá una graduación alcohólica entre 2.5º y 12º grados alcoholimétricos’.*

Parágrafo. *Las cervezas con una graduación alcoholimétrica inferior a 2.5 grados alcoholimétricos, se denominarán cervezas sin alcohol o cervezas no alcohólicas y se clasificarán como alimento”.*

Por consiguiente, en sana lógica, se debe entender que el impuesto al consumo de cerveza, se refiere a la cerveza bebida alcohólica, esto es, aquella cuya graduación alcoholimétrica está entre 2.5 y 12 grados alcoholimétricos, no a la cerveza sin alcohol o no alcohólica que tiene una graduación inferior a 2.5 grados alcoholimétricos y constituye un alimento.

2. Criterios del contexto de la ley y de aplicación de la analogía normativa

El contexto de la ley y la analogía son otros criterios útiles de hermenéutica jurídica, conforme al artículo 30 del Código Civil, que estatuye:

“Artículo 30. *El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.*

En este caso, se observa que el contexto de la Ley 223 de 1995 se refiere al impuesto al consumo de diversas bebidas alcohólicas: es así como el Capítulo VII de la ley regula el impuesto al consumo de cervezas, sifones y refajos (artículos 185 a 201), y el Capítulo siguiente, el VIII de la ley, regula el impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares (artículos 202 a 206).

Es claro que todas estas bebidas tienen contenido alcohólico, de manera que del contexto de la Ley 223 de 1995 se deduce que el impuesto al consumo de cerveza está dirigido a la cerveza que constituye una bebida alcohólica, de conformidad con la definición analizada, no a una bebida sin alcohol o no alcohólica, como lo precisa la adición de la definición.

La analogía encuentra también aplicación en el presente caso, como quedó establecido, respecto de la aplicación de la definición de la palabra “cerveza” contemplada en el Decreto 1686 de 2012, referente al reglamento técnico de fabricación, comercialización e importación de bebidas alcohólicas.

3. Criterio histórico de interpretación de la norma

Ahora bien, en relación con el criterio histórico de interpretación, relacionado con los antecedentes de expedición de la ley, al cual alude el artículo 27 del Código Civil²⁸³, se encuentra que la Ley 223 de 1995, tuvo su origen en el proyecto de ley No. 026 de 1995, Cámara, “*Por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones*”, presentado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público a la consideración del Congreso Nacional. Dicho proyecto contemplaba el Capítulo V “*Impuestos Departamentales*” y dentro de este se encontraba el título referente al “*Impuesto al consumo de cervezas y sifones*”, el cual comprendía los artículos 176 al 182. El artículo 176 establecía:

“Artículo 176. Hecho generador. *Está constituido por el consumo de cervezas, sifones, mezclas de estos productos con otros, y refajos, independientemente de su contenido alcohólico, en la jurisdicción de los Departamentos y del Distrito Capital. El Distrito Capital de Santafé de Bogotá es titular del impuesto que se genere en su jurisdicción”* (Resalta la Sala).²⁸⁴

Como se advierte, la norma proyectada establecía el gravamen sobre el consumo de cerveza independientemente de su contenido alcohólico, es decir, que el impuesto se generaba con cualquier grado de alcohol de la bebida. En otras palabras, desde una graduación alcoholimétrica de 0.1 grados alcoholimétricos, surgía el tributo y se debía pagar. En la exposición de motivos del mencionado proyecto, se expresó en la parte pertinente, lo siguiente:

“El proyecto introduce, en buena medida atendiendo la solicitud de los Gobernadores, un capítulo sobre impuestos departamentales, en particular sobre los impuestos al consumo, (licores, vinos, aperitivos, y similares; cervezas y sifones; cigarrillos y tabaco elaborado) y sobre el impuesto de registro, los cuales constituyen pilares fundamentales de las finanzas de los Departamentos. Las normas propuestas apuntan esencialmente a corregir deficiencias técnicas en el diseño de estos impuestos y a racionalizar su funcionamiento, dejando en cabeza de los Departamentos la responsabilidad de administrarlos, avanzando así en el proceso de descentralización fiscal. Teniendo en cuenta que de tiempo atrás los recaudos provenientes de los impuestos mencionados han experimentado un importante deterioro, se busca fortalecer la capacidad de los Departamentos para generar recursos propios, condición indispensable para que puedan cumplir de manera adecuada con las competencias y responsabilidades que les ha asignado la Constitución y la ley”.²⁸⁵

En la misma exposición de motivos se da la siguiente explicación sobre el citado artículo 176:

²⁸³ Código Civil. “Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

²⁸⁴ Gaceta del Congreso No. 218 de 2 de agosto de 1995, página 12.

²⁸⁵ Gaceta del Congreso No. 218 del 2 de agosto de 1995, página 14.

“Explicación Artículo 176. *Se define la materia sobre la cual recae el impuesto al consumo de cervezas y sifones, incluyéndose como gravados las mezclas y los refajos. Así mismo, se ratifica la titularidad que tiene el Distrito Capital en relación con el impuesto al consumo de cervezas y sifones que se genere en su jurisdicción”.*²⁸⁶

En la presentación formal del proyecto ante la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes, en sesión del 16 de agosto de 1995, el Ministro de Hacienda y Crédito Público hizo referencia claramente a la naturaleza alcohólica de las bebidas respecto de las cuales se regulaba el impuesto al consumo.²⁸⁷

Luego, en la Ponencia para Primer Debate en la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes, se constata que en el Pliego de Modificaciones al articulado del Proyecto de Ley No. 026C-de 1995 – Cámara, se suprimió del artículo 190 que establecía el hecho generador del impuesto al consumo de cerveza, la frase *“independientemente de su contenido alcohólico”*²⁸⁸, y desde ahí el artículo pasó los sucesivos debates sin más cambios, de manera que así quedó en el texto definitivo de la Ley 223 de 1995. No hay una motivación específica para ese cambio, tan solo se expresa en la parte pertinente de la Ponencia, sobre los cambios al proyecto, lo siguiente:

*“29. Régimen Departamental: Se consagran los acuerdos logrados entre los departamentos y los sectores afectados para definir un esquema más eficiente del manejo de los impuestos departamentales”.*²⁸⁹

En consecuencia, se aprecia que en el proyecto y a lo largo de su tramitación en el Congreso siempre se consideró que la cerveza constituía por naturaleza una bebida alcohólica, razón por la cual se hacía su mención conjuntamente con los licores, aperitivos, vinos y similares, así no se le fijara un determinado grado alcohólico, pero era clara la voluntad del legislador de gravarla con el impuesto al consumo porque se consideraba, y se considera ciertamente, como una bebida alcohólica, no una bebida de naturaleza diferente o un alimento.

²⁸⁶ Gaceta del Congreso No. 218 del 2 de agosto de 1995, página 23.

²⁸⁷ Acta Número 3 de 1995 (agosto 16) Primer Período – Legislatura 1995-1996. Comisión Tercera Constitucional Permanente – Cámara de Representantes. Sesión del día 16 de agosto de 1995. Algunos apartes de la intervención del Ministro de Hacienda y Crédito Público son los siguientes:

(...) En el caso de licores, las cervezas y otras bebidas, las bases gravables no son correctas, las tarifas por ejemplo no reflejan diferencias con el grado de contenido alcohólico. Hay muchos problemas de ese estilo; hay problemas administrativos, estamos incluyendo un capítulo nuevo, con unas propuestas en impuestos en materia de licores, cerveza, cigarrillos y registro de anotación que modernizarían un poco estos tributos, los harían más lógicos desde el punto de vista económico y le permitirían mejorar un poco el recaudo a los departamentos. (...)

(...) tenemos un problema serio en el caso de la cerveza que ustedes lo conocen, la cerveza tiene un gravamen alto en Colombia, si uno fuera a meterlo dentro de una estructura lógica habrían (sic) que disminuirlo, pero en eso resultaría un problema muy severo para los fiscos departamentales, (...).

(...) estamos corrigiendo tres cosas: estamos aumentando la tarifa para los licores duros, porque por ejemplo los brandys, los aperitivos y cosas de ese estilo estaban gravados menos que la cerveza y el aguardiente, eso es absurdo; y de otra parte hay algunos vinos que estaban gravados mucho, ustedes saben de un problema de esa naturaleza, el caso del refajo está gravado igual que la cerveza, no es lógico entonces ese tipo de diferenciaciones se están haciendo, pero advierto que no es completo, o sea se mejora mucho el sistema, pero no es completo porque habría un problema de recaudos (...) (Gaceta del Congreso No. 47, 21 de febrero de 1996, página 16).

²⁸⁸ Gaceta del Congreso No. 318, 3 de octubre de 1995, página 28.

²⁸⁹ Gaceta del Congreso No. 318, 3 de octubre de 1995, página 5.

Resulta oportuno anotar que si se hubiera conservado la expresión *“independientemente de su contenido alcohólico”*, la cerveza con cualquier graduación alcoholimétrica, es decir, desde 0.1 grados alcoholimétricos en adelante, estaría gravada con el impuesto al consumo sin que tuviera relevancia alguna si se definía o no como una cerveza sin alcohol o no alcohólica, y se perdería la justificación del impuesto de gravar el consumo de cerveza por ser una bebida alcohólica. Sin embargo, dicha expresión fue suprimida y en consecuencia, la definición del Decreto 1686 de 2012 adquiere plena vigencia sobre el significado del término *“cerveza”* en relación con el hecho generador del tributo.

En conclusión, se observa que dentro del hecho generador del impuesto al consumo de cerveza, establecido en el artículo 186 de la Ley 223 de 1995, no se encuentra incluida la cerveza sin alcohol o no alcohólica, entendiendo por esta la cerveza con una graduación alcoholimétrica inferior a 2.5 grados alcoholimétricos, de acuerdo con la definición dada por el artículo 3º del Decreto 1686 de 2012.

C. La eventual responsabilidad patrimonial de los Departamentos y el Distrito Capital de Bogotá en caso de recaudo del impuesto no causado

La segunda pregunta de la consulta consiste en determinar si podrían incurrir en responsabilidad patrimonial del Estado las entidades que realicen el recaudo del impuesto al consumo de cervezas, sifones y refajos, considerando que la cerveza sin alcohol hace parte del hecho generador del tributo.

Las entidades públicas que realizan el recaudo del mencionado impuesto son los Departamentos y el Distrito Capital de Bogotá, en virtud de la cesión legal que les hizo la Nación, conforme lo establecen los artículos 185, 191 y 199 de la Ley 223 de 1995, arriba transcritos. Este último establece claramente, respecto de la administración del impuesto, que *“[l]a fiscalización, liquidación oficial, cobro y recaudo del impuesto al consumo de que trata este Capítulo (se refiere al impuesto al consumo de cervezas, sifones y refajos) es de competencia de los Departamentos y del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, competencia que se ejercerá a través de los órganos encargados de la administración fiscal (...)”*.

Ahora bien, la responsabilidad patrimonial del Estado por la causación de un daño antijurídico encuentra su fundamento constitucional en el artículo 90 de la Carta, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 90. *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

En el caso del cobro y recaudo de un impuesto no causado como sería el del impuesto al consumo de cerveza sobre cerveza sin alcohol, de acuerdo con la definición dada por el artículo 3º del Decreto 1686 de 2012, es evidente que se ocasiona un daño antijurídico al contribuyente y se genera una responsabilidad patrimonial a cargo del ente público recaudador.

Así lo ha reconocido el Consejo de Estado en casos similares, como son los de impuestos no causados por haber sido declaradas sus normas de creación, inexecutable por la Corte Constitucional, eventos en los cuales la responsabilidad recae en el legislador como causante del daño.

En este sentido, mediante la Sentencia del 11 de junio de 2014 dictada en el proceso de reparación directa radicado bajo el No. 25000-23-26-000-2003-01185-01, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A (C.P.: Hernán Andrade Rincón) sostuvo lo siguiente, con base en diversas sentencias de la Corporación:

“Los planteamientos que efectúa la Corte Constitucional en el fallo que se deja parcialmente transcrito resultan trasladables, mutatis mutandi, a casos como el que se examina en el sub iudice, pues con independencia del mantenimiento de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la norma general que consagraba la obligación tributaria declarada inexecutable o nula cosa que no está en discusión—, la persona que haya sufrido un daño antijurídico como consecuencia directa de la aplicación de tal disposición tiene derecho a que, a través del cauce procesal constituido por la acción de reparación directa, se examine si concurren, o no, los requisitos constitucionalmente exigidos para que se declare patrimonialmente responsable al Estado, vale decir, que el daño antijurídico causado sea imputable a la acción—el ejercicio irregular de su potestad normativa— desplegada por una autoridad pública.

“(…) El daño sufrido por los ciudadanos que se vieron compelidos a pagar el impuesto creado por la norma posteriormente excluida del sistema jurídico por virtud de decisión judicial es, a no dudarlo, antijurídico, comoquiera que carece de sustento en el ordenamiento el deber de hacer frente al pago de una exacción que fue establecida de manera irregular por una autoridad pública a través del ejercicio contrario a Derecho de su potestad normativa; tal circunstancia abre la procedibilidad de la instauración de la acción de responsabilidad extracontractual en contra del Estado, con independencia de que se hubieren iniciado e incluso decidido ya procesos judiciales como resultado de los cuales se hubiere declarado conforme a Derecho—antes de proferido el fallo de inconstitucionalidad o de nulidad de la norma general que establecía la correspondiente carga impositiva la negativa de la Administración a devolver al “contribuyente” lo que éste indebidamente pagó, pues en un escenario—el de la legalidad de un acto administrativo— se produjo tanto la decisión administrativa enjuiciada como el pronunciamiento que avaló su juridicidad y en otro completamente distinto debe desatarse la cuestión relacionada con la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la causación de daños antijurídicos. (...)

“Todo lo hasta ahora expuesto conduce a la Sala a concluir que existen sobradas razones para reiterar su jurisprudencia en virtud de la cual el Estado sí debe asumir la responsabilidad patrimonial por los daños antijurídicos que causen preceptos reglamentarios que consagren obligaciones tributarias y sean anulados por la Jurisdicción, comoquiera que las personas que en esas condiciones pagaron el impuesto no están en el deber jurídico de soportar los consecuentes perjuicios, menos aún si se tiene en cuenta que semejante proceder por parte de las autoridades constituye una evidente falla en el servicio consistente en el ejercicio de facultades administrativas que autorizan la expedición de normas de alcance general, impersonal y abstracto, las cuales deben siempre ceñirse a la Constitución y a la ley, pues la contravención de éstas últimas constituye título jurídico de imputación suficiente para atribuir responsabilidad al Estado, sin necesidad de que deba entrar a examinarse si ha mediado, o no, culpa o negligencia individual de uno o varios servidores públicos, según tradicionalmente lo ha señalado esta Corporación e, igualmente, lo asevera la doctrina (...).

“(...) para efectos de la declaratoria de responsabilidad del Estado resulta pertinente y necesario deslindar los conceptos de situación jurídica consolidada y reparación de un daño antijurídico, tal y como lo señala el artículo 90 de la Constitución Política. En efecto, aun cuando en determinadas situaciones en materia de acción de nulidad y restablecimiento del derecho pudiere llegar a considerarse como viable la teoría de las situaciones jurídicas consolidadas, desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual del Estado legislador, tal argumento no resulta válido, por cuanto, justamente, lo que se consolidó con el pago del tributo inconstitucional fue un daño antijurídico cuya indemnización procede en sede de la acción de reparación directa, en la medida, como es evidente, en que se verifiquen los demás elementos de la responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas. Así, al contrario de lo que se ha venido afirmando, la existencia de una situación jurídica particular consolidada bajo el amparo de una ley inexecutable permite determinar o entender configurada la certeza del daño antijurídico acaecido”.

En el mismo sentido de responsabilidad patrimonial del Estado, pero por el cobro de un tributo derogado, se pronunció el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B (C.P.: Danilo Rojas Betancourth), mediante Sentencia del 22 de noviembre de 2012, Exp. 05001-23-24-000-1996-00568-01 (21867), en los siguientes términos:

“27. Exigir y recaudar un impuesto derogado, como lo indicó la demanda y lo reconoció el fallo impugnado, entraña la usurpación del poder de imposición atribuido por la Constitución al Congreso de la República, en el orden nacional.

27.1 Es un principio universalmente admitido que el poder de imposición sólo corresponde a las corporaciones públicas (arts. 150.11, 150.12, 338, 300.4 y 313.4 constitucionales)²⁹⁰. Sobre la base del principio de legalidad tributaria²⁹¹ (nullum

290 Nota de la Sentencia: Vid. Corte Constitucional, sentencia C 583 de 1996.

291 Nota de la Sentencia: Una de las más significativas manifestaciones del principio de legalidad, por cuya virtud “la autoridad administrativa, en tanto ejecutora de la ley, sólo puede ejercer las facultades que ésta le haya encomendado, toda vez que la ley es la más

tributum sine lege) no sólo hay una larga construcción histórica que hunde sus raíces en las bases del constitucionalismo moderno²⁹², sino también una sólida base democrática (suele denominarse igualmente “principio de representación popular en materia tributaria”) que busca garantizar el derecho de propiedad del contribuyente (art. 58 superior). Y ello es así, porque las normas tributarias determinan “la cantidad con que cada uno de sus miembros [de la comunidad] ha de sostener los gastos de la colectividad”²⁹³.

27.2 Si el tributo es una prestación de carácter personal y pecuniaria a favor del Estado y a cargo del contribuyente -y por ello para dotarlo de legitimidad, es definido por el órgano de representación popular- y si éste decide, dentro del amplio margen de configuración normativa propio de la democracia constitucional, derogarlo, no puede ser cobrado sin grave desconocimiento del marco constitucional y legal superior. Expresado en otras palabras, los impuestos son obligaciones de derecho público, como anota Schindel, “consistentes en prestaciones pecuniarias que el Estado (...) establece coercitivamente en virtud de lo que disponga la ley”²⁹⁴, derivadas de su poder de imperio. En tanto obligación ex lege (de ahí que un elemento primordial sea la coerción por parte del Estado²⁹⁵), el tributo no exterioriza la voluntad del sufragante, como sucede con el precio y por lo mismo no puede confundirse con éste.

27.3 Si su finalidad es fundamentalmente fiscal (sin desconocer que puede tener otros propósitos posibles como desestimular ciertas actividades), esto es, contribuir al financiamiento de los gastos que demanda el cumplimiento de los fines del Estado, la entidad estatal contratante no puede, una vez derogado un tributo, arrogarse la titularidad de la potestad impositiva para exigir una prestación económica -también de manera unilateral- so pretexto de que está protegiendo “recursos públicos”, cuando el único autorizado para imponerla ya decidió que no se cobrara en lo sucesivo.

27.4 La Sala destaca que en este caso EPM sólo obra como “agente retenedor”, esto es, practicando un deber de colaboración en la gestión tributaria²⁹⁶, en tanto sustituye al fisco como recaudador de impuestos²⁹⁷. Y por lo mismo, sólo estuvo autorizada legalmente a efectuar la retención del tributo, durante el tiempo en que estuvo vigente la ley que lo creó. Si no hay norma que atribuya la función de

importante garantía de los derechos frente a la tentativa de abuso del gobernante. Principio de legalidad que busca la limitación del papel del ejecutivo (De Laubadère), en tanto éste se encarga de traducir la ley en la realidad y por lo mismo ella constituye a la vez fundamento y límite a su accionar (Rivero). De modo que la Administración actúa secundum legem en tanto actividad estatal sub-legal (Marienhoff): “La acción de cumplimiento en Colombia: ¿Un medio de control judicial de la administración que no produjo los efectos que se esperaban?” en AAVV El derecho público en Iberoamérica, Libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo, Tomo II, Bogotá, Universidad de Medellín y Editorial Temis, 2010, pp. 481 y ss.

292 Nota de la Sentencia: Baste citar la cláusula XII de la Carta Magna Libertatum de 1215 y el artículo 14 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

293 Nota de la Sentencia: Ferreiro Lapatza, José Juan, Curso de derecho financiero español, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 47.

294 Nota de la Sentencia: Citado por Restrepo, Juan Camilo, Hacienda Pública, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 208.

295 Nota de la Sentencia: Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero*, Buenos Aires, Depalma, 2001, p. 316 y 317.

296 Nota de la Sentencia: Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 8 de marzo de 2002, rad. 25000-23-27-000-2000-0939-01(12478), C. P. Ligia López Díaz.

297 Nota de la Sentencia: Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 19 de enero de 2012, rad. 25000-23-27-000-2008-00171-(17972), C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

practicar la percepción del impuesto, la entidad contratante no puede -a ningún título- descontar de los pagos suma alguna por dicho concepto.

27.5 Ahora, el contribuyente está autorizado a reclamar las sumas que le fueron descontadas por el agente retenedor, habida cuenta que si pagó un impuesto, como en efecto sucedió, al cual no estaba obligado tiene derecho a su devolución, esto es, a que se les restituyan los recursos indebidamente sufragados, puesto que la norma tributaria es el único título del que se puede servir el Estado para efectuar el cobro de las obligaciones fiscales (arts. 338 y 95-9 CP). Si se configura la ausencia de causa legal previa para descontar unas sumas por concepto de impuestos, se está delante de un pago de lo no debido. La administración (y menos cuando obra como un simple agente retenedor) no puede lograr un provecho patrimonial a expensas de un contratista, sin que exista una causa jurídica para descontar de los pagos respectivos un impuesto que ya ha sido derogado.

27.6 La jurisprudencia de la Sección Cuarta de esta Corporación ha sido uniforme en señalar que cuando el contribuyente ha efectuado un pago sin que exista una norma que soporte la existencia de la obligación de pagar, o cuando dicha obligación ha existido pero desapareció del mundo jurídico [como sucede en este caso justamente], la Administración Tributaria -y mucho menos un simple agente retenedor- no puede retener dicho dinero²⁹⁸.

27.7 En la misma línea, la Corte Constitucional ha puesto de relieve que la administración no posee legitimidad alguna para adelantar las acciones recaudatorias pertinentes sin la respectiva habilitación normativa y por ello si se hace un cobro sin autorización legal se “atenta contra la seguridad jurídica de los contribuyentes, cercenando el derecho de propiedad de los coasociados (art. 58 C.P.), pues, un tributo sin fundamento, constituye un acto confiscatorio del poder público, expresamente prohibido por el Estatuto Fundamental (art. 34 C.P.); luego, lo cobrado y recibido por el Estado, (...) habilita a los afectados a solicitar la devolución de lo pagado injustamente”²⁹⁹.

De igual manera, el Consejo de Estado encontró responsabilidad patrimonial del Estado en un caso de cobro indebido del impuesto de alumbrado público. La Sección Tercera, Subsección C (C.P.: Enrique Gil Botero) de la Corporación, en Sentencia del 7 de marzo de 2011, Exp. 23001-23-31-000-2003-00650-02 (AG), expresó lo siguiente:

“En el artículo 90 del estatuto superior se establecieron dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación. El inciso primero del texto constitucional antes señalado, es del siguiente tenor literal:

²⁹⁸ Nota de la Sentencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 23 de septiembre de 2010, rad. 25000-23-27-000-2007-00060-01(17669), C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

²⁹⁹ Nota de la Sentencia: Corte Constitucional, sentencia C 369 de 2000, MP Fabio Morán Díaz.

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.” (negritas fuera del texto original).

En el presente caso, de la argumentación desarrollada a lo largo de esta providencia y de los hechos demostrados en el proceso, es posible concluir que están presentes los dos elementos que de acuerdo con el artículo 90 constitucional hacen posible la declaratoria de responsabilidad del Estado. En efecto, La incorrecta liquidación del impuesto de alumbrado público ocasionó un desmedro en el patrimonio de las personas naturales y jurídicas pertenecientes a los sectores industrial y comercial y a los estratos residenciales 5 y 6 del municipio de Montería, pues como ya tuvo oportunidad de indicarse, se incurre en un desconocimiento de la normatividad superior cuando la tasa o impuesto se liquida no sólo sobre lo efectivamente consumido, sino que se le suma a dicho valor lo pagado a título de contribución. Esto genera que se pague injustamente un 3 por ciento adicional.

Por otra parte, el daño es imputable en primer lugar a ELECTROCOSTA como quiera que el municipio confió a dicha empresa, a través de convenio, la liquidación y recaudo del impuesto de alumbrado público y, fue precisamente en cumplimiento de esta actividad, a través de la expedición de las facturas, que se generó el detrimento patrimonial.

Adicionalmente, debe señalarse que la labor confiada a ELECTROCOSTA constituye el ejercicio de una verdadera función administrativa, toda vez que se le trasladó a la empresa de servicios públicos el desarrollo de varias de las manifestaciones más importantes de la potestad impositiva, como quiera que ésta no sólo se limita al establecimiento en normas generales de los elementos de la obligación tributaria, sino que comprende también las labores de determinar caso por caso el monto a cancelar así como su recaudo³⁰⁰. Por este motivo, el daño también resulta imputable al Municipio de Montería³⁰¹, ya que aún cuando él no se encargue directamente de la liquidación no ha renunciado en ningún momento a la titularidad de esta actividad sino que simplemente ha confiado a un tercero su ejercicio. De igual modo, como se desprende de lo demostrado en el proceso, la tasa de alumbrado público se recauda a favor del ente territorial para que éste asuma los gastos que genera la prestación del servicio y es su responsabilidad directa el cobro coactivo de la cartera morosa”.

³⁰⁰ Nota de esta Sentencia: De allí que el artículo 1 de la Ley 1386 de 2010 haya dispuesto: “Prohibición de entregar a terceros la administración de tributos: No se podrá celebrar contrato o convenio alguno, en donde las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, deleguen en terceros la administración, fiscalización, liquidación, cobro coactivo, discusión, devoluciones, e imposición de sanciones de los tributos por ellos administrados. La recepción de las declaraciones así como el recaudo de impuestos y demás pagos originados en obligaciones tributarias podrá realizarse a través de las entidades autorizadas en los términos del Estatuto Tributario Nacional, sin perjuicio de la utilización de medios de pago no bancarizados. Las entidades territoriales que a la fecha de expedición de esta ley hayan suscrito algún contrato en estas materias, deberán revisar de manera detallada la suscripción del mismo, de tal forma que si se presenta algún vicio que implique nulidad, se adelanten las acciones legales que correspondan para dar por terminados los contratos, prevaleciendo de esta forma el interés general y la vigilancia del orden jurídico. Igualmente deberán poner en conocimiento de las autoridades competentes y a los organismos de control cualquier irregularidad que en la suscripción de los mismos o en su ejecución se hubiese causado y en ningún caso podrá ser renovado”.

³⁰¹ Nota de esta Sentencia: A través de auto de 16 de Diciembre de 2005, el Tribunal Administrativo de Córdoba llamó en garantía al Municipio de Córdoba. Folios 78 y 79 del Cuaderno 2.

En consecuencia, se concluye que el hecho de recaudar un impuesto no causado, el cual se presentaría si un Departamento o el Distrito Capital percibiera el impuesto al consumo de cerveza respecto de la cerveza sin alcohol o no alcohólica, conforme la define el artículo 3° del Decreto 1686 de 2012, es decir, la cerveza que tiene una graduación alcoholimétrica inferior a 2.5 grados alcoholimétricos, le podría acarrear a ese Departamento o al Distrito Capital una responsabilidad patrimonial a su cargo.

LA SALA RESPONDE

“1. ¿Está la cerveza sin alcohol incluida en el hecho generador del impuesto al consumo previsto en los artículos 185 a 201 de la Ley 223 de 1995?”

La cerveza sin alcohol o no alcohólica, entendiendo por esta la bebida así llamada con una graduación alcoholimétrica inferior a 2.5 grados alcoholimétricos, de acuerdo con la definición dada por el artículo 3° del Decreto 1686 de 2012, no está incluida en el hecho generador del impuesto al consumo de cerveza establecido en el artículo 186 de la Ley 223 de 1995.

“2. ¿Podrían incurrir en responsabilidad patrimonial del Estado las entidades que realicen el recaudo del impuesto al consumo de cervezas, sifones y refajos, considerando que la cerveza sin alcohol hace parte del hecho generador del tributo?”.

Sí. En caso de que los Departamentos y el Distrito Capital de Bogotá realicen el recaudo del impuesto al consumo de cervezas, sifones y refajos, considerando erróneamente que la cerveza sin alcohol hace parte del hecho generador de dicho impuesto, podrían incurrir en responsabilidad patrimonial por cobrar y recaudar un impuesto no causado.

Remítase al señor Ministro de Justicia y del Derecho 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.

OTROS ASUNTOS

1. Tribunales de Ética Médica. Radicado 2016

Radicado 2016

Fecha: 21/10/2010

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

Levantamiento de la reserva mediante auto del 29 de enero de 2015

I. Antecedentes

El Ministerio de la Protección Social solicita a la Sala su concepto sobre la representación legal y judicial de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica. Señala el Ministerio que los referidos tribunales fueron creados por las leyes 23 de 1981 y 35 de 1989, como organismos de control del ejercicio de la medicina y la odontología, encargados de conocer los procesos disciplinarios ético – profesionales que se presenten en razón del ejercicio de dichas profesiones en Colombia.

Indica que las decisiones dictadas en cumplimiento de esta función administrativa son objeto de control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, a la cual ha venido compareciendo el respectivo tribunal a través de apoderado judicial del mismo cuerpo colegiado, lo cual es obvio considerando que las sanciones cuestionadas no tienen que ver con el Ministerio de la Protección Social, y que de conformidad con el artículo 6º de la Carta, la responsabilidad le corresponde en consideración al hecho de ser particulares en ejercicio de funciones públicas.

Aclara que el Ministerio no desconoce que asigna una partida dentro de su presupuesto para la financiación de los Tribunales Nacionales, acorde con los gastos que realiza cada uno de ellos y que hace la designación de sus miembros. Que en el caso de los tribunales seccionales son los departamentos o distritos los que incluyen las partidas en sus presupuestos, mientras que la designación de los miembros está a cargo de los Tribunales Nacionales de cada una de las disciplinas.

Afirma el consultante que la información anterior es relevante dado que *“las Leyes 23 de 1981 y 35 de 1989 no le otorgaron al entonces Ministerio de Salud, hoy de la Protección Social, la facultad de ejercer la representación legal de estos organismos y como consecuencia de ello, asumir con recursos de su presupuesto las condenas que vienen profiriendo los despachos judiciales en las acciones impetradas contra las decisiones que los citados órganos expiden.”*

Manifiesta que en estas condiciones surge la inquietud de si el Ministerio puede atribuirse la facultad de representarlos legalmente y a partir de allí desplegar las actuaciones propias de dicha condición o si para ello es necesario una reforma a las citadas leyes, o si por el contrario es cada uno de tales órganos (Tribunales Seccionales y Nacionales), quienes deben actuar en nombre del correspondiente

cuerpo colegiado y a partir de allí incluir dentro de los proyectos de presupuesto las partidas para la asunción de las contingencias judiciales, más aún si se tiene en cuenta que como ya se advirtió, se trata de condenas emanadas de actos administrativos en cuya expedición, en la mayoría de los casos, no ha intervenido el Ministerio.

Afirma que la inquietud se formula dado que los despachos judiciales han proferido fallos condenatorios en contra del Ministerio de la Protección Social, bajo el argumento de *“que es allí donde radica el centro de imputación jurídica de toda responsabilidad por corresponder al Estado, representado para el efecto por esta entidad, la competencia de actuar como garante del sistema de salud así como de vigilar y controlar el ejercicio de las profesiones en dicha materia”*. Con base en lo anterior formula las siguientes **PREGUNTAS**:

“[1] Partiendo de la consideración de que la representación legal debe radicar en la autoridad administrativa que disponga el acto de creación de la correspondiente entidad, puede y debe el señor Ministro de la Protección Social actuar como representante legal de los Tribunales Nacionales de Ética Médica y Odontológica?”

[2] ¿Quién debe representar los intereses del Estado Colombiano cuando un médico o un odontólogo demanda contencioso-administrativamente por responsabilidad extracontractual, como consecuencia de los supuestos perjuicios recibidos al haber sido condenado por faltas a la ética médica u odontológica por los Tribunales Seccionales de Ética Médica u Odontológica o por estos y los Tribunales Nacionales de Ética Médica u Odontológica?”

[3] En otras palabras: ¿Quién debe asumir el pago de las condenas impuestas por la autoridad administrativa, por fallos proferidos por los Tribunales Seccionales Y Nacionales de Ética Médica y Odontológica, cuando el Ministerio de la Protección Social no se ha pronunciado por no ser competente o por no haberse hecho uso del recurso de apelación?”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

La Sala tratará tres aspectos que surgen de los interrogantes planteados: (i) la naturaleza jurídica de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica; (ii) la representación de dichos tribunales; y (iii) el cumplimiento de las condenas impuestas por parte de la jurisdicción contencioso administrativa por demandas instauradas contra las decisiones de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica.

I. Naturaleza Jurídica de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica.

La Constitución de 1991 consagró en el artículo 26 la posibilidad de escoger profesión u oficio como un derecho fundamental, cuyo ejercicio debe estar sujeto a la inspección y vigilancia del Estado. Este derecho ya había sido reconocido en el artículo 39³⁰² de la Constitución de 1886.

302 En la Constitución de 1886 se establecía que “Art. 39. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones. // Las autoridades inspeccionaran las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas.(...)”

Ahora bien, dicha obligación constitucional de inspección y vigilancia de las profesiones ha sido regulada por el legislador, que para hacerla más eficiente y especializada ha constituido organismos bajo la denominación indistinta de consejos profesionales o tribunales de ética.

Para el caso consultado, con fundamento en esta norma constitucional el legislador expidió las leyes 23 de 1981 y 35 de 1989, mediante las cuales reglamentó el ejercicio de la medicina y de la odontología, respectivamente. Dichas leyes, señalaron que el conocimiento de los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la profesión, estaría a cargo de organismos denominados Tribunales de Ética Médica y Odontológica.

a. Los Tribunales de Ética Médica

La ley 23 de 1981 creó el Tribunal Nacional y los Tribunales Seccionales de Ética Médica, así:

“ARTICULO 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.”*

“ARTICULO 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.*

PARAGRAFO. *El Ministerio de Salud, cuando lo considere conveniente, podrá solicitar a la Federación Médica Colombiana, a la Academia Nacional de Medicina y a las Facultades de Medicina el envío de nuevas listas.”*

“ARTICULO 67. *En cada Departamento, Intendencia o Comisaría se constituirá un Tribunal Seccional Ético-profesional.”*

“ARTICULO 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.”*

El artículo 73 establece que los Tribunales cumplen funciones públicas, pero sus integrantes por el solo hecho de serlo no adquieren el carácter de funcionarios públicos. A su vez, de conformidad con el artículo 83, las sanciones a imponer son las siguientes:

“ARTICULO 83. *A juicio del Tribunal Ético Profesional, contra las faltas a la ética médica, de acuerdo con su gravedad o con la renuncia en ellas, proceden las siguientes sanciones:*

a) Amonestación privada;

b) Censura, que podrá ser:

1. Escrita pero privada.

2. Escrita y pública.

3. Verbal y pública.

c) Suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por seis meses;

d) Suspensión en el ejercicio de la medicina, hasta por cinco años.”

Los Tribunales Seccionales son competentes para aplicar las sanciones a que se refieren los literales a), b) y c) del artículo 84. A su turno, el Tribunal Nacional conocerá de las apelaciones interpuestas contra las sanciones impuestas por los Seccionales, salvo cuando se trate de amonestación privada, contra la que solo procederá el recurso de reposición. Cuando se trate de la sanción contemplada en el literal d), el Tribunal Seccional dará traslado al Tribunal Nacional para que resuelva. Contra esta decisión procede el recurso de reposición ante el Tribunal, o de apelación ante el Ministerio de Salud, hoy de la Protección Social (artículos 84 al 89).

En cuanto a la remuneración, dispuso el artículo 91 que el Ministerio de Salud, -hoy de la Protección Social-, señalará la remuneración que corresponda a los Tribunales Ético Profesionales y demás personal auxiliar, previo concepto de la Federación Médica Colombiana. De igual forma, dispuso la ley que el Gobierno Nacional debe incluir en el proyecto de presupuesto de gastos correspondientes a cada vigencia las partidas indispensables para su implementación.

b) Los Tribunales de Ética Odontológica

La ley 35 de 1989, creó los Tribunales Nacionales y los Tribunales Seccionales de Ética Odontológica, en los siguientes términos:

“ARTICULO 59. *Créase el Tribunal Nacional de Ética Odontológica 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 odontología en Colombia.”*

“ARTICULO 60. *El Tribunal Nacional de Ética Odontológica estará integrado por cinco profesionales de la odontología elegidos por el Ministerio de Salud de una lista*

de diez (10) candidatos, de los cuales cinco (5) serán propuestos por la Federación Odontológica Colombiana y cinco (5) por la Asociación Colombiana de Facultades de Odontología (ACFO).”

“**ARTICULO 63.** En cada departamento, intendencia o comisaría se constituirá un Tribunal Seccional de Ética Odontológica.”

“**ARTICULO 64.** El Tribunal Seccional de Ética Odontológica estará integrado por cinco profesionales de la odontología elegidos por el Tribunal Nacional de Ética Odontológica, de conformidad con lo establecido en el artículo 63, escogidos de listas presentadas por las seccionales 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.”

El artículo 69 señala, al igual que para los Tribunales Médicos, que los Odontológicos cumplen funciones públicas, pero sus integrantes por el solo hecho de serlo no adquieren el carácter de funcionarios públicos. El artículo 79 establece las mismas sanciones que fijó la ley 23 de 1981 para los médicos; a su vez, los artículos 80, 81, 83, 84 y 85 definieron la competencia funcional en idénticos términos.

De igual forma, de acuerdo con la ley 35 de 1989, se dispone que el Ministerio de Salud, -hoy de la Protección Social-, debe señalar la remuneración de los miembros de los tribunales y demás personal auxiliar, y para el Gobierno la obligación de incluirlos en el presupuesto.

c) La doctrina de la Sala sobre los organismos encargados de la inspección, control y vigilancia de las profesiones

Ahora bien, esta Sala ha desarrollado una doctrina sobre la naturaleza y régimen de las organizaciones encargadas de la función disciplinaria enmarcada dentro de la obligación constitucional de inspección, control y vigilancia de algunas profesiones, -a los que la ley ha denominado en términos generales *Consejos Profesionales o tribunales de ética*-. Desde la diversidad de formas y figuras utilizadas por el legislador, se han encontrado en la mayoría de los casos rasgos comunes a estos organismos, como la carencia de personería jurídica, la falta de definición legal de su naturaleza jurídica, su dependencia presupuestal de la Nación, la relación directa con un Ministerio, el ejercicio de una función pública, etc. A partir de ello y pese a que no corresponden a las típicas clasificaciones usadas para la identificación de la generalidad de entidades públicas³⁰³, tanto anteriores como posteriores a la Ley 489 de 1998, la Sala ha considerado en general que tales consejos y tribunales constituyen un tipo *especial y sui generis de organismos públicos*, integrados a la Administración Pública a partir de una especial relación interadministrativa, de la

303 Al analizar el régimen aplicable a estos organismos, se evidencia cómo frente a éstos el legislador se ha inclinado por alejarse de la unidad organizativa y de regulación para acudir a multiplicidad de formas a través de las cuales se desarrolla la actividad estatal y en las cuales los esquemas tradicionales de organización administrativa suelen resultar insuficientes. Así lo había advertido la doctrina desde hace varios años: “Como expresa el profesor francés PROSPER WEIL, la administración ha pasado de la acción directa a la acción indirecta, de la unidad de régimen aplicable a la variedad de regulaciones, de la unidad organizativa a la multiplicidad de formas a través de las cuales encaja y fluye la actividad estatal.” (TAFUR Galvis, Álvaro. Las entidades descentralizadas, Editorial Temis, Tercera Edición, 1984, p. 33)

cual se derivan diversas consecuencias jurídicas y prácticas en su organización y funcionamiento. Al efecto, cabe realizar una breve mención de la evolución cronológica de la doctrina de la Sala sobre dichos organismos:

En vigencia de la Constitución de 1886, la Sala consideró en el Concepto 248 del 1º de diciembre de 1988, que los Tribunales de Ética Médica eran organismos especiales de origen legal, sometidos al Gobierno Nacional sin hacer parte de la Rama Ejecutiva.³⁰⁴ Del mismo modo, en el Concepto 362 del 22 de junio de 1990 se consideró que los Tribunales de Ética Médica eran organismos de naturaleza especial por cumplir una función pública pero sin hacer parte de la Rama Ejecutiva.³⁰⁵ Posteriormente, ya en vigencia de la Carta de 1991, con la cual se introdujeron importantes cambios a la estructura del Estado, la Sala se pronunció en el Concepto 487 del 14 de diciembre de 1992 sobre la naturaleza del Consejo Nacional de Trabajo Social, para definirlo como un órgano de derecho público y considerarlo una dependencia del Ministerio de Trabajo.³⁰⁶

Así mismo, en 1994 con el Concepto 583 del 11 de febrero, la Sala estimó que el Consejo Profesional de Administración de Empresas es un organismo de derecho público de creación legal con fisonomía propia, sin personería jurídica pero con cierto grado de autonomía, cuyo régimen aplicable parte de la Carta de 1991.³⁰⁷ A su turno, en el Concepto 630 del 9 de septiembre del mismo año, la Sala concluyó que el Consejo Profesional de Agentes de Viaje y Turismo es un órgano administrativo de creación legal, sin personería jurídica.³⁰⁸

304 "Los Tribunales de Ética Médica no forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, son entidades u organismos especiales, de origen legal, que están sometidos al Gobierno nacional con el objeto de que se cumpla a cabalidad con las finalidades previstas en la Ley 23 de 1981. Tiene una atribución disciplinaria que debe ajustarse al procedimiento previsto en la citada ley."

305 "Los Tribunales de Ética Médica son organismos creados por la Ley 23 de 1981, que tienen una naturaleza especial por cuanto cumplen una función pública, sin formar parte de la estructura de la Rama Ejecutiva, sin embargo, cuentan con la participación del Estado, a través del Ministerio de Salud, respecto de su presupuesto, de la designación de sus miembros y de la revisión de algunas de sus decisiones disciplinarias. // Su función principal es la de controlar que los profesionales que ejercen la medicina en el país lo hagan dentro de las disposiciones de la ética médica, "con autoridad para conocer de los procesos ético profesionales" cuando se presenten infracciones de las correspondientes disposiciones legales por razón del ejercicio de la medicina (artículo 63, Ley 23 de 1981)."

306 "Si bien es cierto, que el Consejo Nacional de Trabajo Social, es un órgano de derecho público, no puede afirmarse que ostente la naturaleza de establecimiento público del orden nacional, porque ese carácter debió definirlo específicamente el legislador. El consejo aludido es una dependencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, porque el trabajo social es una profesión relacionada con el bienestar y el desarrollo social, que contribuye a mejorar las políticas de empleo, salario e inversión de los mismos, aspectos estrechamente relacionados con las funciones de dicho ministerio porque el artículo 12 del decreto 2833 de 1981 se dispone que el Gobierno Nacional asignará la partida presupuestal necesaria para el funcionamiento de este Consejo, a través del Ministro de Trabajo y Seguridad Social. La Sala observa que como antecedente de la existencia de esta clase de dependencias, se encuentra la ley 11 de 1979 por la cual se reconoce la profesión de Bibliotecólogo, se reglamenta su ejercicio y se crea el Consejo Nacional de Bibliotecología como organismo del Gobierno, adscrito al Ministerio de Educación Nacional, con funciones de vigilancia y control sobre dicha profesión".

307 "El Consejo Profesional de Administración de Empresas es un organismo de derecho público y su régimen aplicable es el contenido en la Constitución Política, ley 60 de 1981, decreto 2718 de 1984 y reglamento interno (Resolución 785 de 1986)... // "Mediante el citado estatuto legal se creó el Consejo Profesional de la especialidad, no propiamente como una dependencia de la Administración Pública de las contempladas en el artículo 16 del decreto 1050 de 1968, sino como organismo con una fisonomía propia que ejerce unas funciones especiales descritas en los artículos 9º y 11º de la ley 60 de 1981. El Consejo participa de la naturaleza de una entidad de derecho público; sin embargo, no corresponde a la naturaleza de establecimiento público, ni a la de empresa industrial y comercial del Estado como tampoco a una sociedad de economía mixta. No obstante, el legislador al crear el Consejo de Administración de Empresas le asignó una tipología propia. En efecto, no le otorgó personería jurídica, como tampoco aparece que la haya adquirido mediante un acto posterior a su creación; está "adscrito al Ministerio de Desarrollo" razón por la cual ciertas decisiones para que tengan validez jurídica deben ser aprobadas por éste; además las políticas que desarrolla en ejercicio de las funciones públicas deben ceñirse a las directrices que trace el Gobierno Nacional. Por otra parte, administrativamente goza de cierta autonomía, ya que los actos que expide en ejercicio de sus funciones, solo gozan de recurso de reposición ante el mismo Consejo."

308 "Teniendo en consideración su origen, su integración con funcionarios públicos y con particulares vinculados al sector turístico, y la clase de atribuciones que desempeña, el Consejo Profesional de Agentes de Viajes y Turismo es un órgano administrativo de creación legal, sin personería jurídica y que ejerce funciones específicas relacionadas con la profesión de agente de viajes y turismo. Dentro de la

Diez años más tarde, bajo la vigencia de la ley 489 de 1998 –por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional-, la Sala, en el Concepto 1590 del 14 de octubre de 2004, partiendo de la creación legal del Consejo Profesional de Topografía, de su naturaleza pública y de las funciones públicas que cumple, acuñó el término “*sui generis*”, para clasificar a los Consejos Profesionales dentro de la organización del Estado.³⁰⁹ De acuerdo con el régimen aplicable a dicho consejo, la Sala señaló para ese caso particular que “*no es posible encasillarlo dentro de la clasificación tradicional de los organismos de la administración, no está adscrito, carece de los atributos de las personas jurídicas públicas, su composición es mixta y cumple funciones públicas.*”

De manera más reciente, en el Concepto 1730 del 4 mayo de 2006, la Sala al referirse al Consejo Profesional de Ingeniería Química, precisó que en general los Consejos Profesionales han sido organizados como organismos sin personería jurídica, *adscritos a un ministerio*, conformados con autoridades administrativas y con personal particular en representación de quienes ejercen la profesión, con financiación proveniente del presupuesto público, y con funciones de inspección y vigilancia.³¹⁰

Esta consideración de los consejos profesionales como organismos públicos es mencionada nuevamente en el Concepto 1772 del 7 de septiembre de 2006, frente al Consejo Profesional de Arquitectura. En esta oportunidad, si bien no se indagaba en la consulta por la naturaleza del Consejo, la Sala reiteró que es pública y que como tal se encuentra dentro de las autoridades señaladas en el Código Contencioso Administrativo para aplicar el procedimiento allí previsto al ejercer la función disciplinaria.³¹¹

estructura y funcionamiento de la administración pública, corresponde a una unidad ministerial que por cumplir funciones de asesoría y coordinación, con inclusión de personas ajenas al Ministerio, se denomina Consejo.”

309 “El Consejo Profesional Nacional de Topografía de conformidad con el artículo 39 de la ley 489 de 1998 es un órgano *sui generis* de creación legal, de naturaleza pública, sin personería jurídica y de conformación mixta que forma parte de la administración pública, que ejerce las funciones administrativas permanentes de inspección y vigilancia atribuidas por la ley reseñadas.(...) // El carácter *sui generis* implica que el órgano no es posible encasillarlo dentro de la clasificación tradicional de los organismos de la administración, no está adscrito, carece de los atributos de las personas jurídicas públicas, su composición es mixta y cumple funciones públicas. // De otra parte, es necesario advertir que el razonamiento anterior descarta que la naturaleza del Consejo que ocupa a la Sala corresponda al ejercicio de funciones administrativas por particulares.”

310 “Los Consejos Profesionales, por regla general, son organismos creados por la ley, sin personería jurídica, adscritos a un ministerio, los cuales se conforman con autoridades administrativas y personas particulares en representación de quienes ejercen la respectiva profesión, y a los que se confieren atribuciones de inspección y vigilancia del ejercicio de las profesiones, pues tanto en la vigencia de la Constitución de 1886 y sus reformas, como en la Constitución Política de 1991, el derecho a escoger profesión u oficio ha sido consagrado como una libertad para la elección, pero sujeta en su ejercicio a la regulación legal y a la inspección y vigilancia de las autoridades. (...) Los mencionados Consejos Profesionales, si bien no corresponden a las típicas clasificaciones de los entes públicos que integran los sectores central y descentralizado de la administración pública, sí son entes de naturaleza pública, en razón de su creación legal, su integración, sus funciones y su financiación, que en algunos casos proviene de recursos del presupuesto nacional, pero que en general tiene como fuente el dinero que la ley autoriza recaudar como contraprestación a las actividades que deben cumplir. (...) // Por razón de su creación legal, su integración, funciones y recursos, del Consejo Profesional de Ingeniería Química son predicables todos los elementos que la jurisprudencia ha considerado como determinantes de la naturaleza pública de este tipo de organismos y de su pertenencia a la estructura de la administración pública nacional, correspondiéndole, según lo estatuye el artículo 14 transcrito, funciones de inspección y vigilancia sobre el ejercicio de la profesión de Ingeniería Química y funciones de coordinación con las asociaciones de profesionales y de promoción e iniciativa respecto de la profesión misma.”

311 “El mencionado Consejo Profesional es un órgano público y como tal, se encuentra dentro de las “autoridades” que señala el artículo 1° del Código [Contencioso Administrativo], a las cuales se aplican las normas que integran la parte primera del mismo.”

d. La naturaleza de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica

En el caso objeto de estudio, la Sala encuentra entonces que si bien el legislador no definió de forma expresa su naturaleza, los *Tribunales de Ética Médica y Odontológica* forman parte de ese grupo de *organismos públicos atípicos* o *sui generis* de origen legal, creados para el cumplimiento de funciones públicas relacionadas con la inspección y vigilancia de las profesiones y cuyos costos se sufragan con recursos públicos; por lo mismo, su integración al sector central de la Administración es igualmente *atípica* (no asimilable a la de las entidades descentralizadas), pues pese a su autonomía en el ejercicio de la función encomendada, carecen en todo caso de personería jurídica para adquirir derechos y obligaciones por cuenta propia, lo que hace finalmente que el Estado deba soportar ciertas consecuencias derivadas de ese sistema legal de organización.

Si bien a estos tribunales de ética médica y odontológica solo les han sido asignadas funciones como órganos de control mediante la aplicación del régimen disciplinario, es decir, fueron creados para conocer de los procesos disciplinarios ético - profesionales, tienen la misma naturaleza pública que la doctrina de la Sala ha identificado en la generalidad de los Consejos Profesionales, a pesar de que éstos, además de imponer tales sanciones, ostentan atribuciones de otro orden, como el fomento de la profesión, la elaboración y mantenimiento de registros actualizados, la fijación del valor de los derechos de matrícula, la expedición de tarjetas profesionales, entre otras.

e. Consideración adicional

Ahora bien, antes de revisar las consecuencias de lo señalado frente al caso consultado, la Sala encuentra necesario precisar la mención hecha en el Concepto No. 1730 del 4 mayo de 2006, en lo referente a que este tipo de consejos y tribunales están *adscritos* al sector central de la rama ejecutiva. En general se puede advertir que las normas de creación de estos organismos, en su mayoría anteriores a la Ley 489 de 1998, así como no han definido su naturaleza jurídica, tampoco han señalado que se trate de órganos *vinculados* o *adscritos* a la Administración, hecho éste que ni antes ni ahora es indiferente, pues de cada una de esas formas de vinculación surgen relaciones de tutela administrativa que impactan directamente en el régimen de la respectiva organización.

Actualmente, ese vacío resulta especialmente ostensible frente a la exigencia de la Ley 489 de 1998, conforme a la cual *la adscripción* de cualquier tipo de entidad debe definirse en la misma ley de creación, según las voces de los artículos 42 y 50 que dicen así:

“ARTICULO 42. SECTORES ADMINISTRATIVOS. El Sector Administrativo está integrado por el Ministerio o Departamento Administrativo, las superintendencias y demás entidades que la ley definan como adscritas o vinculadas a aquéllos según correspondiere a cada área.”

“ARTICULO 50. CONTENIDO DE LOS ACTOS DE CREACION. La ley que disponga la creación de un organismo o entidad administrativa deberá determinar sus objetivos y estructura orgánica, así mismo determinará el soporte presupuestal de conformidad con los lineamientos fiscales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (...)

*PARAGRAFO. Las superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales estarán adscritos a los ministerios o departamentos administrativos; las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta estarán vinculadas a aquellos; **los demás organismos y entidades estarán adscritos o vinculados, según lo determine su acto de creación.**”* (Negritas fuera de texto)

Por tanto, la Sala considera necesario precisar en relación con este tema que respecto de los consejos y tribunales de ética de las profesiones no se puede hablar en estricto sentido de “adcripción”, salvo que la ley de su creación lo haya señalado expresamente; lo anterior, en todo caso, no hace desaparecer, como se ha señalado, las especiales relaciones interadministrativas que articulan a dichos organismos con la Nación y los efectos derivados de esta circunstancia, según pasa a revisarse para el caso consultado.

II) La representación de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica.

Como se dijo anteriormente, los Tribunales de Ética Médica y Odontológica no son personas jurídicas, son órganos *sui generis* o atípicos con competencias asignadas por ley, que se integran, también de una manera *sui generis* o atípica al sector central. En este orden de ideas, los Tribunales de Ética al ser parte integrante de la Nación, para todos los efectos: legales, contractuales, de representación judicial, etc., quien representa a la Nación es quien debe representarlos. Ahora bien, antes de analizar lo anterior, es indispensable señalar previamente con cuál ministerio deben relacionarse interadministrativamente dichos Tribunales.

a) 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. Para efectos de esta ponencia, en adelante se hablará solamente de Ministerio de la Protección Social. En efecto, los artículos 89 de la ley 23 de 1981 y 85 de la ley 35 de 1989 prevén que el Ministerio de la Protección Social, resuelva recursos de apelación de algunas decisiones proferidas por los Tribunales Nacionales de Ética Médica y Odontológica.

Así, las normas mencionadas otorgan competencia al Ministerio de la Protección Social, para el control en la vía gubernativa de algunas de las decisiones adoptadas en los procesos disciplinarios.³¹² Además, el legislador dispuso que dicho Ministerio nombrara a los miembros de los Tribunales Nacionales para un periodo de dos años,

³¹² Artículo 89 de la ley 23 de 1981 y Artículo 85 de la ley 35 de 1989.

pudiendo ser reelegidos, señalando que éstos deben tomar posesión del cargo ante el Ministro.³¹³

Ahora bien, en atención a la distribución del trabajo, además de la existencia del Tribunal Nacional Médico y del Odontológico, el legislador previó la creación de Tribunales Seccionales Médicos y Odontológicos en cada departamento, modalidad de desconcentración que no implica una eliminación de la referida relación interadministrativa de dichos Tribunales Seccionales con el Ministerio.

Adicionalmente, a partir de la vigencia de la ley 489 de 1998, las políticas del sector³¹⁴ están a cargo del Ministerio de la Protección Social que tiene como objetivos primordiales *“la formulación, adopción, dirección, coordinación, ejecución, control y seguimiento del Sistema de la Protección Social, establecido en la Ley 789 de 2002315, dentro de las directrices generales de la ley, los planes de desarrollo y los lineamientos del Gobierno Nacional,”* y como una de sus funciones la de *“inspección y dictamen sobre el ejercicio de profesiones y la formación de todo tipo de recurso humano para el sector que adelantan las instituciones públicas, privadas o de cualquier naturaleza, que forman parte del Sistema de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con lo establecido ... en la Ley 10 de 1990^{316”}*, y en el decreto 205 de 2003, mediante el cual se organizó el Ministerio de la Protección Social.³¹⁷

Vale la pena resaltar, que con la expedición de la ley 715 de 2001 (Sistema General de Participaciones)³¹⁸, se les asignó a los departamentos la obligación de financiar a dichos órganos de control, con los recursos que la Nación transfiere a las entidades territoriales por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución, para sufragar entre otros, los servicios de salud. Igualmente, le ordenó al Ministerio la reglamentación del uso de los recursos. Así lo disponen los artículos 42 numeral 18 y 43 numeral 1.8:

313 Artículo 66 de la ley 23 de 1981 y Artículo 62 de la ley 35 de 1989.

314 Ley 489 de 1998. *“ARTICULO 41. ORIENTACION Y CONTROL. La orientación, control y evaluación general de las actividades de los organismos y entidades administrativas corresponde al Presidente de la República y en su respectivo nivel, a los ministros, los directores de departamento administrativo, los superintendentes, los gobernadores, los alcaldes y los representantes legales de las entidades descentralizadas y sociedades de economía mixta de cualquier nivel administrativo.*

En el orden nacional, los ministros y directores de departamento administrativo orientan y coordinan el cumplimiento de las funciones a cargo de las superintendencias, las entidades descentralizadas y las sociedades de economía mixta que les estén adscritas o vinculadas o integren el Sector Administrativo correspondiente.”

“ARTICULO 42. SECTORES ADMINISTRATIVOS. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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 aquéllos según correspondiere a cada área.”

“ARTICULO 44. ORIENTACION Y COORDINACION SECTORIAL. La orientación del ejercicio de las funciones a cargo de los organismos y entidades que conforman un Sector Administrativo está a cargo del Ministro o Director del Departamento Administrativo a cuyo despacho se encuentran adscritos o vinculados, sin perjuicio de las potestades de decisión, que de acuerdo con la ley y los actos de creación o de reestructuración, les correspondan.”

315 Por la cual se expiden normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo.

316 Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones.

317 Artículos 1º y 2º del Decreto 205 de 2003, mediante el cual se organizó el Ministerio de la Protección Social.

318 Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

“ARTÍCULO 42. COMPETENCIAS EN SALUD POR PARTE DE LA NACIÓN. Corresponde a la Nación la dirección del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio nacional, de acuerdo con la diversidad regional y el ejercicio de las siguientes competencias, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones: (...)

42.18. Reglamentar el uso de los recursos destinados por las entidades territoriales para financiar los tribunales seccionales de ética médica y odontológica;”

“ARTÍCULO 43. COMPETENCIAS DE LOS DEPARTAMENTOS EN SALUD. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones: (...)

43.1.8. Financiar los tribunales seccionales de ética médica y odontológica y vigilar la correcta utilización de los recursos.”

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.

b) En este contexto, el Ministerio consultante solicita precisión sobre la representación de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica, puesto que ha sido vinculado y condenado en procesos judiciales adelantados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuando se discute la legalidad de las decisiones sancionatorias proferidas por los Tribunales de Ética Médica y Odontológica por supuestas faltas a la ética profesional. El objeto de tales procesos es que se declare la nulidad de la sanción y que en consecuencia se ordene el pago de los perjuicios ocasionados con su expedición.

Como se ha señalado, los Tribunales de Ética Médica y Odontológica, -Nacionales y Seccionales-, hacen parte del sector central de la administración y cumplen una función pública disciplinaria otorgada por la ley, haciendo parte del Ministerio de la Protección Social en virtud de la especial relación interadministrativa que los une. Como también se indicó, la ley no les dio personería jurídica ni representación legal propia y tampoco la posibilidad de ser centros de imputación jurídica independientes de la Nación, aunado al hecho de que carecen de patrimonio propio y autónomo para responder en caso de condenas en su contra.

Siendo es así, forzosamente debe concluirse que la representación de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica corresponde a quien represente a la Nación dado que ellos se integran de una manera *sui géneris* o atípica a esta persona jurídica. En el caso concreto le corresponde asumirla al Ministerio de la Protección Social, conforme al artículo 149 del Código Contencioso Administrativo.

Ahora bien, el presidente de la República como suprema autoridad administrativa y en ejercicio de las atribuciones conferidas por el literal b) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002,³¹⁹ expidió el Decreto 205 de 2003 para definir el objeto del Ministerio de la Protección Social, su estructura y las funciones de cada cargo. En dicha codificación quedó establecido en el numeral 3° del artículo 8° que la representación judicial de este nuevo Ministerio le corresponde al Jefe de la Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo.

En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto, el Ministerio de la Protección Social a través de la Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo, deberá concurrir en los casos en que se discuta la actividad de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica.

III. Cumplimiento de las condenas impuestas por la actividad de los tribunales de ética médica por parte de la jurisdicción contencioso administrativa.

Antes de absolver las preguntas formuladas por el Ministerio de la Protección Social, se hace necesario aclarar dos aspectos de la consulta: i) la tercera pregunta que se formula en la solicitud de consulta es confusa en cuanto señala que las condenas son impuestas por “autoridades administrativas”, razón por la cual la Sala infiere que se quiso decir “Jurisdicción Contencioso Administrativa”; y ii) por regla general, el pago de las condenas impuestas por los Jueces de la República debe hacerse en favor de la persona natural o jurídica que figure en la parte resolutive de la respectiva sentencia.

Ahora bien, respecto de la hipótesis planteada por el Ministerio consultante sobre quién debe asumir el pago de las condenas proferidas por la Jurisdicción Contenciosa por decisiones dictadas por los Tribunales de Ética Médica y Odontológica Nacionales y Seccionales, “*cuando el Ministerio de la Protección Social no se ha pronunciado por no ser competente o por no haberse hecho uso del recurso de apelación*”, estima la Sala que, en consideración al hecho de que los Tribunales de Ética Médica cumplen una función pública cuya financiación le corresponde a la Nación a través del Ministerio de la Protección Social, es a éste a quien le corresponde, además de representarlo judicialmente, asumir el pago de las condenas impuestas por la actividad de los Tribunales de Ética. Lo anterior se da al margen del grado de participación que haya tenido el Ministerio dentro del trámite administrativo disciplinario.

En síntesis, el referido Ministerio, además de tener a su cargo la representación judicial de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica, debe disponer de una partida presupuestal para asumir el pago de las condenas que a éstos se les imponga, en razón de que es a través de estos Tribunales como el Estado y en particular el Ministerio de la Protección Social ejercen la función disciplinaria sobre los profesionales que ejercen la medicina y la odontología.

319 Mediante la cual se fusionaron el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Salud y en su lugar se conformó el Ministerio de la Protección Social.

LA SALA RESPONDE:

“[1] Partiendo de la consideración de que la representación legal debe radicar en la autoridad administrativa que disponga el acto de creación de la correspondiente entidad, puede y debe el señor Ministro de la Protección Social actuar como representante legal de los Tribunales Nacionales de Ética Médica y Odontológica?”

“[2] ¿Quién debe representar los intereses del Estado Colombiano cuando un médico o un odontólogo demanda contenciosa – administrativamente por responsabilidad extracontractual, como consecuencia de los supuestos perjuicios recibidos al haber sido condenado por faltas a la ética médica u odontológica por los Tribunales Seccionales de Ética Médica u Odontológica o por estos y los Tribunales Nacionales de Ética Médica u Odontológica?”

De acuerdo con lo expuesto en la parte motiva, la representación de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica, Nacionales y Seccionales, corresponde a la Nación – Ministerio de la Protección Social.

“[3] En otras palabras: ¿Quién debe asumir el pago de las condenas impuestas por la autoridad administrativa (sic), por fallos proferidos por los Tribunales Seccionales y Nacionales de Ética Médica y Odontológica, cuando el Ministerio de la Protección Social no se ha pronunciado por no ser competente o por no haberse hecho uso del recurso de apelación?”

El pago de las condenas que pueda imponer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en relación con los perjuicios antijurídicos causados por las decisiones de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica, corresponde a la Nación - Ministerio de la Protección Social.

Transcribábase al señor Ministro de la Protección Social. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Enrique José Arboleda Perdomo, Presidente de la Sala. Augusto Hernández Becerra, Consejero. Luís Fernando Álvarez Jaramillo, Consejero. William Zambrano Cetina Consejero. Jenny Galindo Huertas, Secretaria de la Sala.

2. Registro de Personas Capturadas y Detenidas. Ley 589 de 2000, artículo 12.

Radicado 2232

Fecha: 22/01/2015

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 25 de mayo de 2015

El Ministro de Defensa Nacional consulta sobre la normativa aplicable al Registro de Personas Capturadas y Detenidas como herramienta para evitar la desaparición forzada.

I. Antecedentes

El señor Ministro de Defensa Nacional anota que la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas -de la cual el ministerio a su cargo hace parte- trabaja en una propuesta de decreto reglamentario del Registro de Personas Detenidas y Capturadas previsto en el artículo 12 de la Ley 589 de 2000.

Explica que el registro es una herramienta preventiva de la desaparición forzada con fundamento en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994. Sin embargo advierte que los artículos 305 de la Ley 906 de 2004 y 43 de la Ley 1709 de 2014 también ordenan crear registros o sistemas de información en los que se consignan datos de personas detenidas y capturadas por el Estado Colombiano. Así las cosas, formula las siguientes

PREGUNTAS:

“1. Si el Registro de Personas Capturadas y Detenidas que crea el artículo 12 de la Ley 589 de 2000 persigue una finalidad o finalidades distintas del Registro de Personas Capturadas establecido en el artículo 305 de la Ley 906 de 2004 y del Sistema de Información de Sistematización Integral del Sistema Penitenciario y Carcelario (SISIPEC) normado en el artículo 43 de la Ley 1709 de 2014.

2. Si el Registro de Personas Capturadas y Detenidas que crea el artículo 12 de la Ley 589 de 2000 tiene una misma naturaleza o naturaleza diferente del Registro de Personas Capturadas establecido en el artículo 305 de la Ley 906 de 2004 y del Sistema de Información de Sistematización Integral del Sistema Penitenciario y Carcelario (SISIPEC) normado en el artículo 43 de la Ley 1709 de 2014.

3. Si las mismas personas que pueden tener acceso al Registro de Personas Capturadas y Detenidas que crea el artículo 12 de la Ley 589 de 2000, son las mismas que podrían acceder al Registro de Personas Capturadas establecido en el artículo 305 de la Ley 906 de 2004 y al Sistema de Información Integral del Sistema Penitenciario y Carcelario (SISIPEC) normado en el artículo 43 de la Ley 1709 de 2014.

4. *Qué entidad o entidades públicas deberían ejercer la vigilancia, control y administración del Registro de Personas Capturadas y Detenidas que crea el artículo 12 de la Ley 589 de 2000.*”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por el Ministro, la Sala analizará los siguientes puntos: i) el Registro de Personas Capturadas establecido en el artículo 12 de la Ley 589 de 2000, ii) el registro previsto en el artículo 305 de la Ley 906 de 2004, iii) el registro de la Ley 1709 de 2014, iv) el principio de colaboración armónica y v) conclusión.

A. El Registro de Personas Capturadas y Detenidas establecido en el artículo 12 de la Ley 589 de 2000

El artículo 12 de la Ley 589 de 2000 “[p]or medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones” prevé:

“ARTICULO 12. REGISTRO DE PERSONAS CAPTURADAS Y DETENIDAS. Las personas privadas de la libertad sólo podrán permanecer recluidas en los establecimientos e instituciones autorizadas para el efecto en los términos consagrados en la Constitución Nacional y la ley.

Los organismos de Seguridad del Estado y de Policía Judicial y las instituciones carcelarias llevarán registros oficiales debidamente sistematizados y comunicados por red a nivel nacional de las personas capturadas o detenidas con indicación de la fecha y hora de ingreso, motivo de la aprehensión o detención, trámite dado a su situación y autoridad ante la cual fue puesto o se encuentra a disposición. Este registro estará a disposición inmediata de cualquier persona.

Aquellas entidades dispondrán, además, de una línea telefónica gratuita permanente a disposición de la ciudadanía para suministrar la información a la que se refiere el inciso anterior.”

En la exposición de motivos la Ministra de Justicia y del Derecho afirma que el Gobierno se ha empeñado en lograr la plena vigencia de los derechos humanos y que es necesario adecuar la normativa interna a los postulados internacionales de los derechos humanos y tipificar conductas proscritas por la humanidad entera. Aduce que el proyecto se centra en la tipificación de la desaparición forzada de personas, el genocidio y de manera ampliada la tortura, agrupándolos como delitos de lesa humanidad. Explica que la desaparición forzada surgió como un delito cometido por agentes del Estado, concebido dentro de una lógica dictatorial como una pena para el opositor por el hecho de disentir del sistema.

Sin embargo, la realidad colombiana enseña que los actores del conflicto indistintamente cometen tales actos, por lo que agentes particulares también pueden

estar comprometidos. Para hacer frente a la situación, además de la tipificación mencionada, se propone una serie de medidas de política criminal, entre las que se destaca el mecanismo de búsqueda urgente. Es así como entre otros, sometió a consideración del Congreso de la República la creación de un nuevo artículo en el Código de Procedimiento Penal con el siguiente texto:

“Artículo 10. El Código de Procedimiento Penal tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor: “Artículo 384A. Registro de personas capturadas y detenidas. Las personas privadas de la libertad sólo podrán permanecer recluidas en los establecimientos e instituciones autorizadas para el efecto en los términos consagrados en la Constitución Política y en la Ley.

Los Organismos de Seguridad del Estado y de Policía Judicial y las Instituciones Carcelarias llevarán un registro oficial debidamente foliado de personas capturadas o detenidas, con indicación de la fecha y hora de ingreso, motivo de la aprehensión o detención, trámite dado a su situación y autoridad ante la cual fue puesto o se encuentra a disposición. Este registro estará a disposición inmediata de cualquier persona.

Aquellas entidades dispondrán de una línea telefónica gratuita permanente a disposición de la ciudadanía para suministrar la información a la que se refiere el inciso anterior.”³²⁰

Durante el trámite legislativo del artículo se observa que en el informe de ponencia para primer debate en el Senado de la República se manifiesta que:

“Los artículos 5, 6, 7, 8, 9 y 10 adicionan nuevos artículos al Código de Procedimiento Penal, crea la Comisión de búsqueda de personas desaparecidas, establece las obligaciones del Estado en la búsqueda de tales personas e impone un mecanismo de búsqueda urgente a través de un registro nacional de desaparecidos y de personas capturadas y detenidas.”³²¹

Precisa la Sala que en el primer debate en la Cámara de Representantes se aprobó el artículo concerniente al registro de personas capturadas y detenidas, ya no como una reforma al Código de Procedimiento Penal, sino como una norma autónoma.³²²

Así las cosas la Sala concluye que el Registro de Personas Capturadas y Detenidas de la Ley 589 de 2000 debe llevarse no solo por los organismos de policía judicial e instituciones carcelarias, sino también por los organismos de seguridad del Estado. Además se trata de un registro especial, puesto que fue concebido como una herramienta del mecanismo de búsqueda urgente de personas desaparecidas, diseñado por fuera de las previsiones del Código de Procedimiento Penal y con la ciudadanía como usuaria específica, para lo cual deberá estar disponible de manera inmediata en red para cualquier persona, aun por vía telefónica.

³²⁰ Congreso de la República. Gaceta 126 de 1998.

³²¹ Congreso de la República. Gaceta 185 de 1998.

³²² Congreso de la República. Gaceta 405 de 1999.

Es menester resaltar la importancia de este registro dado que protege la libertad personal, valor superior del ordenamiento jurídico en cuanto que la filosofía de la Constitución es libertaria y democrática y proscribde de hecho todo tipo de autoritarismo o totalitarismo.³²³ No en vano la jurisprudencia constitucional enfatiza que *“la libertad constituye un presupuesto fundamental para la eficacia de los demás derechos y el instrumento “primario” del ser humano para vivir en sociedad.”*³²⁴

Es así que la libertad *“se configura como un contenido axiológico rector del sistema normativo y de la actuación de los servidores públicos, del cual, en todo caso, también se desprenden consecuencias normativas en la interpretación y aplicación, no sólo del texto constitucional, sino del conjunto de preceptos que conforman el ordenamiento jurídico colombiano, que deben ser leídos siempre en clave libertaria”*³²⁵

Por lo tanto es un registro que debe garantizar que no exista secreto alguno en relación con las personas privadas de la libertad lo que solamente se logrará con el uso de todas las diversas fuentes de información, sea que provengan de los organismos de seguridad del Estado, de la Policía Judicial o del Sistema Penitenciario y Carcelario.

B. El registro previsto en el artículo 305 de la Ley 906 de 2004

El artículo 305 de la Ley 906 de 2004 *“[p]or la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”* reza:

“ARTÍCULO 305. REGISTRO DE PERSONAS CAPTURADAS Y DETENIDAS. Los organismos con atribuciones de policía judicial, llevarán un registro actualizado de las capturas de todo tipo que realicen, con los siguientes datos: identificación del capturado, lugar, fecha y hora en la que se llevó a cabo su captura, razones que la motivaron, funcionario que realizó o formalizó la captura y la autoridad ante la cual fue puesto a disposición.

Para tal efecto, cada entidad deberá remitir el registro previsto en el inciso anterior a la Fiscalía General de la Nación, para que la dependencia a su cargo consolide y actualice dicho registro con la información sobre las capturas realizadas por cada organismo.”

A diferencia del artículo 12 de la Ley 589 de 2000 que se ocupa de un registro de capturas y detenciones a cargo de los organismos de Seguridad del Estado, de Policía Judicial y de las Instituciones carcelarias, el Código de Procedimiento Penal se limita al registro de personas capturadas y detenidas bajo la responsabilidad exclusiva de los organismos con atribuciones de Policía Judicial. Es menester recordar que de acuerdo con nuestra normativa constitucional y penal, no todas las capturas son efectuadas por servidores que ejercen funciones de Policía Judicial,

323 Corte Constitucional. Sentencia C-879 de 2011.

324 Corte Constitucional. Sentencia C-176 de 2007.

325 Corte Constitucional. Sentencia T-237 de 2004.

puesto que en eventos como la flagrancia las autoridades desprovistas de tal atribución e inclusive cualquier persona pueden llevarlas a cabo (C.P. artículo 32 y C.P.P. artículo 302).

Ahora bien, excepcionalmente la autoridad de policía podrá efectuar retenciones transitorias, conforme al Código Nacional de Policía, y la sentencia C-720 de 2007 proferida por la Corte Constitucional.

Finalmente, el artículo 305 del C.P.P. no establece que el registro sea de acceso público ni que sea comunicado por red a nivel nacional, como sí lo hace el artículo 12 de la Ley 589. Empero, el registro previsto por el artículo bajo análisis no puede entenderse como que puede existir aisladamente, y debe servir al mecanismo concebido por la Ley 589 de 2000 para evitar la desaparición forzada y para fortalecer los medios para la búsqueda urgente de personas, en aras de garantizar el muypreciado valor y derecho a la libertad personal. En tal medida, debe afirmarse que la información sobre identificación del capturado, lugar, fecha y hora en la que se llevó a cabo su captura, razones que la motivaron, funcionario que realizó o formalizó la captura y la autoridad ante la cual fue puesto a disposición es pública y debe utilizarse para consolidar la base de datos prevista en el artículo 12 de la Ley 589 de 2000.

C. El registro de la Ley 1709 de 2014

La Ley 1709 “[p]or medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993³²⁶, de la Ley 599 de 2000³²⁷, de la Ley 55 de 1985³²⁸ y se dictan otras disposiciones” crea en su artículo 43 un sistema de información de sistematización integral del sistema penitenciario y carcelario en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 43. Modifícase el artículo 56 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así: Artículo 56. Sistemas de información. El Sistema de Información de Sistematización Integral del Sistema Penitenciario y Carcelario (Sisipec) será la fuente principal de información de las autoridades penitenciarias, carcelarias y judiciales en lo relativo a las condiciones de reclusión de cada una de las personas privadas de la libertad que se encuentren bajo custodia del Sistema Penitenciario y Carcelario. En caso de que existan personas cuya identidad no ha sido determinada o se encuentran indocumentadas, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) llevará a cabo las gestiones ante la Registraduría Nacional del Estado Civil con el fin de lograr su plena identificación.

El Sisipec deberá tener cifras y estadísticas actualizadas con los partes diarios de cada establecimiento sobre la situación de cada una de las personas privadas de la libertad y sus cartillas biográficas respectivas.

326 Ley 65 de 1993 “[p]or la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”.

327 Ley 599 de 2000 “[p]or la cual se expide el Código Penal”.

328 Ley 55 de 1985 “Por medio de la cual se dictan normas tendientes al ordenamiento de las finanzas del Estado y se dictan otras disposiciones”.

El Sisipec será el instrumento principal en el cual se basarán las autoridades penitenciarias encargadas de declarar los estados de emergencia penitenciaria y carcelaria de acuerdo con la causal que corresponda.

Los Directores de los establecimientos penitenciarios deberán reportar y actualizar diariamente el Sisipec so pena de incurrir en una falta disciplinaria gravísima.

La información del Sisipec que no esté sometida a reserva legal por razones de seguridad o con el fin de proteger la intimidad de las personas privadas de la libertad será pública y de libre acceso vía internet para la ciudadanía y para todas las instituciones del Estado. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) en coordinación con la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) deberá garantizar a los funcionarios judiciales, en especial a los jueces de control de garantías, penales y de ejecución de penas y medidas de seguridad, el acceso permanente, fluido y actualizado a la información del Sisipec sobre los casos de su competencia. El Ministerio de Justicia y del Derecho tendrá acceso a esta base de datos para el cumplimiento de sus funciones legales y reglamentarias.”

En la exposición de motivos del proyecto³²⁹, la Ministra de Justicia y del Derecho aduce que la salida a la crisis carcelaria requiere del diseño de una estrategia que conjugue elementos de política pública y medidas legislativas. Dice la Ministra que entre las principales falencias del Código Penitenciario y Carcelario se encuentra la ausencia de sistemas de información ágiles y eficientes. En efecto, en la exposición de motivos se lee:

“c) Ausencia de sistemas de información que garanticen agilidad y eficiencia en el sistema penitenciario. El proyecto propone la implementación del sistema de Información de Sistematización Integral del Sistema Penitenciario y Carcelario, Sisipec, con el fin de que sea la fuente principal de información de todas las autoridades penitenciarias, carcelarias y judiciales. Para ello establece a lo largo del texto la obligación de la constante actualización de la información sobre las personas privadas de la libertad y su acceso para las diferentes autoridades. Será el instrumento para posibilitar la toma de medidas en torno a circunstancia de sobrepoblación.”

Como se aprecia, el Sisipec se refiere específicamente a las personas privadas de la libertad que se encuentren bajo custodia del Sistema Penitenciario y Carcelario y no aplica a quienes se encuentren privados de la libertad por otras autoridades como organismos de Seguridad del Estado o de Policía Judicial.

Como sustento de lo dicho, es necesario remitirse al artículo 304 del C.P.P. según el cual los capturados se entregan en custodia al INPEC o la autoridad del establecimiento de reclusión que corresponda, una vez se imponga la privación de la libertad como medida de aseguramiento o en sentencia condenatoria; entre tanto,

329 Congreso de la República. Gaceta 117 de 2013.

las personas capturadas están bajo la responsabilidad del organismo que efectúe la aprehensión.

Para los efectos de la consulta, precisa la Sala que la regulación sobre el Sisipec reconoce expresamente que la información que no está sometida a reserva legal por razones de seguridad o para proteger la intimidad de las personas es pública y en tal virtud dable es sostener que datos sobre la identificación de la persona privada de la libertad, lugar, fecha y hora de ingreso al Sistema Carcelario y Penitenciario, razones que motivaron el ingreso y la autoridad ante la cual se encuentra a disposición son públicos y deben utilizarse para consolidar la base prevista en el artículo 12 de la Ley 589 de 2000.

D. El principio de colaboración armónica

Según el artículo 113 de la Constitución “[...]os diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”. La Corte Constitucional ha señalado que la labor de coordinación entre los órganos a cuyo cargo está el ejercicio de las distintas funciones implica que unos órganos participan en el ámbito funcional de otros, bien sea como un complemento, que, según el caso, puede ser necesario o contingente, o como una excepción a la regla general de distribución funcional.³³⁰

Para el Consejo de Estado el artículo 113 en comento comporta el ejercicio de funciones separadas por parte de los órganos del Estado pero cohesionadas por un mismo propósito, como es la realización de los fines estatales, en especial aquellos que han sido catalogados de esenciales, previstos en el artículo 2 Superior como “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”³³¹

Y en la misma textura “el mandato de colaboración armónica entre los diferentes órganos del Estado asegura la concurrencia de diferentes perspectivas y medios de acción para optimizar los fines que justifican y orientan las actividades del Estado.”³³² Pues bien, como se dijo en acápite anteriores es una finalidad del Estado proteger la libertad personal concebida como valor superior del ordenamiento jurídico y presupuesto fundamental para la eficacia de los demás derechos, y en tal medida es necesario aplicar el principio de colaboración armónica para garantizar el óptimo funcionamiento del registro del artículo 12 de la Ley 589 de 2000 que debe tener fuentes diversas de información pertinente, sea que provengan de los organismos de seguridad del Estado, de la Policía Judicial o del Sistema Penitenciario y Carcelario.

330 Corte Constitucional. Sentencia C-971 de 2004.

331 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 17 de julio de 2008. Radicación 2008-00009.

332 Corte Constitucional. Sentencia C-247 de 2013.

E. Conclusión

El Registro de Personas Capturadas y Detenidas previsto en el artículo 12 de la Ley 589 de 2000 es especial por cuanto hace parte de los mecanismos de búsqueda urgente de personas desaparecidas y comprende los datos tanto de los organismos de Seguridad del Estado como de los organismos de Policía Judicial y las instituciones carcelarias; además es esencialmente de acceso público y a disposición inmediata de la ciudadanía.

Los registros establecidos por el artículo 305 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 43 de la Ley 1709 de 2014 solamente se refieren a información de los entes con funciones de Policía Judicial y del Sistema Penitenciario y Carcelario, respectivamente. Sin embargo, por ser omnicomprensivo, el registro del artículo 12 de la Ley 589 de 2000 puede tener como fuente de información tanto los registros de Policía Judicial como los del Sistema Penitenciario y Carcelario para lo cual las diferentes entidades deberán colaborar armónicamente.

Corresponderá entonces a la Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas en cumplimiento de su función de diseñar y evaluar la ejecución de los planes de búsqueda de personas desaparecidas consagrada por el artículo 8 de la Ley 589 de 2000, disponer la entidad o entidades a cargo de ejercer la vigilancia, control y administración del sistema de información.

LA SALA RESPONDE:

1. Si el Registro de Personas Capturadas y Detenidas que crea el artículo 12 de la Ley 589 de 2000 persigue una finalidad o finalidades distintas del Registro de Personas Capturadas establecido en el artículo 305 de la Ley 906 de 2004 y del Sistema de Información de Sistematización Integral del Sistema Penitenciario y Carcelario (SISIPEC) normado en el artículo 43 de la Ley 1709 de 2014.

2. Si el Registro de Personas Capturadas y Detenidas que crea el artículo 12 de la Ley 589 de 2000 tiene una misma naturaleza o naturaleza diferente del Registro de Personas Capturadas establecido en el artículo 305 de la Ley 906 de 2004 y del Sistema de Información de Sistematización Integral del Sistema Penitenciario y Carcelario (SISIPEC) normado en el artículo 43 de la Ley 1709 de 2014.

Por su conexidad se responden las preguntas 1 y 2. Los registros exhiben diferencias en cuanto al origen y a la naturaleza de su información; sin embargo, el registro creado por el artículo 12 de la Ley 589 de 2000 es concebido como una herramienta del mecanismo de búsqueda urgente, y por ser omnicomprensivo puede y debe utilizar toda la información pertinente a su objeto procedente de los registros del artículo 305 de la Ley 906 de 2004 y del artículo 43 de la Ley 1709 de 2014.

3. Si las mismas personas que pueden tener acceso al Registro de Personas Capturadas y Detenidas que crea el artículo 12 de la Ley 589 de 2000, son las mismas que podrían acceder al Registro de Personas Capturadas establecido en el artículo 305 de la Ley 906 de 2004 y al Sistema de Información Integral del Sistema Penitenciario y Carcelario (SISIPEC) normado en el artículo 43 de la Ley 1709 de 2014.

El Registro de Personas Capturadas y Detenidas previsto en el artículo 12 de la Ley 589 de 2000 es público y a él tendrá acceso cualquier persona. Los registros regulados por los artículos 305 de la Ley 906 y 43 de la Ley 1709 de 2014 también son de acceso público, en particular en lo que se refiere a la identificación de la persona privada de la libertad, lugar, fecha y hora de la detención, razones que motivaron la detención, captura o el ingreso al Sistema Penitenciario y Carcelario, y la autoridad ante la cual se encuentra a disposición.

4. Qué entidad o entidades públicas deberían ejercer la vigilancia, control y administración del Registro de Personas Capturadas y Detenidas que crea el artículo 12 de la Ley 589 de 2000.

La Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas en cumplimiento de su función de diseñar los planes de búsqueda de personas desaparecidas debe establecer la entidad o entidades a cargo de ejercer la vigilancia, control y administración del sistema de información.

Remítase al Ministro de Defensa Nacional 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. Veedurías ciudadanas.

Radicado 2052

Fecha: 21/06/2011

Consejero Ponente: *Luis Fernando Álvarez Jaramillo*

Levantamiento de la reserva mediante auto del 30 de junio de 2015

El señor Ministro del Interior y de Justicia con fundamento en las inquietudes planteadas por la Empresa de Desarrollo Urbano de Medellín -EDU- ante la Personería de Medellín, ante el Departamento Administrativo de la Función Pública y ante el mismo Ministerio, formula a la Sala una consulta acerca de la *“aplicabilidad de los impedimentos o conflicto de intereses para ser veedor ciudadano, por tener intereses patrimoniales directos o indirectos en la ejecución del objeto de la vigilancia ciudadana de que trata el literal a) del artículo 19 de la ley 850 de 2003.”*

1. Antecedentes

Señala el señor Ministro que el caso que origina la consulta tiene que ver con el Proyecto denominado *“Parque Bicentenario”* que adelanta la Empresa de Desarrollo Urbano - EDU, del Municipio de Medellín, en adelante EDU, ubicado en las comunas 8 y 9, entre las calles 36 y 39, en un área de 24.444 metros cuadrados; concebido como el punto de partida para el parque lineal que se construirá a lo largo de la quebrada Santa Elena, como eje de recuperación ambiental y para cuya construcción se requiere la compra de 115 predios de comercio y de vivienda.

El 11 de febrero de 2010 en la Personería 20 Delegada de Medellín se registró una veeduría ciudadana con el objeto de *“vigilar, controlar y acompañar a la comunidad del Barrio Boston quebrada Santa Elena en todas y cada una de las acciones que en torno al proyecto parque bicentenario puede afectar los derechos de la comunidad.”*

El 15 de marzo de 2010 el Gerente General de la EDU presentó un derecho de petición al Personero de Medellín con el fin de que se revisara la conformación de la veeduría ciudadana, por vulneración del literal a) del artículo 19 de la Ley 850 de 2003, al considerar que sus miembros se encontraban incurso en causal de impedimento por tener interés directo o indirecto en la ejecución de la obra. De igual forma, sostuvo la EDU que la veeduría en mención violaba el artículo 20 de la misma ley, dado que estaba retrasando el programa objeto de su vigilancia, puesto que el 25 de febrero de 2010 la comunidad y varios de los veedores ciudadanos realizaron acciones de vandalismo contra la obra pública.

El 2 de marzo de 2010 la Personería de Medellín dio respuesta a la EDU en los siguientes términos:

“La ley 850 de 2003 conlleva unos vacíos legislativos que han sido tratados de salvaguardar con reformas o reglamentos que hasta la fecha no han tenido eco en el Congreso de la República, vacíos que tienen que ver directamente con ¿cuál es el procedimiento y quién lo aplica para cancelar el registro de una veeduría ciudadana?, ¿cuál es el procedimiento y quién lo aplica para decretar la ilegalidad de una veeduría ciudadana?”

Hasta el día de hoy no hay procedimiento alguno para cancelar el registro de una veeduría, decretar su ilegalidad o sancionar a sus integrantes de veedurías, (sic) no hay causales para tal evento y menos un juez natural para dicha aplicación, con la consideración jurídica que por tratarse de aquellos procedimientos que la doctrina denomina ‘sancionatorios Administrativos’ se debe garantizar los principios Constitucionales del debido proceso, Legalidad y Defensa entre otros. Lo anterior nos indica que no es procedente para esta Agencia del ministerio Público entrar a suspender, cancelar o decretar la ilegalidad de una inscripción de Veeduría Ciudadana o sancionar a alguno de sus integrantes en el momento legislativo actual, so pena de estar incursos en una grave violación a la ley con las respectivas sanciones disciplinarias del caso. Por cuanto haciendo parte del Estado de Derecho todas nuestras funciones son constitucionales o legalmente atribuidas.”

El 2 de julio de 2010 la EDU solicitó al Ministerio del Interior y de Justicia que ante el vacío de la Ley 850 de 2003 sobre el tema planteado, se le indicara el procedimiento a seguir para la cancelación del registro de la veeduría. En los mismos términos se dirigió al Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Procuraduría General de la Nación.

El caso particular fue expuesto en el Comité Técnico de la Red Institucional de Apoyo a las Veedurías Ciudadanas, en el que participan la Procuraduría General de la República, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio del Interior y de Justicia y la Escuela Superior de Administración Pública, marco dentro del cual se recomendó que el asunto fuera presentado a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Se plantearon los siguientes **PREGUNTAS**:

“1. ¿Existe impedimento para ser veedor en cada uno de los siguientes casos?”

1.1.- El veedor que ha adelantado dos (2) Acciones Populares en contra de un municipio por presunta violación de derechos colectivos en la ejecución de un proyecto.

- En este caso, ¿opera el impedimento para ejercer la veeduría ciudadana sobre el proyecto, por haber interpuesto unas acciones populares relacionadas con el mismo proyecto y ser beneficiario eventualmente con el pago de un incentivo?

- ¿El interponer esas acciones populares en relación con el mismo proyecto objeto de su veeduría constituye un interés patrimonial directo o indirecto en la ejecución de este, al punto de causar un impedimento para ser veedor?

- Un veedor que es heredero del propietario de un inmueble que es objeto de compra para un proyecto y cuyo avalúo es objeto de observaciones de los herederos, ¿está impedido este ciudadano para ser veedor, en el supuesto de que como heredero tiene un interés patrimonial (directo o indirecto) en el proyecto?

- Unos veedores que son arrendatarios cada uno de ellos de sendos inmuebles objeto de inversión de un proyecto, les reconoce una prima de traslado equivalente a 0,5 de SMLMV de 2009 para apoyar su traslado dentro del área urbana de Medellín.

Además, la Empresa del Estado, estudió jurídicamente el reconocimiento de una prima de desmonte, traslado y posterior montaje de la fuente de trabajo particular y propia del veedor. ¿En este caso hay un interés patrimonial (directo o indirecto) en el proyecto por parte del ciudadano al punto que este hecho le impida ser veedor del proyecto parque bicentenario?

1.1.5- Una veedora que, de un lado, es familiar de un heredero de uno de los propietarios de un inmueble objeto de compra para un proyecto y de otro, manifestó según un abogado de la EDU de Medellín, que ‘se sentía perjudicado por las obras del parque bicentenario, por la valorización que puede tener el inmueble que ella habita a dos cuadras del sector del proyecto. ¿En estas circunstancias, hay un interés patrimonial (directo o indirecto) en el proyecto por parte de esta ciudadana, que le causen un impedimento para ser veedora del proyecto?

1.1.6.- Una veedora que es madre de dos (2) propietarios de un inmueble que será intervenido y que es objeto de compra del proyecto, ¿teniendo en cuenta el parentesco y la relación familiar de la ciudadana con sus hijos, en este caso, se da el posible interés patrimonial (directo o indirecto), genera (sic) un impedimento para ser veedora del proyecto?

1.1.7 - Una veedora que es propietaria de un inmueble ubicado en el área del proyecto, que es objeto de compra por el municipio y que en su trámite esta ciudadana ha interpuesto tres (3) tutelas reclamando la revisión de áreas, la cuantía del avalúo comercial (objeto del recurso de reposición), ¿esta ciudadana por los hechos referidos tiene algún interés patrimonial (directo o indirecto) que le cause por esta razón algún impedimento para ser veedor?

1.1.8.- Una veedora que es propietaria de un inmueble ubicado en el área donde se construirá el proyecto y cuya oferta de compra de la Empresa del Estado está en trámite, ¿por estas circunstancias, esta ciudadana estaría impedida para ser veedora del mismo proyecto por un supuesto interés patrimonial (directo o indirecto) en la ejecución del proyecto objeto de control social?

2. Se pregunta: *¿Puede una Personería Municipal o una Cámara de Comercio revocar la inscripción de una veeduría y consecuentemente anularle! registro?. En caso de que la respuesta a esta pregunta sea afirmativa, ¿cuál es el procedimiento?. En caso de que la respuesta sea negativa, ¿Cuál es la autoridad competente para cancelar el registro de una veeduría ciudadana?, y ¿Cuál es EL procedimiento?*

3. *Por situaciones conocidas en varias partes del país, consideramos propicia esta consulta para preguntar, ¿si un ciudadano o un grupo de ciudadanos son beneficiarios del un plan de vivienda, o de la pavimentación de la vía del frente de sus casas y organizan una veeduría ciudadana para hacer el control social de esas obras, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 19 de la ley 850 de 2003, sobre intereses patrimoniales (directos o indirectos), en este caso ¿se configura el impedimento para ser veedores?"*

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

3.1 Problema jurídico

La consulta busca establecer si en las hipótesis planteadas a la Sala, se evidencia la existencia de algún impedimento para ser veedor ciudadano de un proyecto estatal; en caso de que así sea, se defina la autoridad competente para declararlo, y se indique el procedimiento para revocar la inscripción de la veeduría, anularla o cancelar su registro. Para el efecto, la Sala analizará el marco constitucional y legal de las veedurías ciudadanas; luego se referirá al control y vigilancia de las mismas con el fin de determinar lo concerniente a la competencia para pronunciarse sobre los impedimentos de los veedores; seguidamente establecerá criterios generales para determinar la existencia de los impedimentos; y finalmente, revisará el caso concreto.

3.2. Marco constitucional y legal de las veedurías ciudadanas.

La Constitución Política de 1991, al introducir el concepto de democracia participativa, estableció varios mecanismos de participación ciudadana. Así, dispuso, por ejemplo, en los artículos 103 y 270:

“ARTÍCULO. 103.- Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará. El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.” (Negrillas fuera de texto)

“ARTÍCULO 270. La ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados.” (Negrillas fuera de texto)

En desarrollo de estas disposiciones la ley 134 de 1994, mediante la cual se reglamentaron los mecanismos de participación ciudadana, señaló en el artículo 100:

“ARTÍCULO 100. DE LAS VEEDURÍAS CIUDADANAS. Las organizaciones civiles podrán constituir veedurías ciudadanas o juntas de vigilancia a nivel nacional y en todos los niveles territoriales, con el fin de vigilar la gestión pública, los resultados de la misma y la prestación de los servicios públicos. La vigilancia podrá ejercerse en aquellos ámbitos, aspectos y niveles en los que en forma total o mayoritaria se empleen los recursos públicos, de acuerdo con la Constitución y la ley que reglamente el artículo 270 de la Constitución Política.” (Subrayas fuera de texto)

De acuerdo con la Constitución y la Ley 134 de 1994, el objeto de las “veedurías ciudadanas” es la vigilancia de la gestión pública, de sus resultados y la prestación de los servicios públicos en todos los niveles territoriales y en aquellos ámbitos en que se empleen recursos públicos.

Posteriormente, la ley 850 de 2003, retomando los lineamientos de la ley 134 de 1994, reglamentó las veedurías ciudadanas, fundamentalmente en los siguientes aspectos:

i) Son agrupaciones voluntarias.

Las veedurías ciudadanas son un mecanismo democrático de participación, que al tenor del artículo 2º de la Ley 850, pueden ser constituidas a iniciativa de todos los ciudadanos en forma plural o a través de organizaciones civiles. Es evidente que debe mediar una manifestación de voluntad colectiva para ello. Dice la norma:

“ARTICULO 2o. FACULTAD DE CONSTITUCION. Todos los ciudadanos en forma plural o a través de organizaciones civiles como: organizaciones comunitarias, profesionales, juveniles, sindicales, benéficas o de utilidad común, no gubernamentales, sin ánimo de lucro y constituidas con arreglo a la ley podrán constituir veedurías ciudadanas.”

ii) Se organizan para la defensa de intereses comunes.

La ley 850 define claramente que el objeto de las veedurías es la vigilancia de la gestión pública. En efecto, su constitución está dirigida exclusivamente a ejercer vigilancia sobre las autoridades encargadas de la ejecución de un programa, proyecto o contrato o de un servicio público en cualquier nivel territorial en los que en forma total o parcial se empleen recursos públicos. Conceptualmente no puede darse un interés más común, que el de participar en la vigilancia de todo aquello que involucre los anhelos de la comunidad.

En la exposición de motivos el legislador fue muy categórico en afirmar que esta nueva forma de control social permitiría combatir la corrupción, flagelo que necesariamente interesa a toda la población. Se dijo textualmente:

“(...) Resulta, entonces, inaplazable dar la batalla contra esa hidra de mil cabezas, que es la corrupción, si queremos hacer del nuestro un país viable. Para su éxito, es fundamental el comprometimiento y la participación ciudadana, para lo cual hay que vencer la apatía, la indiferencia y el escepticismo. En esa dirección apunta el proyecto de ley, reglamentaria de las veedurías ciudadanas, que estamos presentando. Su aprobación constituirá un valiosísimo instrumento en el propósito de darle transparencia a la gestión del gasto público a todos los niveles y está llamado a constituirse en el antídoto contra la corrupción, que campea en la administración pública. Al control fiscal de la Contraloría, al control disciplinario de la Procuraduría va la acción penal de la Fiscalía, se viene a sumar ahora el control social de la ciudadanía a través de las veedurías, ampliando y consolidando, de paso, los espacios de participación. De este modo, las entidades de control dejarán de ser especies de notarías públicas, que simplemente se limitan a registrar con estupor, como hechos consumados, los multimillonarios desfalcos a las arcas del Estado.”³³³ (Negrillas fuera de texto)

iii) Objeto de las veedurías.

En este contexto, el artículo 1º de la ley 850 de 2003 define a las veedurías ciudadanas por su objeto:

*“ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN. Se entiende por Veeduría Ciudadana el mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, **ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades, <sic> administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público.** Dicha vigilancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 270 de la Constitución Política y el artículo 100 de la Ley 134 de 1994, **se ejercerá en aquellos ámbitos, aspectos y niveles en los que en forma total o parcial, se empleen los recursos públicos.** con sujeción a lo dispuesto en la presente ley. (...)” (Subrayas fuera de texto)*

La identificación del objeto de las veedurías se ratifica en el artículo 4º de la misma ley, así:

*“ARTÍCULO 4o. OBJETO. **La vigilancia de la gestión pública** por parte de la Veeduría Ciudadana se podrá ejercer **sobre la gestión administrativa**, con sujeción al servicio de los intereses generales y la observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, y publicidad.*

³³³ Véase la exposición de motivos de la ley 850 de 2003. Gaceta No. 359 de 2001.

Será materia de especial importancia en la vigilancia ejercida por la Veeduría Ciudadana la correcta aplicación de los recursos públicos, la forma como estos se asignen conforme a las disposiciones legales y a los planes, programas, y proyectos debidamente aprobados, el cumplimiento del cometido, los fines y la cobertura efectiva a los beneficiarios que deben ser atendidos de conformidad con los preceptos antes mencionados, la calidad, oportunidad y efectividad de las intervenciones públicas, la contratación pública y la diligencia de las diversas autoridades en garantizar los objetivos del Estado en las distintas áreas de gestión que se les ha encomendado. Las veedurías ejercen vigilancia preventiva y posterior del proceso de gestión haciendo recomendaciones escritas y oportunas ante las entidades que ejecutan el programa, proyecto o contrato y ante los organismos de control del Estado para mejorar la eficiencia institucional y la actuación de los funcionarios públicos. (Subrayas fuera de texto)

Igualmente, el artículo 5º complementa el objeto de las veedurías al extender el ámbito de la vigilancia a todos los niveles donde estén comprometidos recursos públicos, sin perjuicio de otras formas de vigilancia y control de la sociedad civil y de la comunidad. Señala la norma:

“ARTÍCULO 5o. AMBITO DEL EJERCICIO DE LA VIGILANCIA. Las veedurías ejercerán la vigilancia en el ámbito nacional, departamental, municipal, v demás entidades territoriales, sobre la gestión pública y los resultados de la misma, trátase de organismos, entidades o dependencias del sector central o descentralizado de la administración pública; en el caso de organismos descentralizados creados en forma indirecta, o de empresas con participación del capital privado y público tendrán derecho a ejercer la vigilancia sobre los recursos de origen público.

La vigilancia de la Veeduría Ciudadana se ejercerá sobre entidades de cualquier nivel o sector de la administración y sobre particulares y organizaciones no gubernamentales que cumplan funciones públicas, de acuerdo con las materias que interesen a aquellas, de conformidad con su acta de constitución, sin importar el domicilio en el que se hubiere inscrito.

El ejercicio de las veedurías se hará sin perjuicio de otras formas de vigilancia y control de la sociedad civil y de la comunidad, consagradas en las disposiciones legales vigentes y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 167 de la Ley 136 de 1994, cuando dicha participación se refiera a los organismos de control. (Negrillas fuera de texto)

Para el desarrollo de su objeto, el artículo 6º enumera como propósitos de las veedurías ciudadanas los siguientes: “a) Fortalecer los mecanismos de control contra la corrupción en la gestión pública y la contratación estatal; b) Fortalecer los procesos de participación ciudadana y comunitaria en la toma de decisiones, en la gestión de los asuntos que les atañen y en el seguimiento y control de los proyectos de inversión; c) Apoyar las labores de las personerías municipales en la promoción y fortalecimiento de los procesos de participación ciudadana y comunitaria; d) Velar por los intereses de las comunidades como beneficiarios de la acción pública;

e) *Propender por el cumplimiento de los principios constitucionales que rigen la función pública; f) Entablar una relación constante entre los particulares y la administración por ser este un elemento esencial para evitar los abusos de poder y la parcialización excluyente de los gobernantes; g) Democratizar la administración pública; h) Promocionar el liderazgo y la participación ciudadana.”*

iv) Funciones.

La ley 850 de 2003 le fija a las veedurías funciones³³⁴ claras y detalladas, todas ellas enmarcadas en la vigilancia de la gestión pública. La Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2003, al revisar el artículo 16 del Proyecto de ley -hoy artículo 15 de la ley 850- concluyó que las funciones deben ser taxativas con el fin de que no se invadan esferas públicas ni privadas, es decir, no afecten derechos de terceros, no entorpezcan el funcionamiento de la administración pública y el desarrollo normal de actividades privadas. Dijo la Corte:

“45.- El artículo 16 del proyecto de ley establece las funciones de las veedurías. La disposición establece que las enumeradas corresponden a las funciones primordiales de las veedurías. De ello se desprende que la lista de funciones tiene un mero carácter enunciativo de las funciones de estas organizaciones. Este desarrollo legal sería acorde con la autonomía propia de las organizaciones privadas y con el derecho de la participación ciudadana que, en principio, no admitiría restricciones. Empero, la Corte observa que el legislador ha otorgado facultades poderosas a la veedurías, lo cual demanda, a fin de no afectar derechos de terceras personas y no entorpecer el correcto funcionamiento de la administración pública y el desarrollo normal de las actividades privadas, que exista certeza sobre los ámbitos y eventos en los cuales las veedurías pueden desplegar tales facultades.

Propio del modelo constitucional es que la asignación o identificación de poder en cabeza de algún grupo o ente social -sea público o privado- está acompañado de desarrollos normativos dirigidos a controlar dicho poder. Tales desarrollos normativos se tornan imperiosos cuando la actividad privada puede afectar o restringir el cumplimiento de las funciones públicas. Uno de los instrumentos más útiles para controlar el ejercicio del poder es la restricción de las funciones

334 “ARTÍCULO 15. FUNCIONES. Las veedurías ciudadanas tendrán como funciones las siguientes:

- a) Vigilar los procesos de planeación, para que conforme a la Constitución y la ley se dé participación a la comunidad;
- b) Vigilar que en la asignación de los presupuestos se prevean prioritariamente la solución de necesidades básicas insatisfechas según criterios de celeridad, equidad, y eficacia;
- c) Vigilar porque el proceso de contratación se realice de acuerdo con los criterios legales;
- d) Vigilar y fiscalizar la ejecución y calidad técnica de las obras, programas e inversiones en el correspondiente nivel territorial;
- e) Recibir los informes, observaciones y sugerencias que presenten los ciudadanos y organizaciones en relación con las obras o programas que son objeto de veeduría;
- f) Solicitar a interventores, supervisores, contratistas, ejecutores, autoridades contratantes y demás autoridades concernientes, los informes, presupuestos, fichas técnicas y demás documentos que permitan conocer el cumplimiento de los respectivos programas, contratos o proyectos;
- g) Comunicar a la ciudadanía, mediante asambleas generales o en reuniones, los avances de los procesos de control o vigilancia que estén desarrollando;
- h) Remitir a las autoridades correspondientes los informes que se desprendan de la función de control y vigilancia en relación con los asuntos que son objeto de veeduría;
- i) Denunciar ante las autoridades competentes los hechos o actuaciones irregulares de los funcionarios públicos.”

o actividades que pueden ejercer quienes detentan dicho poder. Por lo mismo, el legislador al establecer listas de funciones, ha de optar por cláusulas taxativas, pues es la única manera de controlar, en el plano constitucional, que las facultades no resulten en extremo abiertas o, por el contrario, tan restrictivas que anulan los espacios de autonomía de la organización.” (Negrillas de la Sala)

v) No persiguen intereses económicos.

La vigilancia de la gestión pública es una actividad que no requiere grandes inversiones y no genera utilidades en términos monetarios. Su dinámica demanda esencialmente otro tipo de insumos, como tiempo de los veedores, conocimiento de lo que se vigila, compromiso social, etc., que se verán reflejados en el éxito de la gestión.

Sin embargo, el literal g) del artículo 18 de la ley 850 señala que las veedurías deben informar a las autoridades sobre los mecanismos de financiación y el origen de los recursos con que cuentan, caso en el cual, debe entenderse que están habilitadas para recibir y manejar recursos. Pero es claro que de acuerdo con su objeto, la ley no les permite desarrollar actividades especulativas paralelas orientadas a multiplicar esos recursos.

vi) Constituidas por escrito.

Las veedurías ciudadanas deben constituirse por escrito, mediante documento o acta en los que debe constar el objeto de la vigilancia, el nivel territorial, la duración y el nombre y lugar de residencia de los veedores elegidos. El artículo 3º de la ley 850 regula el procedimiento de constitución en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 3o. PROCEDIMIENTO. Para efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, las organizaciones civiles o los ciudadanos, procederán a elegir de una forma democrática a los veedores, luego elaborarán un documento o acta de constitución en la cual conste el nombre de los integrantes, documento de identidad, el objeto de la vigilancia, nivel territorial, duración y lugar de residencia.

La inscripción de este documento se realizará ante las personerías municipales o distritales o ante las Cámaras de Comercio, quienes deberán llevar registro público de las veedurías inscritas en su jurisdicción. En el caso de las comunidades indígenas esta función será asumida por las autoridades propias.”

Como se observa en el artículo transcrito, una vez elegidos en forma democrática los veedores, se elaborará el documento o acta de constitución que se inscribirá ante las personerías municipales o distritales o ante las cámaras de comercio, o dado el caso, ante las autoridades indígenas.

A su turno, el literal c) del artículo 18 impone a las veedurías el deber de definir su propio reglamento de funcionamiento y los mecanismos de regulación del comportamiento de sus miembros.

vii) Las veedurías son Independientes de los miembros que las conforman.

Las veedurías son independientes de los miembros que las conforman, gozan de capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones. En efecto, el artículo 7° de la ley 850 *-Principio de Democratización-* diferencia claramente las veedurías de sus integrantes. Adicionalmente, el artículo 8° *ibidem* que consagra el “*Principio de Autonomía*”, le otorga a las veedurías “*plena autonomía*” frente a todas las entidades públicas y frente a los organismos institucionales de control y dispone que los veedores no pueden ser considerados funcionarios públicos. La Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2003, al revisar el proyecto de la ley 850, se refirió al principio de autonomía diferenciando claramente los veedores de las veedurías, en los siguientes términos:

“El principio de autonomía es presupuesto indispensable para garantizar el éxito de las organizaciones de veedores ciudadanos y de sus integrantes, pues a la vez que los inspira, también los define. En ese sentido, su naturaleza jurídica termina revestida por los contenidos normativos derivados de la misma, lo cual constituye una garantía del ejercicio libre de la voluntad de los ciudadanos que asumen el papel de veedores, así como de las organizaciones que los agrupan. Conjuga varios elementos a través de los cuales los veedores y las veedurías pueden ejercer sus actividades.”

A su turno, el artículo 9° que plasma el Principio de Transparencia, reconoce que la Ley 850 de 2003 otorga a las veedurías derechos y deberes, además de instrumentos y procedimientos para su ejercicio. Entre los derechos, les asiste la posibilidad de “*conocer las políticas, proyectos, programas, contratos, recursos presupuestales asignados, metas físicas y financieras, procedimientos técnicos y administrativos y los cronogramas de ejecución previstos para los mismos desde el momento de su iniciación*”; solicitar a los funcionarios encargados la adopción de medidas correctivas y sancionatorias a las que haya lugar, cuando no se cumpla con especificaciones o se causen daños a la comunidad; solicitar la información que permita conocer los criterios para la toma de decisiones relativas a la gestión fiscal y administrativa.³³⁵

Entre los deberes está el de recibir informes, observaciones y sugerencias que le sean presentados por cualquier particular, comunidad organizada, organización civil o autoridad, en relación con el objeto de la veeduría; comunicar a la ciudadanía los avances de la veeduría realizada; definir el reglamento interno, acatar el régimen

335 “ARTÍCULO 17. Derechos de las veedurías:

a) Conocer las políticas, proyectos, programas, contratos, recursos presupuestales asignados, metas físicas y financieras, procedimientos técnicos y administrativos y los cronogramas de ejecución previstos para los mismos desde el momento de su iniciación;

b) Solicitar al funcionario de la entidad pública o privada responsable del programa, contrato o proyecto la adopción de los mecanismos correctivos y sancionatorios del caso, cuando en su ejecución no cumpla con las especificaciones correspondientes o se causen graves perjuicios a la comunidad;

c) Obtener de los supervisores, interventores, contratistas y de las entidades contratantes, la información que permita conocer los criterios que sustentan la toma de decisiones relativas a la gestión fiscal y administrativa; La información solicitada por las veedurías es de obligatoria respuesta.

d) Los demás que reconozca la Constitución y la ley.”

de prohibiciones e impedimentos, inscribirse en el registro, realizar audiencias públicas para rendir informes a la comunidad, informar a las autoridades sobre el origen de sus recursos.³³⁶ Adicionalmente, el literal i) del artículo 15 les otorga a las veedurías la función de denunciar ante las autoridades competentes los hechos o actuaciones irregulares de los funcionarios públicos, es decir, ser parte en procesos judiciales.

3.2 Control y vigilancia de las veedurías ciudadanas

Al considerar que las veedurías ciudadanas son mecanismos de representación en la dinámica de la democracia participativa, en cuanto a su control y vigilancia habría que estarse a lo dispuesto para ellas en la ley especial que las regula. Sin embargo, la Sala observa que sin perjuicio de las atribuciones dadas a las Cámaras de Comercio y a la Defensoría del Pueblo para la inscripción del documento o acta de constitución, no existe norma que determine competencia administrativa alguna para suspender o cancelar y menos aún, para anular por resolución motivada a este tipo de agrupaciones ciudadanas.

3.3 Impedimentos y prohibiciones para ser veedor

Como se anunció inicialmente, la consulta busca establecer si en las hipótesis planteadas a la Sala, se evidencia la existencia de algún impedimento para ser veedor ciudadano de un proyecto estatal. Señala el artículo 19 de la ley 850 de 2003:

“ARTÍCULO 19. *Impedimentos para ser veedor:*

- a. ***Cuando quienes aspiren a ser veedores sean contratistas, interventores, proveedores o trabajadores adscritos a la obra, contrato o programa objeto de veeduría o tengan algún interés patrimonial directo o indirecto en la ejecución de las mismas.***

Tampoco podrán ser veedores quienes hayan laborado dentro del año anterior en la obra, contrato o programa objeto de veeduría;

- b. Quienes estén vinculados por matrimonio, unión permanente o parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil con el contratista, interventor, proveedor o trabajadores adscritos a la obra, contrato o

³³⁶ **“ARTÍCULO 18. DEBERES DE LAS VEEDURÍAS.** *Son deberes de las veedurías:*

a) *Recibir informes, observaciones, y sugerencias que presenten los particulares, las comunidades organizadas, las organizaciones civiles y las autoridades, en relación con las obras, programas y actividades objeto de veeduría;*
 b) *Comunicar a la ciudadanía, a través de informes presentados en asambleas generales o reuniones similares de los habitantes y de las organizaciones de la comunidad, los avances en los procesos de control y vigilancia que estén realizando;*
 c) *Definir su propio reglamento de funcionamiento y los mecanismos de regulación del comportamiento de sus miembros;*
 d) *Acatar el régimen de prohibiciones e impedimentos señalados por esta ley;*
 e) *Inscribirse en el registro de las personerías municipales y distritales o Cámaras de Comercio;*
 f) *Realizar audiencias públicas para rendir informes de control preventivo y posterior ejercido por la veeduría y solicitar información de las entidades oficiales o privadas que ejecuten recursos del Estado o presten un servicio público;*
 g) *Informar a las autoridades sobre los mecanismos de financiación y el origen de los recursos con que cuenta para realizar dicha vigilancia;*
 h) *Las demás que señalen la Constitución y la ley.”*

programa así como a los servidores públicos que tengan la participación directa o indirecta en la ejecución de los mismos;

- c. Cuando sean trabajadores o funcionarios públicos, municipales, departamentales o nacionales, cuyas funciones estén relacionadas con la obra, contrato o programa sobre el cual se ejercen veeduría.

En ningún caso podrán ser veedores los ediles, concejales, diputados, y congresistas;

- d. Quienes tengan vínculos contractuales, o extracontractuales o participen en organismos de gestión de la ONG, gremio o asociación comprometidos en el proceso objeto de la veeduría;
- e. *<Literal CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE? En el caso de organizaciones, haber sido cancelada o suspendida su inscripción en el registro público, haber sido condenado penal o disciplinariamente, salvo por los delitos políticos o culposos o sancionado con destitución, en el caso de los servidores públicos.>* (Negrillas de la Sala)

Los interrogantes planteados a la Sala se pueden agrupar en los siguientes supuestos: i) Existe impedimento por haber presentado acciones constitucionales (acciones populares - tutelas), relacionadas con el objeto de la vigilancia? ii) Existe impedimento para quienes se encuentran en el área de influencia del proyecto y en razón de su ejecución, puede darse la posibilidad de que se les afecte el valor del inmueble? iii) Existe impedimento para padres o herederos de propietarios de inmuebles, objeto de compra para el proyecto que se vigila? iv) Existe impedimento para arrendatarios de inmuebles destinados al ejercicio del comercio y que son objeto de compra para el proyecto que se vigila y quienes tendrían derecho a una prima de desmonte, traslado y posterior montaje de su negocio?

Antes de abordar los casos concretos es importante contextualizar lo que debe entenderse por interés patrimonial.

Para la Sala, la finalidad del literal a) del artículo 19 de la ley 850 de 2003 es que el veedor no sea “juez” de sí mismo. Dicho en otras palabras, es impedir la “*auto-vigilancia*”, es tratar de que la gestión pública cuente realmente con la vigilancia de la sociedad que es la efectivamente afectada, a través de terceros ajenos al proceso vigilado, para que ayuden a los órganos de control en sus funciones y se garantice la correcta ejecución del presupuesto estatal. El literal a) del artículo 21 del proyecto de la ley 850 de 2003 -hoy artículo 19-, fue analizado por la Corte en la sentencia C-292 de 2003, concluyendo que con dicha causal se busca impedir que la objetividad del veedor se pierda por el interés que pueda tener en el contrato o programa objeto de la veeduría. Dijo textualmente:

“69.- Con la causal contenida en el literal a) del proyecto bajo examen, el legislador busca impedir que los veedores comprometan su objetividad por tener un interés

patrimonial, directo o indirecto, en contratos o programas objeto de la veeduría. Ello resulta razonable en aras de evitar que se comprometa la imparcialidad de los veedores en el desempeño de sus actividades. Así, este aparte se ajusta a la Constitución.”

Según el diccionario de la Real Academia Española, “*interés*³³⁷ es una “*inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración, etc.*” O la “*Conveniencia o beneficio en el orden moral o material.*” Esto significa, para el caso en estudio, que el interés³³⁸ tiene que estar relacionado directamente con el contrato o programa, no con los efectos colaterales que éste genere. Como ya se afirmó, el interés a que hace referencia la norma va dirigido a impedir que se de una auto-vigilancia. Es decir, evitar que quien sea veedor haya tenido que ver patrimonialmente directa o indirectamente con el proyecto, programa o contrato, al punto que dicha vigilancia tendería a ocultar las posibles irregularidades de la ejecución.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que los veedores no tienen facultades para tomar decisiones en relación con la responsabilidad de quienes están a cargo del programa o contrato objeto de vigilancia. Dichas condiciones hacen innecesaria la rigurosidad de la institución de los impedimentos, como sí debe darse frente a los servidores públicos. Incluso podría ser deseable que “socialmente hablando” las veedurías tuvieran “una tendencia parcializada”, puesto que se trata de defender el patrimonio del Estado mediante la expresión de una preocupación individual por lo colectivo.

En este sentido se pronunció la Corte Constitucional al analizar el artículo 21 del proyecto de la ley 850 de 2003 -hoy artículo 19-, haciendo énfasis en que las causales de impedimentos para los veedores deben aplicarse de manera taxativa y con una interpretación no muy rigurosa, pues no se trata de servidores públicos:

“68.- El artículo 21, que establece los impedimentos para ser veedor, establece límites que en principio son razonables, pues busca garantizar la efectividad y transparencia del control desarrollado por esas entidades. Entra la Corte a analizar cada uno de ellos, teniendo en cuenta que sus labores son complementarias o de ayuda a organismos de control y que no se trata de servidores públicos, lo cual explica que no se haga una exigencia tan rigurosa como la que usualmente se hace frente a estos últimos. Obviamente, por tratarse de limitaciones al ejercicio del derecho político a la participación, sensibles también frente al principio de autonomía, estas causales deben ser interpretadas de manera restrictiva y el listado contenido en el proyecto de ley bajo examen es taxativo.”

337

338 Para la doctrina, los derechos se clasifican, según su protección o particularidad en derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple. Quien tiene un derecho subjetivo puede reclamar ante la administración o ante la jurisdicción su reconocimiento de manera plena. Quien tiene un interés legítimo puede reclamar ante la administración y ante la jurisdicción, esto es, la revocación del acto pero sin indemnización por daños y perjuicios. Quien tiene un interés legítimo puede reclamar ante la administración y ante la jurisdicción, esto es, la revocación del acto pero sin indemnización por daños y perjuicios. Quien tiene un interés simple, solo puede reclamar la protección de su interés mediante “denuncias”, pero no puede pedir la revocación del acto ni perjuicios. Tomado de Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública. José Roberto Dromi. 1986. Editorial Grouz. Madrid .P. 53 y ss.

Esta misma idea se plasmó en la exposición de motivos de la ley 850 de 2003, en la que se resalta que dentro de la preocupación colectiva va inmersa la privada cuando se afirma que *el veedor actual deja de pensar “única y exclusivamente en la solución de sus problemas, para actuar en beneficio de la comunidad”*. La idea es que se trabaje por los intereses colectivos que llevan inmersos los intereses propios, no que se sustituyan los primeros por los últimos. Es de esta manera que la naturaleza de *las veedurías* puede definirse como colectiva.

3.4. Los supuestos impedimentos señalados en la consulta.

a. Preguntas: 1, 1.1, 1.1.1., 1.1.2., y 1.1.7

El Ministerio desea saber si un veedor que ha adelantado dos acciones populares en contra de un municipio por presunta violación de derechos colectivos en la ejecución de un proyecto, se encuentra impedido para ejercer la veeduría ciudadana sobre dicho proyecto, en el entendido de que tal situación puede ser constitutiva de un interés patrimonial directo o indirecto. Además, por el hecho de ser beneficiario eventual del pago de un incentivo.

De igual forma, si un veedor que es propietario y ha interpuesto tres tutelas en contra del municipio, por presunta violación de derechos fundamentales en la ejecución de un proyecto, respecto del cual ha formulado una reclamación por la fijación del área de su inmueble y por el valor del avalúo comercial, se encuentra impedido para ejercer la veeduría ciudadana sobre dicho proyecto.

La Sala considera que estos supuestos de hecho no configuran conflictos de interés, ni impedimento alguno para que una persona sea veedora. Al contrario, de conformidad con el artículo 16 de la ley 850 de 2003, las veedurías *“para lograr de manera ágil y oportuna sus objetivos y el cumplimiento de sus funciones, podrán elevar ante las autoridades competentes derechos de petición, y ejercer ante los jueces de la República todas las acciones que siendo pertinentes consagran la Constitución y la ley.”* En consecuencia, no hay impedimento para ser veedor por haber presentado acciones constitucionales relacionadas con el objeto de la vigilancia, pues el objeto de las mismas es la protección de derechos fundamentales.

b. Pregunta 3

Plantea el Ministerio un supuesto general derivado de situaciones conocidas en varias partes del país, cuando un ciudadano o un grupo de ciudadanos son beneficiarios de un plan de vivienda, o de la pavimentación de la vía del frente de sus casas y organizan una veeduría ciudadana para hacer el control social de esas obras. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 19 de la ley 850 de 2003, sobre intereses patrimoniales, se quiere saber si se configura el impedimento para ser veedores.

De acuerdo con lo expuesto y en el mismo sentido del punto anterior, el interés privado puede coexistir con el interés colectivo que busca la protección del patrimonio

estatal. En este contexto, es precisamente la comunidad, que se encuentra en el área de influencia de la ejecución de la obra o programa, la que puede reaccionar tempranamente y dar aviso a las autoridades de cualquier presunta irregularidad; no podrían realizar tal labor los del municipio vecino. Se debe apelar al sentido común, pues es previsible que las obras logren afectarlos patrimonialmente, situación que lejos de impedir su actividad como miembros de una veeduría, los legitima para estar al tanto de ellas.

Otra situación se podrá dar cuando el veedor prevalido de su condición intente sacar provecho personal de la vigilancia, lo cual, según lo que se presente en un caso concreto, deberá ser puesto en conocimiento de las autoridades competentes por parte de la entidad vigilada. En todo caso, se reitera que las veedurías no tienen capacidad de disponer de derechos o tomar decisiones. Solamente vigilan y a su vez ponen en conocimiento las posibles irregularidades ante la autoridad respectiva, de manera que con sus acciones no se lesionan los derechos de la entidad vigilada, dado que las medidas a que haya lugar, se toman por los órganos de control o las autoridades judiciales ante quienes se formulan las quejas o denuncias correspondientes.

En este sentido, hay que advertir que las negociaciones de predios, reubicación, etc., tienen procedimientos definidos en las respectivas leyes y deben adelantarse de acuerdo con lo dispuesto en ellas. Al estar regladas todas estas situaciones, no hay espacio para que un veedor, tenga o no un interés particular generado por la ejecución de la obra o proyecto, se valga de su condición para dejar de cumplirlas. Una interpretación contraria llevaría a concluir que nadie puede ser veedor ciudadano puesto que en la práctica, todos tienen por lo menos un interés patrimonial indirecto.

Por las anteriores razones, no existe impedimento para quienes se encuentran en el área de influencia del proyecto y que en razón de su ejecución, por ejemplo, pueden verse afectados por la variación del valor de sus inmuebles.

c) Preguntas: 1.1.3., 1.1.5., 1.1.6., y 1.1.8.

Se pregunta si un veedor que es heredero, madre o padre del propietario del inmueble que es objeto de compra para un proyecto, o que posee algún otro vínculo familiar con él, está impedido para ser veedor. La Sala, reiterando los argumentos del literal anterior, considera que si no existe impedimento para el propietario del inmueble, con mayor razón tampoco lo hay para sus familiares.

d) Pregunta 1.1.4.

Se plantea si los arrendatarios de inmuebles destinados al ejercicio del comercio en el área de influencia del proyecto que se vigila, están impedidos por el hecho de que puedan ser beneficiarios de una prima de desmonte, traslado y posterior montaje de su negocio. Bajo la óptica con que se viene analizando el tema del “*interés*”, los supuestos planteados no generan impedimento alguno.

Finalmente, no puede la Sala dejar de mencionar que de acuerdo con el artículo 20 de la ley 850 de 2003, a las veedurías ciudadanas en el ejercicio de sus funciones les está prohibido recurrir a vías de hecho. Si lo hacen, las autoridades judiciales y de policía pueden tomar las medidas legalmente pertinentes.

Con base en lo anterior,

LA SALA RESPONDE:

En las hipótesis planteadas en la consulta, no existe impedimento legal alguno para actuar como veedor. Tampoco existe norma legal que otorgue competencia a autoridad administrativa o entidad privada, para revocar, suspender o anular la inscripción de una veeduría ciudadana.

Transcríbase al señor Ministro del Interior y de Justicia. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Augusto Hernández Becerra, Presidente de la Sala, Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Consejero. Enrique José Arboleda Perdomo, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Jenny Galindo Huertas, Secretaria de la Sala.

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

Fecha: 09/07/2015

Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar

Levantamiento de la reserva mediante oficio del 25 de agosto de 2015

La señora Ministra de Educación Nacional consulta a la Sala sobre la tipología de las instituciones de educación superior en la Ley 30 de 1992 y, en particular, sobre la posibilidad de crear y reconocer instituciones de educación superior de carácter mixto y asemejarlas a sociedades de economía mixta.

I. Antecedentes

Mediante Ordenanza No. 76 del 24 de febrero de 2000 la Asamblea Departamental del Casanare autorizó al gobernador para que “en nombre del Departamento se asocie con entidades públicas y privadas de nivel nacional, regional, departamental y municipal, con instituciones extranjeras, multinacionales o internacionales y con particulares, con la finalidad de constituir la Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano, como una entidad de participación mixta, sin ánimo de lucro que se regirá por las disposiciones de la Ley 30 de 1992”. (Mayúsculas suplidas)

En cumplimiento de dicho acto administrativo, UNITROPICO se constituyó el 16 de marzo de 2000 según consta en acta de esa fecha. El Departamento de Casanare se comprometió a aportar para las vigencias fiscales de 2000 al 2005 un total de \$34.275.631.000. (98% en dinero y 2% en especie, aproximadamente).

El Ministerio de Educación Nacional (en adelante MEN), mediante Resolución 1311 de 2002 reconoció personería jurídica a UNITROPICO como una institución de educación superior de carácter privado sin ánimo de lucro, de conformidad con el artículo 98 de la Ley 30 de 1992 y el Decreto 1478 de 1994. Posteriormente, mediante Resolución 6538 de 2011 del MEN, se ratificó una reforma estatutaria de UNITROPICO bajo la “naturaleza de institución de educación superior de carácter privado”.

Ante tal situación fáctica afirma la señora Ministra que existen interpretaciones frente a la naturaleza y régimen jurídico aplicable a UNITROPICO expuestas al MEN por sectores que “tienen participación o interés” en dicha institución. En una primera postura, se afirma que UNITROPICO es una institución de educación superior de carácter privado sin ánimo de lucro, reconocida y registrada como tal, según Resolución 1311 de 2002 expedida por el MEN.

Por su parte la segunda tesis sostiene que UNITROPICO es una entidad de participación mixta, por contar dentro de su patrimonio con capital del sector público y privado, por lo que es “susceptible de ser reconocida como una sociedad de economía mixta” en atención a lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política y la Ley 489 de 1998 que, dado el porcentaje de recursos públicos aportados, puede ser considerada una “sociedad con aporte mayoritariamente estatal, asimilándose a una corporación de carácter estatal” perteneciente a la rama ejecutiva y susceptible de los controles y normatividad aplicable a esas entidades, “desconociéndose con esto la normatividad especial existente para las entidades de Educación Superior” en la Ley 30 de 1992 y demás normas reglamentarias

Ahora, como contraposición a la primera tesis se afirma que UNITROPICO no puede ser considerada una institución de educación superior de carácter estatal, así se hayan realizado aportes con recursos públicos, toda vez que en atención a lo dispuesto en los artículos 58 y siguientes de la Ley 30 de 1992, la creación de tales entidades estatales requiere de la existencia de un acto administrativo expedido por la Corporación señalada y facultada por la Ley para tal fin (Congreso, Asambleas y Concejos), el cual “no se puede entender expedido con la Ordenanza No. 076 de 2000” de la Asamblea del Casanare. Tampoco puede ser considerada una sociedad de economía mixta toda vez que de conformidad con la Constitución Política y la Ley 30 de 1992, especialmente el artículo 2 ibídem, no existe fundamento legal para la existencia de instituciones de educación superior de carácter mixto.

Es preciso manifestar que con posterioridad a la radicación de la consulta, el Despacho del magistrado ponente requirió al MEN para aportar la documentación allí citada (ordenanza departamental, resoluciones del MEN, etc.); el MEN contestó el requerimiento mencionado en diferentes fechas, la última de las cuales se produjo el 30 de abril de 2015, mediante oficio 2015–EE-039620.

La señora Ministra formuló las siguientes **PREGUNTAS**:

6. “Una institución de Educación Superior, creada y reconocida como institución de Educación Superior de carácter privado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 30 1992, está facultada para recibir recursos públicos? Y por ello, ser sujeto de control y revisión por parte de los entes de control del Estado?”
7. “Puede el Ministerio de Educación Nacional reconocer instituciones de Educación Superior de naturaleza diferente a las previstas en la Ley 30 de 1992, y asemejarlas a las sociedades de economía mixta?”
8. “La Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano-UNITROPICO-es de naturaleza pública o privada, atendiendo a que la misma ha recibido recursos públicos del Departamento de Casanare?”
9. “El Departamento de Casanare y otras entidades territoriales pueden crear instituciones de Educación Superior de carácter mixto no contempladas en la Ley 30 de 1992?”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

A. Aclaración previa

En los antecedentes de la consulta se aprecian actos administrativos como son la Ordenanza No. 76 del 24 de febrero de 2000 de la Asamblea Departamental del Casanare y las Resoluciones del Ministerio de Educación Nacional 1311 de 2002 y 6538 de 2011, mediante las cuales se reconoció personería jurídica a UNITROPICO como una institución de educación superior de carácter privado sin ánimo de lucro y se ratificó una reforma estatutaria de UNITROPICO, respectivamente.

Para la Sala es claro que los actos administrativos precitados generan efectos jurídicos particulares y concretos que gozan de la presunción de legalidad y por lo mismo, mientras dichos actos administrativos no sean modificados por otros, o sus efectos suspendidos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, o desvirtuada su legalidad mediante sentencia que declare su nulidad, previo ejercicio de los medios de control judicial que correspondan³³⁹, seguirán produciendo los efectos jurídicos vinculantes allí previstos, razón por la cual la Sala no entrará a valorar su contenido y alcance dado que, en el ejercicio de la función consultiva, ello no le corresponde. En el mismo sentido, la Sala ha conocido la existencia del proceso radicado bajo el número 850012331003-2004-02209-00, el cual fue decidido en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Casanare y apelado ante el Consejo de Estado, recurso que se encuentra en trámite ante la Sección Tercera de esta Corporación.

En dicho proceso se denegó, en primera instancia, la nulidad de la Ordenanza 15 del 30 de julio de 2004 expedida por la Asamblea Departamental del Casanare que derogó la Ordenanza 88 de agosto 3 de 2000 proferida por esa misma asamblea, “por medio de la cual se garantizan aportes para la investigación científica a través de la Fundación Universitaria del Trópico Americano y de la Ciudadela Universitaria de Casanare”. En el fallo de primera instancia conocido por la Sala se hacen consideraciones sobre el recibo y destino de recursos públicos por parte de UNITROPICO y, por lo mismo, serán aspectos que posiblemente se debatirán en la sentencia definitiva que proferirá la Sección Tercera al resolver el recurso de apelación propuesto³⁴⁰.

En atención a que en la consulta formulada se alude a que UNITROPICO ha recibido recursos públicos (preguntas 1 y 3), aspecto que se debate en un proceso judicial en curso, la Sala no podrá rendir sobre el particular el concepto solicitado, toda vez que su posición reiterada es que en ejercicio de la función consultiva no le corresponde justificar, dar explicaciones o hacer juicios de valor

339 El artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé: “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los proferió. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro...”. (Se resalta).

340 El proceso se encuentra al Despacho para fallo desde el 17 de octubre de 2013.

sobre las sentencias proferidas por las autoridades judiciales³⁴¹, por una parte, y no le es procedente pronunciarse en asuntos que versen sobre la misma materia o una sustancialmente conexas, a aquellos que estén sometidos a una decisión jurisdiccional, pues la controversia debe resolverse mediante sentencia que habrá de cumplirse con efectos de cosa juzgada³⁴², por la otra. Dado lo anteriormente expuesto, la Sala se declarará inhibida para absolver los aspectos de la consulta que conciernen a la posibilidad de que UNITROPICO reciba o haya recibido recursos públicos, por lo que en esa materia deberá estarse a lo que se decida en dichas actuaciones judiciales.

B. Problemas jurídicos planteados

Realizada la anterior precisión, se tiene que de conformidad con los antecedentes y preguntas formuladas en la consulta, el análisis que realizará la Sala se encaminará a resolver de manera general el siguiente problema jurídico: en atención a que la Ley 30 de 1992 establece una tipología normativa respecto de las instituciones de educación superior ¿es posible la creación y reconocimiento de instituciones de educación superior de carácter mixto y asemejarlas a las sociedades de economía mixta?

Para responder los interrogantes formulados la Sala analizará *i)* las reglas que rigen la creación de entidades con participación del Estado y los particulares, en especial las sociedades de economía mixta y las fundaciones de carácter mixto; *ii)* la tipología prevista en la Ley 30 de 1992 para las instituciones de educación superior y la posibilidad jurídica de crear o reconocer instituciones de educación superior de carácter mixto; *iii)* se revisarán las facultades del Ministerio de Educación Nacional frente a la posible prestación del servicio de educación superior por una persona jurídica de participación mixta.

C. La creación de entidades y organismos públicos en la Constitución y la ley. La tipología predeterminada en la ley: noción y alcance

1. Competencia para su creación o autorización. Contenido del acto de creación

Como lo ha sostenido la Sala reiteradamente³⁴³, la Constitución Política ha determinado que las entidades -y organismos públicos- únicamente pueden ser creadas por decisión del Estado, jamás por decisión de los particulares, aun cuando sí con su participación dentro de especiales condiciones y conforme a determinados procedimientos. Las pertenecientes a la Rama Ejecutiva del poder público, en el orden nacional, únicamente pueden ser creadas por el Congreso de la República, bien sea mediante ley o con autorización de la misma. En efecto, el numeral 7 del artículo 150 C.P., dispone:

341 Sobre el particular pueden consultarse, entre otros, los autos con radicación 2047 de 2011 y 2129 y 2133 de 2012.

342 Cfr. Autos del 11 de marzo de 2010, Consulta 1991 y del 16 de febrero de 2011, Consulta 2047.

343 Conceptos 1815 de 2007 y 2025 de 2011, entre muchos otros.

“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)

7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta”.

Esta regla se ratifica para el caso de las entidades descentralizadas nacionales en el artículo 210 C.P., en cuanto prescribe que *“Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios solo pueden ser **creadas por ley o por autorización** de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa”.* (Resalta la Sala).

Lo expuesto hasta ahora para las personas jurídicas del orden nacional, puede aplicarse al orden departamental, distrital o municipal, obviamente recordando que la decisión político - administrativa que adopten las Asambleas³⁴⁴ o los Concejos³⁴⁵, no tiene carácter legislativo. De esta forma, por mandato constitucional, se ha establecido una reserva en cabeza de esas corporaciones administrativas para determinar la estructura de la administración territorial, que para el caso de los departamentos se concreta en lo siguiente:

*“Artículo 300. Corresponde a las Asambleas por medio de ordenanzas: (...) 7. Determinar la estructura de la administración departamental, las funciones de sus dependencias, la escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de **sociedades de economía mixta**”.* (Resalta la Sala).

Por su parte la Ley 489 de 1998³⁴⁶, dispone en el artículo 49:

“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 y los demás organismos y entidades administrativas nacionales.

*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**.*

344 Artículo 300 numeral 7 de la Constitución Política.

345 Artículo 313 numeral 6 de la Constitución Política.

346 “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”.

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 o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal". (Ibídem).

De las disposiciones transcritas se desprende con meridiana claridad que la creación de entidades públicas tiene necesariamente origen en la voluntad del Estado en cada uno de sus niveles, esto es, que el acto de creación de toda entidad administrativa requiere del concurso coordinado de los poderes Legislativo y Ejecutivo, en el orden nacional, y en el orden departamental de la Asamblea y el ejecutivo departamental, esto es, el Gobernador.

El Congreso tiene el poder constitucional exclusivo para crear, pero no lo puede ejercer si el Gobierno no está interesado en la creación, porque los proyectos de ley de esta naturaleza están reservados a la iniciativa gubernamental (art. 154, núm. 7 C.P.; ley 5 de 1992, artículo 142, núm. 2). Así las cosas, cuando el Gobierno necesite crear una entidad administrativa, requerirá de ley o, al menos, de una "autorización de ésta"³⁴⁷. Obviamente, se trata de una autorización que tiene origen en el órgano Legislativo que la expide, y que está dirigida al órgano Ejecutivo del poder público, que la recibe. Sería enteramente contrario al orden constitucional suponer que la ley puede otorgar dicha autorización para crear entes públicos constitutivos de la Rama Ejecutiva, a una autoridad ajena al Ejecutivo o, peor, aún, a personas privadas.

Cuando la Constitución estipula que para crear una entidad descentralizada del orden nacional se requiere de una autorización legal, ha de entenderse que el destinatario de esa autorización es el Gobierno Nacional. No podría ser de otra manera, dado que una decisión de esta índole, que altera la organización del Ejecutivo al aumentar su tamaño, y compromete bienes o recursos públicos, no puede salir de la órbita de lo público, ni ocurrir sin el consentimiento ni, menos aún, sin el conocimiento de las autoridades administrativas competentes. En el orden departamental la autorización será expedida por la Asamblea y la autoridad destinataria será el Gobernador.

Las reglas precedentes rigen para la creación de todo tipo de entidades públicas, incluyendo las descentralizadas del orden territorial, por expreso mandato de los artículos 150 – 7 y 210 de la Constitución Política, así como de los artículos 68 y 69 de la Ley 489 de 1998. La creación de entidades descentralizadas requiere, además, del "estudio demostrativo que justifique la iniciativa" bajo los principios de

347 En la sentencia C-150/04 la Corte Constitucional expresó: "De conformidad con lo expuesto, el Congreso de la República está facultado para crear y suprimir **entidades y organismos públicos** del nivel nacional, de manera directa y a través de una ley ordinaria (art. 150-7). Igualmente, está autorizado por la Constitución Política para delegar en el Presidente de la República competencia para tomar aquel tipo de decisiones, evento en el cual deberán atenderse las condiciones fijadas en el artículo 150 numeral 10 superior. Es de resaltar que la Constitución consagra una cláusula de reserva de ley para la **creación de entidades y organismos** del orden nacional". (Resalta la Sala).

la función administrativa previstos en el artículo 209 CP³⁴⁸. En efecto, así se dispone en el artículo 69 de la Ley 489, a saber:

“Artículo 69. Creación de las entidades descentralizadas. Las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la ley, en el orden departamental, distrital y municipal, por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, de conformidad con las disposiciones de la presente ley. El proyecto respectivo deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política”. (Resalta la Sala).

Dilucidada la cuestión sobre la competencia para crear entidades descentralizadas administrativas nacionales o departamentales, merece atención el mandato legal que establece los contenidos mínimos de todo acto de creación. Sobre este particular dispone el artículo 50 de la Ley 489 de 1998 que el acto de creación de todo organismo o entidad administrativa debe determinar sus objetivos, estructura orgánica y soporte presupuestal. La estructura orgánica, en particular, comprende los siguientes aspectos, de acuerdo con esta disposición: denominación, naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico, sede, integración del patrimonio, señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares, y el Ministerio o el Departamento Administrativo al cual estará adscrito o vinculado el ente que se crea.

En consecuencia, la creación de una entidad pública es una *decisión* que debe ejecutarse exclusivamente por el Estado y, por lo mismo, la decisión de crear o autorizar una entidad descentralizada (persona jurídica pública), está sometida al derecho público; no puede darse el caso de que esa autorización o creación ocurra mediante una determinación adoptada conforme a las normas del derecho privado.

2. La sujeción a una tipología predeterminada en la ley. Noción y alcance

El Legislador puede optar, para satisfacer una necesidad pública, entre muchas posibles soluciones, por la creación o autorización de una entidad descentralizada predeterminada en la Ley 489 de 1998 pero también puede crear o autorizar una entidad *atípica*.

Como lo dijo la Sala en el Concepto 1815 de 2007, la noción de *atipicidad* consiste en asignar algunas consecuencias jurídicas al hecho de que cierta situación concreta no encaja en el tipo definido previamente por el Legislador. Con el fin de establecer en qué casos es jurídicamente posible que haya entidades administrativas atípicas, es necesario tener en cuenta la posición que en la jerarquía normativa ocupa la norma que *crea* o *autoriza* la entidad, y el lugar que en la misma jerarquía tiene la norma que *organiza* la entidad. Como se observa, se distingue entre la norma de *creación*

348 Constitución Política, Art. 209: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. / Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado...”.

o de *autorización* de una entidad descentralizada, de la norma de *organización* de la misma. La distinción se explica en el hecho de que unas entidades son creadas por acuerdo o asociación y otras mediante un acto unilateral.

Las segundas deben ser creadas y organizadas por la ley, ordenanzas o acuerdos; esto significa que mediante normas de rango nacional, departamental o municipal, se crea y además se estructura esta clase de entidades, por lo que es en estas normas donde debe buscarse su regulación, los elementos que las constituyen, el derecho aplicable, etc. Las entidades descentralizadas de carácter asociativo deben ser autorizadas por ley, ordenanza o acuerdo, pero su organización se hace a través de estatutos que son acordados por los miembros que las conforman. Para este último grupo, existe campo para los estatutos: reglas convenidas entre los miembros que constituyen la entidad, y que jerárquicamente estarán siempre por debajo de la norma que autoriza la creación de la entidad.

En relación con las entidades descentralizadas del orden nacional, en la Ley 489 de 1998 aparecen los elementos y las características de los diferentes tipos o categorías que allí se estructuran. Formalmente, esta es una ley ordinaria de manera que su fuerza normativa es la de cualquier otra ley. De este aserto se desprende entonces que la ley de creación de una nueva entidad puede optar por ordenar la aplicación de las reglas de uno cualquiera de los tipos de la Ley 489 de 1998, o también puede crearla en forma totalmente atípica sin ceñirse a lo dispuesto por esta, caso en el cual la ley especial de creación y organización de determinada entidad descentralizada prima sobre la general, exceptuando su aplicación para ese caso concreto.

En la ley de autorización para la creación de una entidad descentralizada con carácter de asociación o de sociedad, es posible verificar las mismas dos situaciones anteriores, pues puede ordenar que se organice conforme a uno de los tipos definidos por la Ley 489 de 1998, caso en el cual esta se vuelve absolutamente obligatoria, pero también es viable que ordene crear una entidad descentralizada atípica o especial, por lo que los estatutos que se acuerden deberán desarrollar este mandato.

En el nivel departamental, distrital y municipal, la Ley 489 de 1998 se aplica directamente a las "*características y régimen de las entidades descentralizadas*"³⁴⁹, por lo que la autorización para crear las de carácter asociativo o societario, deberá observar en primer lugar el tipo de entidad organizada y descrita por la Ley 489, en segundo lugar la ordenanza o acuerdo de creación o autorización y en tercer lugar los estatutos que organizan la entidad.

Entonces, por expreso mandato de la Ley 489 de 1998, tratándose de actos administrativos como son las ordenanzas o los acuerdos, la autorización para crear o autorizar entidades descentralizadas del nivel territorial deberá observar tales disposiciones legales y, por lo mismo, no es jurídicamente viable autorizar en ese

349 Artículos 2° y 39, Ley 489 de 1998.

nivel la creación de entidades descentralizadas diferentes a las previstas en la Ley 489 o *atípicas*, como quiera que en la jerarquía normativa del Estado unitario (CP; Artículo 1), dichos actos administrativos solo serán válidos si se sujetan a la ley. En este sentido, debe recordarse que la autorización para la creación de una entidad descentralizada es expresión del principio de legalidad (CP, Artículos 6, 121 y 122)³⁵⁰, ya que en el ámbito estatal la búsqueda del interés público o del beneficio común a través de tales entidades, no resulta de la voluntariedad y de la autonomía de la voluntad sino que corresponde a una competencia que debe ejercerse a través de ley, ordenanza o acuerdo, en los términos explicados.

Por último, ante la regulación especial que realiza el Estado para cierto tipo de actividades, si la ley sectorial estableció una tipología específica para los sujetos que participen en esas actividades (empresas de servicios públicos, empresas sociales del Estado, instituciones financieras, instituciones de educación superior, etc.), las entidades territoriales deberán atender los mandatos de la ley especial al momento de crear entidades descentralizadas para que participen en ese sector. Sobre este aspecto se volverá más adelante.

Establecido el límite de las competencias de organización con el que cuentan el Congreso de la República, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales para escoger el tipo de entidad que desarrollará la actividad que se les asigna en el acto de creación o autorización, y dado que la consulta alude a las sociedades de economía mixta y las entidades descentralizadas indirectas de participación mixta, tipologías propias del derecho público, corresponderá analizar la normativa que regula su *creación* o *autorización*, así como su *organización*.

3. La autorización para crear sociedades de economía mixta

3.1 Debe ser “concreta y específica”

El artículo 38 de la Ley 489 de 1998 describe la integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional e incluye expresamente dentro del Sector Descentralizado por servicios a las sociedades de economía mixta (numeral 2 literal f). Por su parte, el artículo 97 de la misma ley define las sociedades de economía mixta en los siguientes términos:

*“Artículo 97.- Sociedades de economía mixta.- Las sociedades de economía mixta son organismos **autorizados por la ley**, constituidos bajo la forma de **sociedades comerciales** con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan **actividades de naturaleza industrial o comercial** conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley”* (Resalta la Sala).

³⁵⁰ El Principio de legalidad es un postulado esencial del Estado Social de Derecho y de toda manifestación del poder público conforme al cual será legítima la actuación de las autoridades en cuanto se desarrolle dentro del preciso ámbito funcional definido por el legislador, por lo que se proscriben las actuaciones de los servidores públicos que impliquen omisión o extralimitación en el ejercicio de las mismas. Está previsto en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política, así: Artículo 6. “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las Leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. //Artículo 121. “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley”.//Artículo 122. “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en Ley o reglamento...”

En los departamentos las Asambleas también pueden autorizar la creación de sociedades de economía mixta de ese orden territorial, por expresa disposición del numeral 7 del artículo 300 CP, transcrito en el punto anterior, en concordancia con los artículos 49, 68, 69 y 97 de la Ley 489, entidades que hacen parte de la estructura de la Administración departamental. Concretamente lo expuesto se ve ratificado con lo establecido en el artículo 98 de la Ley 489 de 1998, a saber:

*“Artículo 98.- Condiciones de participación de las entidades públicas.- En el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalarán las condiciones para la participación del Estado que contenga la **disposición que autorice su creación, el carácter nacional, departamental, distrital o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella**”. (Resalta la Sala).*

De la naturaleza de las sociedades de economía mixta y de su regulación jurídica se desprende que la ley o la ordenanza no puede crear directamente una sociedad de economía mixta, porque para que esta llegue a existir se requiere del concurso de particulares, de cuya voluntad para asociarse con el Estado no puede disponer el legislador, como tampoco de sus eventuales aportes patrimoniales a la sociedad. Es por ello que, para constituir una sociedad de economía mixta, de ordinario se necesitará de una autorización al ejecutivo que se origina en la corporación pública correspondiente. A partir de dicha autorización el ejecutivo nacional o departamental, según el caso, y los representantes del sector privado concertados para constituir la sociedad, suscribirán la correspondiente escritura pública, que es la forma prescrita por la ley para crear una sociedad de economía mixta. El acto de autorización, ley u ordenanza, deberá determinar los bienes o recursos públicos que aportará el Estado a la sociedad proyectada.

Por todo lo expuesto, resulta evidente que la autorización necesaria para crear sociedades de economía mixta del orden nacional o departamental es la que debe otorgar la ley o la ordenanza no al particular o los particulares que van a concurrir con el Estado a constituir la sociedad, pues para disponer de su propio patrimonio los particulares no requieren de autorización legal, sino a la administración gestora de la sociedad, que la necesita para disponer legítimamente de recursos públicos para tal fin.

Ahora bien, dado que la decisión de crear sociedades de economía mixta tiene origen, necesariamente, en una autorización que se materializa en una ley, ordenanza o acuerdo, cabe preguntar si dichas normas pueden revestir la forma de autorizaciones generales o si, por el contrario, cada autorización debe ser específica, particular y concreta, y por tanto referida a una sociedad determinada o individualizada.

La Corte Constitucional, al interpretar el artículo 150 numeral 7 de la Carta política, relacionado con la mencionada autorización, ante una demanda contra el artículo

14 de la Ley 88 de 1993 que autorizaba aportes de la Nación a unas entidades³⁵¹, expresó:

*“¿Qué clase de ley es la que autoriza la creación de una sociedad de economía mixta? Una ley en sentido formal, pues sólo es ley por su origen y su formación y no por su contenido. Este contenido **no es general y abstracto, sino particular y concreto**. Y por ser particular y concreto **tiene que referirse a una sociedad determinada, individualizada**. Como lo señala el artículo 8o. del decreto 1050 de 1968, en tratándose de sociedades de economía mixta, **“el grado de tutela y, en general, las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades se determinan en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social”**.”*

*Tal ley, en consecuencia, **debe determinar** asuntos como estos: la cuantía de los recursos públicos que se aportarán a la sociedad, su objeto, su domicilio, su duración, la proporción del capital público y privado, lo mismo que el grado de tutela por parte de la administración, y a qué dependencia corresponde ejercerla. (...) En el mismo sentido, se había pronunciado esta Corporación en sentencia C-196 de 1994, al expresar:*

*‘... el Congreso goza de plenas atribuciones constitucionales para resolver en cada caso si crea una o unas determinadas sociedades de economía mixta o asociaciones, o si autoriza su constitución, siempre que **disponga de manera concreta y específica** cuál será su objeto, el régimen al cual estará o estarán sometidas y, si se trata de recursos provenientes directamente del tesoro de la Nación, determine el monto de los recursos públicos que habrán de llevarse como aporte o participación...’ (Magistrado Ponente, doctor José Gregorio Hernández Galindo)*

*En síntesis: **a la luz de la Constitución es inaceptable una autorización indefinida e ilimitada para crear** (...) sociedades de economía mixta. En consecuencia, se declarará inexecutable el último inciso del artículo 14. (...)*

*Además, obsérvese que la expresión utilizada por la norma ‘que se creen’, abre unas **posibilidades ilimitadas** en cuanto al número, la magnitud, la naturaleza, la composición del capital, etc. ¿Se crearán cien empresas, o un millar? ¿Cuál será el capital de cada una de ellas, y cuál la participación de la Nación en ese capital? ¿Cuántas serán empresas industriales y comerciales del Estado y cuántas sociedades de economía mixta? ¿Y cuál será el tipo de estas últimas: anónimas o de responsabilidad limitada? ¿Cuántos centenares de miles de millones o cuántos billones de pesos, podrá destinar la Nación a su participación en tales empresas? ¿Predominará en ellas el aporte privado o el público? ¿Habrá en ellas inversión extranjera, y en qué proporción frente a los aportes nacionales, y especialmente*

351 "Artículo 14.- La Nación podrá capitalizar, directa o indirectamente, a las entidades públicas del orden nacional. Dentro de dicha capitalización se podrán incluir los aportes que se efectúen o se hayan efectuado por parte de la Nación. Las capitalizaciones o cancelaciones de obligaciones que deba efectuar la Nación a entidades de derecho público, podrán realizarse mediante la liquidación de activos de la Nación. El Gobierno Nacional podrá participar como accionista en las empresas que se creen en desarrollo de los proyectos eléctricos del plan de expansión aprobado por el CONPES."

frente a los estatales? En fin, un mandato, porque nada menos es lo que contempla el artículo 150, numeral 7, **no podrá jamás conferirse en términos tan generales**, porque a la hora de exigir responsabilidades al mandatario no habrá manera de comprobar si se ciñó a él o se extralimitó.

Por todo lo anterior, también se declarará inexecutable el inciso tercero del artículo 14. Inciso que, además, **por la indeterminación de la autorización**, también quebranta el artículo 350 de la Constitución. No sobra anotar que, en el caso del inciso tercero, tampoco hay ley preexistente que decrete el gasto, pues no puede aceptarse que ésta sea precisamente la misma ley de Presupuesto.

A todo lo cual hay que agregar que el conferir la facultad para constituir empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta, es asunto que no se refiere a la misma materia que el Presupuesto. Tal autorización debe ser objeto de una ley, y no un artículo más o menos oculto en una ley cuya finalidad es diferente. Por este aspecto, el inciso tercero quebranta el artículo 158 de la Constitución. En casos como este, debe **primeramente** existir la ley que autorice la constitución de la sociedad; **después**, habiendo ley preexistente, se hará en el Presupuesto la apropiación correspondiente. Es lo que ordena el inciso segundo del artículo 346, al decir que en la Ley de Apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un gasto decretado conforme a la ley anterior”.³⁵² (Paréntesis textual. Se resalta).

La Sala acoge integralmente los criterios expuestos en la jurisprudencia transcrita, y estima que a pesar de ser anterior a la vigencia de la Ley 489 de 1998, las afirmaciones allí consignadas tienen plena validez y actualidad en la medida en que: *i*) Están referidos a la interpretación del numeral 7 del artículo 150 C.P., norma vigente; *ii*) Parten de la necesidad constitucional de ley previa que autorice la creación de una sociedad de economía mixta, tal como lo expuso la Sala en los puntos anteriores, y *iii*) La mención del artículo 8° del Decreto 1050 de 1968, norma derogada por la Ley 489, en nada altera el criterio sostenido, si se considera que el contenido material de dicha disposición coincide en lo esencial con los artículos 50, 97 y 98 de la Ley 489 de 1998. Es más, el artículo 50 ibídem, al señalar concretamente los requisitos que debe contener el acto de creación de una entidad pública, no deja duda de que dicho acto no puede ser general, sino específico respecto del tipo de entidad de que se trate.

Analizado lo relativo a la autorización necesaria para crear una sociedad de economía mixta, procederá la Sala a examinar el procedimiento legalmente establecido para organizar tales sociedades, que es igualmente relevante para los fines de este concepto.

352 Corte Constitucional, Sentencia C – 357 de 1994.

3.2. Las sociedades de economía mixta se constituyen por medio de escritura pública

De acuerdo con lo arriba expuesto, las sociedades de economía mixta, atendida su naturaleza societaria, no se crean unilateralmente por parte del Estado mediante un acto suyo, como podría ser una ley o una ordenanza. Es necesaria la celebración de un contrato de sociedad, en los términos del artículo 98 del C.Co., en el cual la administración, para poder suscribirlo, necesita de una autorización de la ley u ordenanza que, como se ha visto, debe ser especial y expresa para el tipo de sociedad de que se trate en particular. Sobre estos presupuestos, en el contrato constitutivo de la sociedad el Estado deberá manifestar tanto su ánimo de asociarse como el de hacer efectiva la participación económica mediante la suscripción de su aporte al capital social, en los montos autorizados igualmente por el legislador o la Asamblea Departamental.

Como dijo la Sala en el Concepto 506 de 1993 y se reitera en este, en el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta deberán señalarse las condiciones que para la participación del Estado contenga la disposición que autorice su creación; el carácter de nacional, departamental o municipal de la sociedad; así como su vinculación al organismo de la administración central que ejercerá la tutela sobre la sociedad (artículos 98 de la Ley 489 de 1998 y 462 del C.Co.).

Son elementos para la configuración de dicho contrato: a) El ánimo asociativo, es decir, la manifestación expresa de la voluntad de constituir sociedad con otros socios, lo cual, para el caso de la sociedad de economía mixta, debe constar inequívocamente en el acto que autoriza su constitución y en el contrato social; b) El aporte o suministro de bienes que, para el caso del Estado, deberá estar justificado con la respectiva apropiación presupuestal. El aporte podrá consistir, entre otros, en ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad o suscripción de los bonos que la misma emita, títulos mineros y para la explotación de recursos naturales, etc. (art. 100 de la Ley 489 de 1998); el Estado también podrá aportar concesiones (art. 463 del C. de Co.) y c) El ánimo de lucro, que es elemento característico de la finalidad de la sociedad.

De su regulación constitucional y legal, así como de la jurisprudencia constitucional sobre la materia³⁵³, la Sala extractó, en el Concepto 1921 del 23 de septiembre de 2008, las características principales de las sociedades de economía mixta, que se reiteran y precisan a continuación:

- i. Son entidades **autorizadas** por la ley, si son del orden nacional (Artículo, 150-7 C.P.), o por una ordenanza de la Asamblea si pertenecen al nivel departamental (Artículo, 300-7 *ibidem*) o por un acuerdo del Concejo si son de carácter municipal (Artículo, 313-6 *ibid.*);
- ii. Deben revestir forma societaria conforme al Código de Comercio;

³⁵³ Entre otras, además de las sentencias C – 629 de 2003 y C – 784 de 2004 ya citadas, pueden verse las sentencias C – 953 de 1999, C- 736 de 2007 y C- 910 de 2007.

- iii. Requieren de aportes tanto del Estado como privados en su capital;
- iv. Su objeto social consiste en desarrollar actividades industriales o comerciales y, por lo mismo, tiene ánimo de lucro;
- v. En principio se rigen por las reglas del derecho privado, salvo las excepciones legales, y
- vi. Están vinculadas a la administración como integrantes que son del sector descentralizado, y en consecuencia quedan sujetas a los controles administrativos correspondientes (Ley 489 de 1998, Artículos 103 y 105).

En consecuencia, la Sala reitera su doctrina³⁵⁴ en el sentido de que las sociedades de economía mixta de índole nacional, departamental o municipal, en forma alguna pueden ser calificadas como personas jurídicas de derecho privado dado que resulta por completo ajeno a la creación de tales sujetos de derecho privado la exigencia, por parte del ordenamiento jurídico, de una ley, ordenanza o acuerdo que de manera expresa y particular autorice su creación o la participación del Estado en esas personas jurídicas para su conversión.

4. Creación de entidades descentralizadas sin ánimo de lucro de carácter mixto

El artículo 96 de la Ley 489 de 1998 prevé la constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares en los siguientes términos:

“Artículo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes. Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

³⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos 2025 del 8 de septiembre de 2011 y 2217 del 22 de septiembre de 2014.

En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que de origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

a. Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;

*b. Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su **naturaleza** y forma de pago, con sujeción a las disposiciones **presupuestales y fiscales**, para el caso de las públicas;*

c. La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad;

*d. La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales **deben participar** representantes de las entidades públicas y de los particulares;*

e. La duración de la asociación y las causales de disolución”. (Se subraya).

Como se aprecia en la norma transcrita, la iniciativa para constituir las emerge, necesariamente, del Estado, y puede apuntar a “*la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas*”. Prescribe el artículo 96 de la Ley 489 que “Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.”

Cuando en aplicación del artículo 96 *ibidem* surjan personas jurídicas mixtas sin ánimo de lucro, dispone la ley que se sujetarán en su organización a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común, y que en el acto que les de origen se dispondrá sobre: los objetivos y actividades a cargo; los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas; la participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad; la integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares; la duración de la asociación y las causales de disolución.

En este sentido se evidencia que la Ley 489 de 1998 distingue para el caso de las personas jurídicas de participación mixta, la *norma* que autoriza su *creación del acto de organización*, tal como lo señaló la Sala en el Concepto 1815 de 2007 y ya fue explicado en este concepto en relación con la creación y constitución de las sociedades de economía mixta.

Ciertamente, la creación de una persona jurídica de participación mixta se enmarca en el campo de la estructura de la Administración que se modifica y aumenta al

entrar a formar parte de ella una entidad nueva por iniciativa de la Administración y con recursos provenientes del Estado, esto es, recursos públicos. Como se ha señalado, la definición de esa estructura es competencia reservada al Congreso, a las asambleas y a los concejos, a partir de una iniciativa que corresponde, en cada caso, al Ejecutivo del respectivo orden administrativo, tal como se expuso suficientemente en los acápite anteriores de este concepto.

En consecuencia, tratándose de una persona jurídica mixta de las previstas en la norma que se comenta, su creación ha de tener origen, necesariamente, en una entidad estatal ya existente, que concurre al acto con particulares, por lo que se está en presencia de una entidad descentralizada indirecta o de segundo grado. En esta hipótesis también se requiere de autorización estatal previa para cada caso: 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, según el párrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998. Al respecto, sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-230 de 1995, en la cual, expuso:

“Las referidas corporaciones y fundaciones de participación mixta han sido reconocidas en nuestro derecho como entidades descentralizadas indirectas, es decir, constituyen modalidades de la descentralización por servicios. Por lo tanto, son entes que poseen una vinculación con el Estado en cuanto participan en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquél al asociarse a ellas les entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos (...)”

En suma, el nacimiento de una entidad descentralizada indirecta sin ánimo de lucro de participación mixta exige, además de la disposición estatal que autoriza su creación, de un acto constitutivo que le dé origen (*acto de organización*), el cual debe reunir, como mínimo, los requisitos y condiciones estipulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Como lo dijo la Sala en el Concepto 1766 de 2006, en su carácter de entidades descentralizadas indirectas deberán adscribirse a un organismo o ente del sector central, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 489, pues la conexidad que debe existir entre el objeto de la misma y las funciones o cometidos de las entidades estatales que en ella participen, exigen un control de los organismos del nivel central, para de esta manera garantizar la coherencia de los proyectos que estas desarrollen con la política del sector al cual pertenezcan (Ley 489 de 1998, artículos 103 y 105). Lo anterior, sin perjuicio del control que se ejerza a través de la participación de las entidades públicas en la dirección de la fundación mixta en los términos del artículo 109 de la Ley 489 de 1998, en concordancia con el artículo 96 *ibídem*. Así mismo, la entidad descentralizada indirecta sin ánimo de lucro de participación mixta estará sujeta a las reglas presupuestales y de control fiscal propias de tales entidades.

De manera general debe recordarse que los artículos 345, 346 y 347 C.P., ordenan que en tiempo de paz no podrá hacerse erogación alguna con cargo al tesoro público que no esté incluida en el presupuesto de gastos o ley de apropiaciones, como tampoco podrá percibirse ingreso que no figure en el presupuesto de rentas; que

en la ley de apropiaciones no podrán incluirse sino las partidas que correspondan a créditos judicialmente reconocidos, a gastos decretados conforme a ley anterior o a gastos propuestos por el gobierno para la debida atención de las ramas del poder público, el servicio de la deuda o el plan de desarrollo; y que el proyecto de ley de apropiaciones debe contener la totalidad de los gastos proyectados para la vigencia correspondiente. En concordancia con lo anterior, el artículo 353 C.P., dispone que los principios y disposiciones en materia presupuestal se aplicarán a las entidades territoriales para la elaboración, aprobación y ejecución del presupuesto.

Por su parte, el artículo 105 de la Ley 489 de 1998 dispone que el presupuesto anual de las entidades descentralizadas debe “someterse a los trámites y aprobaciones señalados en la Ley Orgánica del Presupuesto”. Así las cosas, la entidad territorial que concurre al acto de constitución de la entidad descentralizada indirecta sin ánimo de lucro de participación mixta, debe observar todas las reglas presupuestales que le permitan realizar el aporte a la nueva persona jurídica mixta, con cargo a la apropiación correspondiente en el presupuesto de la entidad territorial. Y una vez constituida y en funcionamiento la entidad descentralizada, debe observar el citado artículo 105 de la Ley 489.

En cuanto al control fiscal, el artículo 267 CP dispone que corresponde a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación, la cual es de carácter posterior e incluye un ejercicio de control financiero y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

Por su parte, la Ley 42 de 1993, “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, indica que entre los sujetos de control fiscal se encuentran “las sociedades de economía mixta, las empresas industriales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y **cualquier otro tipo de organización** o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con estos” (Artículos 2 y 49. Resalta la Sala).

El control fiscal se define como una función pública de vigilancia de “la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles”, la cual se ejerce por parte de “la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales” (artículo 4).

En tal sentido, el Contralor General de la República cuenta con la atribución de “exigir informes sobre su gestión fiscal a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación” (artículo 268 CP), así como también cuentan con esta facultad, dentro del ámbito de su jurisdicción, los contralores departamentales, distritales y municipales (artículo 271 CP). Encuentra la Sala que de manera general las fundaciones de carácter mixto son sujetos de vigilancia fiscal. Al respecto dispone el Decreto Ley 267 de 2000:

“Artículo. 4º- Sujetos de vigilancia y control fiscal. Son sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República: (...) 11. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones mixtas cuando quiera que administren recursos de la Nación”

En consecuencia, las entidades descentralizadas indirectas sin ánimo de lucro de participación mixta están en el ámbito del derecho público, hacen parte de la estructura de la Administración sujetas a los controles correspondientes (Artículos 103, 105 y 109, Ley 489), y a las reglas presupuestales y de control fiscal propias de tales entidades, según se ha explicado y, por lo mismo, no pueden ser consideradas como personas jurídicas privadas. En tal sentido cobra vigencia la siguiente consideración doctrinal:

“(...) resulta necesario tener presente que en el ámbito del Estado social y democrático de derecho, las fórmulas organizativas no son expresiones huecas de contenido o simplemente neutras; por ello, habrá de dilucidarse, en casos específicos, si una fórmula institucional entre varias constitucional y jurídicamente posibles, resulta más apropiada para alcanzar los propósitos, cometidos y finalidades conforme a los principios de la actividad estatal o para la garantía y preservación de los derechos fundamentales de los asociados.

(...) En fin, en la escogencia de modalidades institucionales y los consecuentes regímenes de derecho de derecho privado, debe constatarse que la utilización de los mismos no se encamine a ‘huir’ de manera indebida de la preceptiva juspublicista a la búsqueda de un ‘refugio’ para evadir el régimen de imperativo cumplimiento y los controles propios de la gestión pública. Al respecto cabe recordar que todo bien público conserva esa naturaleza sin importar el régimen jurídico que se aplique a la actividad a la cual se encuentre afectado y la actividad de derecho público se preserva como tal a pesar de la fisonomía jurídica del gestor”³⁵⁵.

Conforme a lo expuesto las entidades descentralizadas indirectas sin ánimo de lucro de participación mixta no podrán ser calificadas como personas jurídicas de derecho privado, dado que resulta por completo ajeno a la creación de sujetos de derecho privado la exigencia de una ley, ordenanza o acuerdo que de manera expresa y particular autorice su creación o la participación del Estado en esas personas jurídicas, así como la observancia de reglas presupuestales públicas o la vigilancia fiscal de sus actividades, toda vez que en las personas jurídicas de derecho privado jamás podrá haber aporte alguno del Estado, criterio recientemente reiterado por la Sala en el Concepto 2217 del 11 de septiembre de 2014.

Las entidades descentralizadas indirectas de participación mixta tampoco podrán asimilarse a las sociedades de economía mixta, no solo por la evidente circunstancia fáctica y jurídica de tener una tipología legal diferente, razón por sí sola suficiente si se considera el efecto útil de la ley que realiza la distinción, sino por i) su naturaleza jurídica predeterminada en la ley (la una como fundación y la otra como sociedad

³⁵⁵ TAFUR GALVIS, Álvaro. “Constitución política y potestad organizatoria”. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2011.

comercial), y ii) por su finalidad y objeto, que en el caso de la fundación es sin ánimo de lucro y corresponde a un cometido estatal de interés público asignado a la entidad pública constituyente, en tanto que para la sociedad de economía mixta su objeto consiste en desarrollar una **actividad industrial y/o comercial y, por lo mismo, tiene ánimo de lucro.**

Los criterios expuestos en precedencia servirán para analizar si conforme a la tipología normativa prevista en la Ley 30 de 1992 para las instituciones que prestan el servicio público de educación superior, resulta posible la creación y reconocimiento de instituciones de educación superior de carácter mixto y asemejarlas a las sociedades de economía mixta, para de esta manera proceder a resolver las preguntas planteadas en la consulta.

H. El servicio público de educación superior y las instituciones que lo prestan en la Constitución Política de 1991

El artículo 67 de la Constitución Política consagra la educación como un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social, con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura, así como la formación de las personas en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia, en la práctica del trabajo, en el mejoramiento cultural, científico y tecnológico y en la protección del ambiente.

En el mismo artículo, la Constitución le otorga al Estado la obligación de regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, el cumplimiento de sus fines y la formación moral, intelectual y física de los educandos. Igualmente se dispone que la Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales en los *“términos que señalen la Constitución y la ley”*. Por su parte, el artículo 69 de la Carta, garantiza la autonomía universitaria y el acceso de todas las personas aptas a la educación superior, así:

“Artículo 69.- Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado.

“El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo. El Estado facilitará los mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas para la educación superior.”

Como puede advertirse sin dubitación, la Carta Política defiere a la ley el establecimiento del régimen jurídico de las universidades, en particular de las del Estado.

1. Ley 30 de 1992³⁵⁶, por la cual se organiza el servicio público de Educación Superior, norma especial y prevalente

En concordancia con los postulados constitucionales la Ley 30 de 1992 estableció que la educación superior es un servicio público cultural, inherente a la finalidad social del Estado, desarrolló la autonomía constitucionalmente reconocida a las universidades y reorganizó este servicio con miras a evitar la proliferación de instituciones de carácter oficial que no respondían académica ni financieramente a las necesidades y capacidad de la Nación y los entes territoriales, proceso que se había iniciado con el Decreto Ley 80 de 1980, tal como lo recordó la Sala en el Concepto 1886 de 2008.

Por tanto, la Ley 30 de 1992 es el estatuto básico u orgánico al cual que deben ceñirse las instituciones de educación superior estatales u oficiales, tal como lo dispone el artículo 61 de esa ley:

“Artículo 61. Las disposiciones de la presente ley relativas a las instituciones estatales u oficiales de educación superior, constituyen el estatuto básico u orgánico y las normas que deben aplicarse para su creación, reorganización y funcionamiento. A ellas deberán ajustarse el estatuto general y los reglamentos internos que debe expedir cada institución. Aquellos establecerán cuáles de sus actos son administrativos y señalarán los recursos que proceden contra los mismos”.

De esta manera, en aplicación del principio de legalidad cuando una autoridad del orden nacional o territorial pretenda satisfacer una necesidad pública en materia de educación superior y opte por la creación u organización de una institución estatal de educación superior, deberá acudir a las reglas específicas que para el efecto prevé la Ley 30 de 1992, en particular respecto a la tipología que esa misma ley dispone para tales instituciones.

2. Tipología de las instituciones de educación superior en la Ley 30 de 1992

El artículo 16 de esta Ley clasifica las instituciones de educación superior en tres categorías: “a) *Instituciones técnicas profesionales*. b) *Instituciones universitarias o escuelas tecnológicas* y, c) *Universidades*”.³⁵⁷ Por su parte, el artículo 23 de la Ley 30 de 1992 establece que: “Por razón de su **origen**, las instituciones de Educación Superior se clasifican en: *Estatales u Oficiales, Privadas y de Economía Solidaria*”.

³⁵⁶ Diario Oficial 40.700 del 29 de diciembre de 1992.

³⁵⁷ La Ley 115 de 1994, por la cual se expidió la Ley General de Educación, dispone adicionalmente: “**Artículo 213.- Instituciones tecnológicas.** Las actuales Instituciones Tecnológicas y las que se reconozcan con arreglo a ley son Instituciones de Educación Superior. Estas instituciones están facultadas legalmente para ofrecer programas de formación en ocupaciones, programas de formación académica en disciplinas y programas de especialización en sus respectivos campos de acción.

A los títulos que expidan por los programas ofrecidos se les antepondrá la denominación de “Técnico Profesional en...”, si se refiere a ocupaciones. Si hacen relación a disciplinas académicas, al título se le antepondrá la denominación de “Tecnólogo en...”.

Las instituciones tecnológicas tendrán un representante en el Consejo Nacional de Educación Superior - CESU- que será escogido de acuerdo con lo dispuesto por el reglamento que expida el Gobierno Nacional.

Para todos los efectos de la Carrera Administrativa se tendrá en cuenta el cargo y el Título de Tecnólogo.

Se deroga el [Artículo 139](#) de la Ley 30 de 1992”.

(Resalta la Sala). Nótese como en la tipología prevista en la ley para las instituciones de educación superior no se aprecia la posibilidad del origen mixto de las mismas. No obstante, podría pensarse que al establecer la tipología específica de las de carácter estatal u oficial, allí podrían encontrarse este tipo de instituciones. Al respecto, el artículo 58 de la Ley 30, dispone:

*“Artículo 58.- La creación de universidades estatales u oficiales y demás instituciones de educación superior **corresponde** al Congreso Nacional, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales o a los Concejos Municipales, o a las entidades territoriales que los creen, con el cumplimiento de las **disposiciones de la presente ley**. Al proyecto de creación debe acompañarse por parte del Gobierno un estudio de factibilidad socioeconómico aprobado por el Ministerio de Educación Nacional, previo concepto favorable del Consejo Nacional de la Educación Superior (CESU)”. (Negrilla fuera de texto).*

Como puede apreciarse existe perfecta armonía entre la norma transcrita y lo expuesto en este concepto sobre la creación de una entidad estatal, en los términos de los artículos 150-7 y 300-6 CP, en el sentido de que la Constitución Política ha determinado que las entidades y organismos públicos únicamente pueden ser creados por decisión del Estado, jamás por decisión de los particulares. Igualmente, es claro que el ejercicio de la potestad de creación de una institución de educación superior estatal u oficial debe observar las disposiciones de la Ley 30 de 1992, en particular la tipología que ella ha establecido, dada su especialidad en la materia, de donde se sigue su carácter prevalente. Sobre la naturaleza jurídica de las instituciones de educación superior estatales u oficiales, esa Ley ordenó:

“Artículo 57. Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo.

Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: Personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden.

El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales, comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud, de acuerdo con la presente ley .

*Parágrafo. Las instituciones estatales u oficiales de Educación Superior que no tengan el carácter de universidad según lo previsto en la presente ley, **deberán organizarse como Establecimientos Públicos del orden Nacional, Departamental, Distrital o Municipal.**”(Negrilla fuera de texto).*

De conformidad con lo expuesto, la Sala arriba a las siguientes conclusiones:

- a. Las instituciones estatales u oficiales de educación superior solo pueden tener la naturaleza de entes universitarios autónomos – universidades estatales, y las que no tengan ese carácter serán establecimientos públicos³⁵⁸ del orden nacional, departamental o municipal;
- b. Dada su naturaleza de entes universitarios autónomos o establecimientos públicos, tales entidades únicamente pueden ser creadas por iniciativa y decisión del Estado, mediante ley, ordenanza o acuerdo, según el caso;
- c. En la tipología prevista en la Ley 30 de 1992 para que el Estado cree y organice una institución de educación superior, no se previó la posibilidad de que el Estado preste ese servicio público en asocio o concurrencia con los particulares. La decisión legislativa vigente es que la prestación del servicio público de educación superior corresponda directamente al Estado a través de entes universitarios autónomos o establecimientos públicos, o a los particulares a través de universidades privadas o de economía solidaria (Artículos 23, 57, 58 y 96 de la Ley 30);
- d. La decisión legislativa de que los particulares no sean consocios del Estado para la prestación del servicio público de educación superior, explica la razón por la cual no se incluye dentro de la tipología de la Ley 30 de 1992 relativa a las universidades estatales u oficiales, a instituciones de educación superior mixtas y mucho menos sociedades de economía mixta o fundaciones de carácter mixto, como posibles prestadoras del mencionado servicio;
- e. A pesar de la naturaleza estatal de las sociedades de economía mixta y las fundaciones de carácter mixto, en ningún caso pueden ser asimiladas a los entes universitarios autónomos o a los específicos establecimientos públicos que prestan el servicio de educación superior, toda vez que como se ha expuesto en este concepto, la Ley 489 de 1998 ha establecido que tales sociedades o fundaciones tienen naturaleza, objeto y fines diferentes;
- f. Podría plantearse la hipótesis de que en vigencia de la Ley 30 de 1992, el Congreso de la República expidiera una ley que autorizara la creación de una persona jurídica mixta para prestar el servicio público de educación superior. En los términos expuestos por la Sala en este concepto se estaría en presencia de una entidad *atípica* frente a lo previsto en la Ley 30 de 1992, sin perjuicio del examen concreto de constitucionalidad de la hipotética ley.

358 Ley 489 de 1998, Artículo 70. Los establecimientos públicos son organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del Derecho Público, que reúnen las siguientes características:

a. Personería jurídica;

b. Autonomía administrativa y financiera;

c. Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes, el producto de impuestos, rentas contractuales, ingresos propios, tasas o contribuciones de destinación especial, en los casos autorizados por la Constitución y en las disposiciones legales pertinentes”.

Lo que no resulta posible mientras la Ley 30 esté vigente, es que una entidad territorial tenga la competencia para autorizar mediante ordenanza o acuerdo la creación de una persona jurídica de carácter mixto para prestar el servicio público de educación superior, bien sea sociedad o fundación, toda vez que en virtud del principio de jerarquía normativa dicha competencia solo puede ejercerse válidamente si la institución de educación superior del nivel territorial tiene la naturaleza de ente universitario autónomo o establecimiento público, por expreso mandato de los artículos 23, 57, 58 y 61 de la Ley 30 de 1992, en concordancia con los artículos 69, 209, 210 y 300-7 CP.

Recuerda la Sala que con la expedición de la Ley 30 de 1992, se reguló integralmente la educación superior y que, en los precisos términos del Legislador, constituye el estatuto básico y general aplicable a todas las instituciones de educación superior de carácter estatal u oficial (artículo 61), cuyo régimen en materia de organización exige a las que no tengan el carácter de ente universitario autónomo, la obligación legal de constituirse como establecimientos públicos del orden nacional, departamental, distrital o municipal (artículo 57), sin que en manera alguna se prevea la posibilidad de la existencia de instituciones de educación superior mixtas (artículo 23), en ninguno de esos niveles.

No escapa a la Sala que la necesidad de una reforma legislativa para permitir la prestación del servicio público de educación superior por personas jurídicas mixtas, fue considerada en su momento en el proyecto de ley que para tal fin se presentó al Congreso de la República en el año 2011. Ciertamente, se observa en lo que fue el proyecto de ley 112 de 2011, lo siguiente³⁵⁹:

“Artículo 9. El Sistema de Educación Superior está conformado por el conjunto de entidades, instituciones, órganos y demás personas naturales y jurídicas públicas, privadas y mixtas que interactúan entre sí y con la sociedad para el desarrollo de la Educación Superior en el país, con políticas y normas definidas y diversidad de recursos”.

Por su parte, se proponía en el artículo 20 del proyecto:

“Artículo 20. Por razón del origen de sus recursos, las Instituciones de Educación Superior serán estatales, privadas o mixtas.

Las estatales o mixtas se someterán a lo dispuesto en esa ley y demás normativa aplicable y serán constituidas por ley, ordenanza o acuerdo que garantice los recursos para su funcionamiento, previo concepto favorable del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o de la Secretaría de Hacienda de la entidad territorial respectiva...”.

³⁵⁹ Recuperado de <http://mineducacion.gov.co/cvn>. Consultada el 19 de mayo de 2015.

Si bien en la exposición de motivos no se revelaban las razones para incluir a las instituciones de educación superior mixtas, en lo que se denominó “mesas de diálogo con estudiantes” se aprecia la siguiente mención³⁶⁰:

“Bogotá, 27 de octubre de 2011. MEN. Desde las 8:30 a.m. de este jueves 27 de octubre, la ministra de Educación, María Fernanda Campo; y el viceministro de Educación Superior, Javier Botero Álvarez, lideraron la quinta mesa de diálogo entre el Ministerio de Educación y los estudiantes para escuchar a los jóvenes frente a la reforma a la educación superior. Durante el encuentro, en el que participaron cerca de 10 personas, entre estudiantes y directivos de instituciones de educación superior, y donde se recibieron más de 30 preguntas y comentarios a través de las redes sociales, se habló sobre la polémica que ha suscitado el proyecto de Ley frente a la creación de instituciones de educación superior mixtas y su relación con la privatización y el ánimo de lucro. Al respecto, el viceministro Botero reiteró que producto de las mesas de diálogo que se han realizado, se acordó llevar la propuesta al Congreso de dejar explícito lo que significa una institución de educación superior mixta, así como dejar claro, también, que las universidades públicas, no podrán convertirse en instituciones mixtas. “El proyecto de Ley deja claro que las instituciones privadas serán sin ánimo de lucro y que a las instituciones de educación superior mixtas se les aplicará el régimen de las privadas, es decir, sin ánimo de lucro”, puntualizó Botero”.

De las previsiones del proyecto de ley, así como de las discusiones que la iniciativa generó, nuevamente se evidencia que a la luz de la Ley 30 de 1992 no es jurídicamente viable la existencia de instituciones de educación superior de origen o naturaleza mixta, al punto que se requería de dicha reforma legislativa para permitir su participación en el servicio público de educación superior.

Y, se reitera, a pesar de la naturaleza estatal de las sociedades de economía mixta y las fundaciones de carácter mixto, en ningún caso pueden ser asimiladas a los entes universitarios autónomos o a los específicos establecimientos públicos que prestan el servicio de educación superior, toda vez que como se ha expuesto en este concepto, la Ley 489 de 1998 ha establecido que tales sociedades o fundaciones tienen naturaleza, objeto y fines diferentes.

I. Recomendaciones de la Sala: Competencias del Ministerio de Educación Nacional frente a la prestación del servicio de educación superior por una persona jurídica de participación mixta

Ante la imposibilidad legal de que el servicio público de educación superior sea prestado por una persona jurídica mixta (bien sea sociedad o fundación) en los términos expuestos en este concepto, estima la Sala que en el evento de verificarse tal situación en la realidad fáctica, la Ley 1740 de 2014 permite al Ministerio de Educación Nacional (MEN), ejercer las competencias allí establecidas para la prestación regular de dicho servicio.

³⁶⁰ <http://www.mineducacion.gov.co/cvni/1665/w3-article-287432.html>. Consultado el 1 de junio de 2015

Esa ley “por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 67 y los numerales 21, 22 y 26 del artículo 189 de la Constitución Política, se regula la inspección y vigilancia de la educación superior, se modifica parcialmente la Ley 30 de 1992 y se dictan otras disposiciones”, prevé que su finalidad es establecer las normas de la inspección y vigilancia de la educación superior en Colombia, para velar por la calidad de este servicio público, su continuidad, la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos, el cumplimiento de sus objetivos, el adecuado cubrimiento del servicio y porque en las instituciones de educación superior sus rentas se conserven y se apliquen debidamente, garantizando siempre la autonomía universitaria constitucionalmente establecida (Ley 1740, artículo 1).

En cuanto a la inspección y vigilancia se prevé que será de carácter preventivo y sancionatorio y se ejercerá para velar por los siguientes objetivos: “1. El cumplimiento de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la prestación o administración del servicio público de educación por parte de las instituciones de educación superior; 2. El cumplimiento de los estatutos y reglamentos de las instituciones de educación superior y del régimen legal especial, si lo hubiere” (artículo 3). De esta manera, observa la Sala que la Ley 1740 de 2014 dispone las siguientes funciones de vigilancia:

“Artículo 9°. Funciones de vigilancia. En ejercicio de la facultad de vigilancia de las instituciones de educación superior, el Ministerio de Educación Nacional, podrá: (...)

5. Verificar que las actividades se desarrollen dentro de la ley, los reglamentos y los estatutos de la institución de educación superior y solicitar la cesación de las actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico o a los estatutos.

6. Solicitar la rendición detallada de informes respecto de las decisiones adoptadas en temas relativos a su situación jurídica, contable, financiera y administrativa, o en aspectos relacionados con las condiciones de calidad establecidas en la normatividad vigente.

7. Hacer acompañamiento a la institución de educación superior, para la implementación de medidas encaminadas al restablecimiento de la continuidad del servicio o el mejoramiento de su calidad...”

Por su parte, el artículo 10 de la mencionada ley dispone una serie de medidas preventivas que puede adoptar el MEN para garantizar que el servicio público de educación superior se preste de conformidad con la normatividad vigente, a saber:

“Artículo 10. Medidas preventivas. El Ministerio de Educación Nacional, en ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia de la educación superior, podrá adoptar, mediante acto administrativo motivado, una o varias de las siguientes medidas de carácter preventivo, con el fin de promover la continuidad del servicio, el restablecimiento de la calidad, el adecuado uso de las rentas o bienes de las instituciones de educación superior de conformidad con las normas constitucionales,

legales y reglamentarias, o la superación de situaciones que amenacen o afecten la adecuada prestación del servicio de educación o el cumplimiento de sus objetivos, sin perjuicio de la investigación y la imposición de las sanciones administrativas a que haya lugar:

1. Ordenar la presentación y adopción de planes y programas de mejoramiento encaminados a solucionar situaciones de irregularidad o anormalidad y vigilar la cumplida ejecución de los mismos, así como emitir las instrucciones que sean necesarias para su superación. (...)

4. Señalar condiciones que la respectiva institución de educación superior deberá atender para corregir o superar en el menor tiempo posible irregularidades de tipo administrativo, financiero o de calidad que pongan en peligro el servicio público de educación”.

Observa la Sala que las normas transcritas otorgan instrumentos al Ministerio de Educación Nacional para superar situaciones fácticas o jurídicas que afecten la prestación del servicio público de educación superior, sin que se desconozcan las expectativas legítimas de los educandos al haberse matriculado en una institución aquejada por tales situaciones.

Con base en las consideraciones anteriores,

LA SALA RESPONDE:

“2. Puede el Ministerio de Educación Nacional reconocer instituciones de Educación Superior de naturaleza diferente a las previstas en la Ley 30 de 1992, y asemejarlas a las sociedades de economía mixta?”

En la tipología de la Ley 30 de 1992 para que el Estado cree y organice una institución de educación superior, no se contempló la posibilidad de que preste ese servicio público en asocio con los particulares. La decisión legislativa vigente es que la prestación del servicio público de educación superior corresponda directamente al Estado a través de entes universitarios autónomos o específicos establecimientos públicos, o a los particulares a través de personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro que incluyen por supuesto las de economía solidaria.

Las instituciones estatales u oficiales de educación superior solo pueden tener la naturaleza de entes universitarios autónomos (universidades estatales), y las que no tengan ese carácter, serán establecimientos públicos del orden nacional, departamental o municipal. Tales entidades únicamente pueden ser creadas por decisión del Estado, mediante ley, ordenanza o acuerdo, según el caso.

A pesar de la naturaleza estatal de las sociedades de economía mixta, en ningún caso pueden ser asimiladas a los entes universitarios autónomos o a los específicos establecimientos públicos que prestan el servicio de educación superior, toda vez que, como se ha expuesto en este concepto, la Ley 489 de 1998 ha establecido que

tales sociedades tienen naturaleza, objeto y fines diferentes por cuanto desarrollan actividades industriales o comerciales con ánimo de lucro.

“4. El Departamento de Casanare y otras entidades territoriales pueden crear instituciones de Educación Superior de carácter mixto no contempladas en la Ley 30 de 1992?”

Conforme a la respuesta anterior, no es posible crear instituciones de carácter mixto de educación superior, toda vez que la Ley 30 de 1992 no previó esa posibilidad. En vigencia de la Ley 30 de 1992, las entidades territoriales no tienen competencia para autorizar mediante ordenanza o acuerdo la creación de una persona jurídica de carácter mixto para prestar el servicio público de educación superior, bien sea sociedad o fundación. En efecto, en virtud del principio de jerarquía normativa, dicha competencia solo puede ejercerse válidamente si la institución de educación superior del nivel territorial se crea como ente universitario autónomo o establecimiento público, en los términos de los artículos 23, 57, 58 y 61 de la Ley 30 de 1992, y en concordancia con los artículos 69, 209, 210 y 300, numeral 7, de la Constitución Política.

“1. Una institución de Educación Superior, creada y reconocida como institución de Educación Superior de carácter privado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 30 1992, está facultada para recibir recursos públicos? Y por ello, ser sujeto de control y revisión por parte de los entes de control del Estado?”

“3. La Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano-UNITROPICO-es de naturaleza pública o privada, atendiendo a que la misma ha recibido recursos públicos del Departamento de Casanare?”

La Sala debe declararse inhibida en relación con estas preguntas de conformidad con la aclaración previa expuesta en las consideraciones de este concepto.

Remítase al Ministro de Educación Nacional 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. Estampilla Pro Universidad de La Guajira.

Radicado 2256

Fecha: 09/07/2015

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Levantamiento de la reserva mediante oficio del 25 de agosto de 2015

La Ministra de Educación Nacional consulta sobre la posibilidad de que la Asamblea del departamento de La Guajira pueda establecer como hechos generadores de la estampilla prevista por la Ley 71 de 1986, ciertas actividades relacionadas con los contratos en que no sean parte ni el departamento ni los municipios que lo conforman.

I. Antecedentes

Explica la Ministra que la Ley 71 de 1986 autorizó al departamento de La Guajira para que dentro de su territorio estableciera la estampilla Pro Universidad de La Guajira, y que con fundamento en dicha norma la Asamblea Departamental ha expedido las ordenanzas 330 de 2011, 336 de 2012 y 388 de 2014 que regulan su aplicación y cobro. Anota que en el Tribunal Administrativo de La Guajira cursa un proceso de nulidad contra las ordenanzas 330 de 2011 y 336 de 2012 y que uno de los cargos de las demandas consiste en que la Asamblea estableció como hechos generadores los pagos originados en contratos privados *“lo que vulnera el artículo 6 de la Ley 71 de 1986 que exige la intervención de funcionarios públicos en los actos gravados con los tributos”*.

Finalmente, formula la siguiente **PREGUNTA**:

“¿Podría la Asamblea Departamental de La Guajira formular como hecho generador de la estampilla Pro Universidad de La Guajira, el registro ante esta entidad territorial, de contratos que hayan sido celebrados entre particulares, previamente definidos por dicha Asamblea?”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Ante la posibilidad de que el problema jurídico de la consulta y lo debatido en los procesos de nulidad contra las ordenanzas aludidas sea similar, el Consejero Ponente mediante auto para mejor proveer dispuso:

“1. Se oficie al Tribunal Administrativo de La Guajira para que en el término tres (3) días hábiles contados desde el día siguiente al recibo de la correspondiente comunicación, remita copia de los expedientes en donde reposan las acciones de nulidad contra las Ordenanzas 330 de 2011 y 336 de 2012 que regulan la estampilla

Pro Universidad de La Guajira. Asimismo, para que dicho tribunal certifique si ha sido demandada la nulidad de las ordenanzas 383 y 388 de 2014 y de ser así remita copia de la actuación.

2. Se oficie a la Asamblea Departamental de La Guajira para que en el término de tres (3) días contados desde el día siguiente al recibo de la correspondiente comunicación, remita copia de las Ordenanzas 330 de 2011, 336 de 2012, 383 de 2014 y 388 de 2014.

3. Se oficie a la Secretaría de la Sección Cuarta de esta Corporación para que en el término de tres (3) días contados desde el día siguiente al recibo de la correspondiente comunicación, remita copia del auto de 5 de junio de 2014 que suspendió provisionalmente algunos artículos de la Ordenanza 330 de 2011 proferida por la Asamblea Departamental de La Guajira.”

En respuesta a lo solicitado, el Secretario de la Sección Cuarta de la Corporación, mediante oficio 1180 del 2015, informó que el 12 de marzo del año que transcurre la Sección confirmó el auto del 25 de junio de 2014 dictado por el Tribunal Administrativo de La Guajira que suspendió los artículos 278, 282 y 283 numeral 4 de la Ordenanza 330 de 2011 y los artículos 4, 5 parcial y 7 de la Ordenanza 336 de 2012.

Por otra parte, mediante oficio 1016 del 16 de junio de 2015, la Secretaria del Tribunal Administrativo de La Guajira puso en conocimiento de la Sala que en la actualidad cursan 5 procesos en contra de las ordenanzas 330 de 2011 y 336 de 2012 que regulan la estampilla Pro Universidad de La Guajira.³⁶¹

Revisados los expedientes cuyas copias fueron remitidas a esta Sala, se observa que en las respectivas demandas se acusa la violación de la Ley 71 de 1986 por cuanto se considera que la Asamblea Departamental de La Guajira desbordó sus competencias al establecer como hechos generadores de la estampilla “actos y operaciones” relacionados con contratos privados, cuando quiera que la ley solo prevé su aplicación en aquellos donde intervienen funcionarios públicos.³⁶² Al respecto, se advierte que la Sala ha entendido que no es procedente pronunciarse sobre asuntos que versen sobre la misma materia o una sustancialmente conexas a aquella que esté sometida a una decisión jurisdiccional.

Se ha sostenido que la función consultiva no puede ejercerse sobre controversias que se encuentran pendientes de ser resueltas judicialmente por haberse iniciado un proceso para su definición.³⁶³

Así las cosas se observa que las decisiones judiciales pendientes en los procesos contra varias ordenanzas que regulan la estampilla Pro Universidad de La Guajira

361 Expedientes: 2012-00066, 2012-00072, 2012-00074, 2014-00090 y 2014-00103.

362 Demanda de Alfredo Lewin expediente 2012-00072. Ver también: demanda de Andrés González Becerra expedientes 2012-00074 y 2014-00103, demanda de Lucy Cruz de Quiñonez expediente 2014-00090 y demanda de Carbones Colombianos del Cerrejón expediente 2012-00066.

363 Ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Pronunciamiento del 31 de octubre de 2012. Radicación Interna 2129 y pronunciamiento del 9 de abril de 2014. Radicación Interna 2196.

se referirán a la interpretación de la Ley 71 de 1986 en lo atinente a la posibilidad de consagrar como hechos generadores actividades y operaciones relacionadas con contratos que hayan sido celebrados entre particulares; forzoso es concluir entonces que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado no puede emitir el concepto solicitado.

Remítase a la Ministra de Educación Nacional 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.

6. Revocatoria directa. Restitución de tierras. Registro de tierras despojadas o abandonadas forzosamente.

Radicado 2220

Fecha: 19/02/2015

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

Levantamiento de la reserva mediante auto del 4 de septiembre de 2015

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural consulta a la Sala acerca de si la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas puede revocar directamente el acto de inclusión en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, en un marco de justicia transicional pro-víctima.

I. Antecedentes

En el escrito de la consulta, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. La Ley 1448 de 2011³⁶⁴ reconoce el derecho a la reparación integral de las víctimas del conflicto armado interno a través de distintos mecanismos, entre los que se encuentra la restitución de las tierras que han sido abandonadas o despojadas.

2. Con este propósito, la señalada ley estableció un procedimiento compuesto por dos etapas o fases:

i) Una primera etapa de naturaleza administrativa a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (UAEGRTD) dirigida a incluir los predios en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente. Esta primera fase se divide a su vez en varias subetapas consistentes en: a) un análisis previo de la solicitud de registro, b) el inicio formal del estudio del caso, c) una etapa probatoria, y d) la decisión de incluir al bien o la persona en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente.

ii) La segunda etapa del procedimiento es de naturaleza judicial y se encuentra a cargo de los jueces especializados en restitución de tierras, los cuales a través de una sentencia se pronuncian acerca de la demanda o solicitud de restitución. En este contexto, la etapa judicial se divide en las siguientes sub-etapas:

a) En caso de haberse realizado la inscripción en el Registro, la Unidad o la víctima, directamente o través de un abogado, presenta la demanda o solicitud de

³⁶⁴ "Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones".

restitución ante el Juez Civil del Circuito especializado en restitución de tierras del lugar donde esté ubicado el predio.

b) Si no hay personas que se opongan a la reclamación, el juez dictará sentencia. Por el contrario, si al proceso se presentan personas que se oponen a la solicitud de restitución, estos tendrán la oportunidad de presentar pruebas. En este caso, la controversia será resuelta por el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil, especializado en restitución de tierras.

c) El Juez o Tribunal, según corresponda, dictará sentencia en un plazo máximo de 4 meses.

3. Señala el Ministerio que es posible que una vez expedido el acto administrativo de inclusión en el Registro y notificada esa decisión al interesado, se advierta que el proceso de restitución ha sido manipulado por personas mal intencionadas, situación que claramente modificaría el sentido del mencionado acto administrativo.

4. Ante una situación como la expuesta, la solución sería la revocatoria del propio acto administrativo por parte de la Unidad, para lo cual se exige del previo consentimiento del interesado, y ante la falta de este, correspondería a la autoridad proceder a demandar el mismo, a efectos de que la jurisdicción contenciosa administrativa declare la pérdida de validez del acto.

5. En opinión del Ministerio consultante, en un ámbito tan particular como el planteado en la Ley 1448 de 2011, el uso de esta posibilidad legal podría significar una afectación del proceso ágil y especial dispuesto a ese propósito, que va en menoscabo el principio de seguridad jurídica. Igualmente, se generaría un desgaste excesivo de la capacidad institucional de las autoridades con competencias en la gestión de restitución y los jueces y magistrados especializados.

6. Lo anterior en virtud de que una acción de lesividad en contra del acto administrativo producido por la Unidad, que culmine con la nulidad de dicha actuación, de darse la hipótesis planteada, genera consecuencias tales como:

i) Para el momento en que se produzca la decisión que culmine la acción contenciosa, el caso de restitución que se encuentra ante los jueces especializados ya habrá finalizado al punto de contar con sentencia dictada por los jueces o magistrados, en un tiempo sumamente breve –4 meses. Por lo tanto, aunque concluya el proceso contencioso con la nulidad del acto, tal decisión, además de producirse bastante tiempo después de la sentencia de los jueces o magistrados especializados, afectará la decisión impartida por estos últimos, lo cual se traduce en una grave afectación al principio de la seguridad jurídica de las decisiones adoptadas por la justicia especializada en restitución.

ii) Asimismo, demandar el acto conllevaría un desgaste de la actividad de los operadores judiciales de restitución y un desperdigamiento de esfuerzos institucionales de las autoridades competentes.

iii) Igualmente, la situación generaría una pérdida de concentración de esfuerzos tendientes a garantizar y materializar los derechos de personas que sí pueden ostentar la condición de verdaderas víctimas y que tienen la expectativa de acceder a la administración de justicia, afectos de contar con una acción y un recurso judicial efectivo que garantice su derecho fundamental a la restitución.

7. Como alternativa ante los problemas anteriores, la Unidad propone que esta pueda revocar directamente el acto de inclusión en el Registro sin consentimiento del interesado, en aquellas situaciones en que la entidad advierta la existencia de serios argumentos jurídicos o elementos probatorios que permitan concluir que la decisión pudo haberse dado en un sentido muy diferente, incluyendo aún la no incorporación de la persona al registro.

Esta opción excepcional encuentra fundamento en los parámetros señalados en la sentencia C-255 de 2012 de la Corte Constitucional en la que se señaló:

“Como primera medida la Corte recuerda que la facultad de revocatoria directa de actos administrativos no se encuentra per se constitucionalmente prohibida. Es cierto que por regla general la administración no puede revocar unilateralmente sus propios actos, sino que debe acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de la llamada acción de lesividad, entre otras por razones de seguridad jurídica y confianza legítima. Pero también es cierto que excepcionalmente el Legislador puede autorizar la revocatoria unilateral sin que medie la anuencia del administrado, cuando ello obedezca a razones constitucionales importantes, existan elementos de juicio acreditados de manera suficiente y se ofrezcan al ciudadano todas las garantías para ejercer sus derechos de contradicción y defensa en el marco del debido proceso”.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *¿En el evento en que la Unidad de Restitución haya emitido una resolución de inclusión de una persona en el Registro, pero que, una vez notificada la decisión al interesado haya logrado advertir que existen serios argumentos jurídicos o elementos probatorios que permiten concluir que la decisión pudo haberse dado en un sentido muy diferente, al punto de no incorporar a esa persona a ese instrumento, puede la entidad revocar directamente dicho acto administrativo, teniendo en cuenta los principios de la Ley 1448 de 2011, incluido el marco de justicia transicional a favor de las víctimas y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo?*

2. *En caso de que la respuesta sea negativa, ¿de qué alternativas está dotada la Unidad de Restitución frente a ese tipo de acto, teniendo en cuenta el impacto y las afectaciones frente a la seguridad jurídica de las decisiones adoptadas por la justicia especializada en restitución, y la desconcentración de esfuerzos institucionales dirigidos a garantizar y materializar derechos de las personas que*

sí puedan ostentar la condición de verdaderas víctimas de despojo o abandono forzoso?

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

A. La justicia transicional

En el contexto colombiano, la ley y la jurisprudencia, así como también la doctrina, han definido el concepto de justicia transicional. Así, el artículo 8° de la Ley 1448 de 2011 la concibió como:

“[L]os diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente Ley, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible”.

Por su parte la Corte Constitucional la definió bajo los siguientes términos:

“[P]uede entenderse por justicia transicional una institución jurídica a través de la cual se pretende integrar diversos esfuerzos, que aplican las sociedades para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto, hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia, situaciones de excepción frente a lo que resultaría de la aplicación de las instituciones penales corrientes”³⁶⁵.

En lo que respecta a la doctrina, la justicia transicional se ha entendido como:

“[A]quella disciplina o campo de actividades que pretenden aportar soluciones y herramientas a las sociedades para enfrentar un legado de violaciones a los derechos humanos que tuvieron lugar en un momento determinado de la historia – puede ser reciente o más lejano- con los objetivos de alcanzar la reconciliación nacional, contribuir a consolidar la democracia, para reparar a las víctimas e instaurar una convivencia pacífica en aras de que no se repitan los mismos hechos”³⁶⁶.

La justicia transicional, la cual surgió ante la necesidad de buscar mecanismos que permitieran hacer frente a situaciones de grave violencia y amplias violaciones a los derechos humanos generadas en situaciones de transición política o conflictos

³⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia del 8 de febrero de 2012, C-052/12.

³⁶⁶ Claudia López Díaz, Diego González, Jorge Errandoena, Justicia Transicional en Colombia, en Colombia: un nuevo modelo de Justicia Transicional (Andreas Forer y Claudia López Díaz editores), GIZ, 2011, pp. 12-13. Véase igualmente: Rodrigo Uprimny, Introducción, en ¿Justicia transicional sin transición? (Rodrigo Uprimny Yepes, María Paula Saffon Marino, Catalina Botero Marino y Esteban Restrepo Saldarriaga, 2006, p. 3; Rutí G. Teitel, Transitional Justice Genealogy, Harv. Hum. Rts. J. Vol. 16, 2003, p. 69.

armados³⁶⁷, permite enfrentar la tensión existente entre la consecución de la paz y la provisión de justicia³⁶⁸. De esta suerte tiene entre sus retos, por un lado, lograr la satisfacción de los derechos de las víctimas, y por el otro, la determinación de la responsabilidad de los victimarios a través de mecanismos que permitan la terminación de las situaciones de violencia y conflicto³⁶⁹.

Con este propósito, la justicia transicional desarrolla mecanismos y procedimientos judiciales y extrajudiciales -los cuales deben establecerse tomando en consideración las características particulares o propias de cada situación³⁷⁰- encaminados a que los victimarios rindan cuentas de sus actos, se haga justicia, se alcance la reconciliación³⁷¹ y se restaure la dignidad de las personas³⁷². En este contexto para alcanzar los objetivos que persiguen, los procesos de justicia transicional establecen mecanismos dirigidos a materializar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación³⁷³, derechos que han sido entendidos por la doctrina en los siguientes términos:

“En lo esencial, el contenido de esos derechos consiste en que los victimarios de crímenes atroces sean investigados, juzgados y sancionados sin que existan obstáculos jurídicos que lo impidan- derecho a la justicia-; en que se esclarezcan las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los crímenes, así como las razones por las cuales fueron cometidos – derecho a la verdad-; y en que las víctimas de esos crímenes obtengan un resarcimiento integral por los daños y perjuicios sufridos –derecho a la reparación-. Con la satisfacción de esos derechos se busca lograr tanto el reconocimiento y la dignificación de las víctimas como la garantía de no repetición de las atrocidades”³⁷⁴.

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico colombiano, la Ley 1448 de 2011 reconoció expresamente estos derechos³⁷⁵ y desarrolló mecanismos para su

367 Dustin N. Sharp, *Interrogating the Peripheries: The preoccupations of fourth generation transitional justice*. Harv. Hum. Rts. J. Vol. 26, 2013, p. 149; Corte Constitucional. Sentencia del 28 de agosto de 2013, C-579/13, Corte Constitucional. Sentencia del 10 de julio de 2013, C-438/13, Daniel A. Crocker, *Comisiones de la verdad, justicia transicional y sociedad civil*, en *Justicia Transicional* (Martha Minow, David A. Crocker y Rama Mani), Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, 2011, p. 112, Luis Jorge Garay Salamanca y Fernando Vargas Valencia, *Memoria y reparación: elementos para una justicia transicional pro víctima*. Universidad Externado, 2012, pp. 68-69.

368 Corte Constitucional. Sentencia del 28 de agosto de 2013, C-579/13; Rodrigo Uprimny Yepes y María Paula Saffon, *Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades, en ¿Justicia transicional sin transición?* (Rodrigo Uprimny Yepes (dir.)), Dejusticia, 2006, pp. 114-115. Stephanie Viejle, *Transitional Justice: A Colonizing Field?*, Amsterdam Law Forum, Vol. 4, 2012, p. 58.

369 María Paula Saffon, *Enfrentando los horrores del pasado*, en *Justicia Transicional* (Martha Minow, David A. Crocker y Rama Mani), Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, 2011, p. 17.

370 Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos A/HRC/RES/12/11, 12 de octubre de 2009, Consejo de Derechos Humanos.

371 Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General Estudio analítico de los derechos humanos y la justicia de transición, A/HRC/12/18, 6 de agosto de 2009.

372 Tom Allen, *Transitional justice and the right to property under the European convention on human rights*. Stellenbosch Law Review, Vol. 16, 2005, p. 413.

373 En este sentido véase Corte Constitucional. Sentencia del 13 de octubre de 2011, C-771/11; Tatiana Rincón, *Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional*, Editorial Universidad del Rosario, 2010, p. 25.

374 Saffon, ob cit., p.16.

375 Desde el punto de vista del derecho internacional, varios instrumentos internacionales han reconocido la protección de los derechos de las víctimas. Entre estos se encuentran: i) la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder de las Naciones Unidas; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas; la Convención para la prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Corte Constitucional. Sentencia del 28 de agosto de 2013,

realización. En este sentido, el derecho a la verdad fue concebido por el artículo 23 de la mencionada Ley así:

“Las víctimas, sus familiares y la sociedad en general, tienen el derecho imprescriptible e inalienable a conocer la verdad acerca de los motivos y las circunstancias en que se cometieron las violaciones de que trata el artículo 3° de la presente Ley, y en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima, y al esclarecimiento de su paradero. La Fiscalía General de la Nación y los organismos de policía judicial deberán garantizar el derecho a la búsqueda de las víctimas mientras no sean halladas vivas o muertas.

El Estado debe garantizar el derecho y acceso a la información por parte de la víctima, sus representantes y abogados con el objeto de posibilitar la materialización de sus derechos, en el marco de las normas que establecen reserva legal y regulan el manejo de información confidencial”³⁷⁶.

En lo que respecta al derecho a la justicia, la Ley 1448 de 2011 lo estableció en el artículo 24, norma que dispuso:

“Es deber del Estado adelantar una investigación efectiva que conduzca al esclarecimiento de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente Ley, la identificación de los responsables, y su respectiva sanción. Las víctimas tendrán acceso a las medidas de atención, asistencia y reparación contempladas en esta ley o en otros instrumentos legales sobre la materia, sin perjuicio de su ejercicio del derecho de acceso a la justicia”³⁷⁷.

C-579/13. Desde el punto de vista constitucional, los derechos de las víctimas encuentran sustento en los artículos 1°, 2°, 15, 21, 93, 229 y 250 numerales 6° y 7° de la Carta Política.

376 El derecho a la verdad, el cual tiene una perspectiva individual y social, permite a la sociedad comprender lo que ocurrió en el pasado y poner en marcha mecanismos encaminados a evitar que se repitan las conductas violatorias que afectaron a las víctimas. En otras palabras, sin el derecho a la verdad no puede garantizarse el derecho a la repetición. Igualmente, a través del derecho a la verdad se evita la impunidad y se logra la promoción y protección de los derechos humanos. Rincón, ob. cit., p. 56. Véase igualmente Rodrigo Uprimny Yepes y María Paula Saffon Sanin, Derecho a la verdad: alcances y límites a la verdad judicial en justicia transicional: teoría y praxis (Camila de Gamboa Tapias ed.), Editorial Universidad del Rosario, 2006, p. 345. La Comisión de Derechos Humanos, Naciones Unidas. El derecho a la verdad, Resolución 2005/66. Véase igualmente: Consejo de Derechos Humanos, El derecho a la verdad, A/HRC/RES/12/12, 12 de octubre de 2009. Como características principales del derecho a la verdad se han señalado las siguientes: i) se encuentra consagrado en los principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (principios 1 a 4), ii) está fundamentado en el principio de dignidad humana, en los deberes de memoria histórica y de recordar, y el derecho al buen nombre y la imagen, iii) sus titulares son las víctimas, sus familiares y la sociedad en su conjunto, iv) en su dimensión individual, conlleva el derecho a saber la verdad sobre los hechos, los responsables y las consecuencias de lo ocurrido v) desde su visión colectiva, conlleva que la sociedad conozca lo sucedido y en consecuencia se divulguen públicamente los resultados de las investigaciones y exista una memoria pública de las mismas, vi) es un derecho imprescriptible que debe garantizarse en todo tiempo, vii) tiene como objetivo que coincida la verdad procesal con la verdad real, y viii) se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la justicia y a la reparación. Corte Constitucional. Sentencia del 28 de agosto de 2013, C-579/13. El derecho a la verdad puede alcanzarse o realizarse a través de múltiples mecanismos, tales como las comisiones de la verdad, las cuales constituyen mecanismos idóneos para investigar y dar respuesta a las violaciones de derechos humanos, fomentar la rendición de cuentas, preservar las pruebas, identificar a los autores, recomendar indemnizaciones y reformas institucionales y servir de escenario o plataforma para que las víctimas cuenten a su país sus historias o se desarrolle un debate público sobre la manera de aceptar el pasado. Igualmente, el derecho a la verdad puede lograrse a partir del trabajo de los tribunales penales tanto internacionales y nacionales, así como también de las instituciones nacionales de derechos humanos. Consejo de Derechos Humanos, Derechos humanos y justicia de transición, A/HRC/RES/12/11, 12 de octubre de 2009.

377 El derecho a la justicia tiene los siguientes rasgos distintivos: i) impone al Estado las obligaciones y deberes de: a) prevenir las graves violaciones a los derechos humanos, en especial cuando se trata de violaciones masivas, continuas y sistemáticas, b) luchar contra la impunidad, de tal suerte que los mecanismos judiciales de la justicia ordinaria como de la justicia transicional no generen esta o el ocultamiento de la verdad, c) establecer mecanismos que permitan un acceso ágil, oportuno, pronto y eficaz a la justicia para que de esta forma se logre una protección judicial efectiva de los derechos de las víctimas, d) investigar, procesar y sancionar judicialmente a quienes han cometido las violaciones a los derechos humanos y e) iniciar investigaciones de oficio en el caso de situaciones de graves violaciones a los derechos humanos, ii) exige que: a) se respete el debido proceso, b) las reglas de procedimiento se determinen de acuerdo con este, y c) se establezcan plazos razonables dentro de los procesos judiciales, iii) la fijación de límites en materia de exclusión de responsabilidad o de disminución de penas en los procesos de transición, iv) la posibilidad de que las víctimas y la sociedad ante situaciones de graves

Finalmente, frente al derecho a la reparación, el artículo 25 de la Ley 1448 de 2011 señaló:

“Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones de que trata el artículo 3° de la presente Ley. La reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante”.

En términos generales, la jurisprudencia ha identificado las siguientes características del derecho a la reparación: i) sus titulares son las víctimas de violaciones de derechos humanos, ii) se encuentra regulado por el derecho internacional, iii) es integral, iv) busca en principio la restitución plena de la víctima, es decir, colocar a esta en la situación en la que se encontraba antes de la violación del derecho; si esto no es posible, puede operar la compensación por medio de medidas como la indemnización pecuniaria del daño, v) tiene una dimensión individual y una dimensión colectiva, vi) es un derecho complejo pues se encuentra ligado de forma conexas e interdependiente con los derechos a la verdad y a la justicia³⁷⁸.

Como puede observarse, el derecho a la reparación tiene como propósito restablecer a la víctima en la situación en que se encontraba antes de la ocurrencia de la violación³⁷⁹, objetivo que puede alcanzarse a través de múltiples mecanismos tales como: i) el pago de una retribución económica, ii) la restitución de propiedades³⁸⁰, iii) la devolución de los restos de los seres queridos de las víctimas, iv) una disculpa expresa de los victimarios, v) el levantamiento de monumentos³⁸¹, y vi) el restablecimiento de los derechos de libertad y ciudadanía, entre otros³⁸².

Estas formas de reparación se enmarcan dentro de lo que se conocen como medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y no repetición³⁸³, las cuales fueron adoptadas por el legislador colombiano en el artículo 25 de la Ley 1448 de 2011. En esta dirección, el procedimiento de restitución de tierras

violaciones a los derechos humanos y del derecho internacional humanitario se hagan parte civil dentro de los procesos penales. Corte Constitucional. Sentencia del 28 de agosto de 2013, C-579/13.

378 Ibidem.

379 Rincón, ob. cit., pp. 82-83.

380 Informe definitivo del Relator Especial, Sr. Paulo Sergio Pinheiro, Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas, E/CN.4/Sub.2/2005/17, 28 de junio de 2005.

381 Martha Minow, Memoria y odio: ¿Se pueden encontrar lecciones por el mundo?, en Justicia Transicional (Martha Minow, David A. Crocker y Rama Mani), Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, 2011, p. 97.

382 Pablo de Greiff, Enfrentar el pasado: reparaciones por abusos graves a los derechos humanos, en Justicia Transicional: Teoría y Praxis (Camila de Gamboa Tapias ed.), Editorial Universidad del Rosario, 2006, pp. 217-218.

383 Rincón, ob. cit., pp. 82-83. Catalina Botero Marino y Esteban Restrepo Saldarriaga, Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia, en ¿Justicia transicional sin transición? (Rodrigo Uprimny Yepes, Maria Paula Saffon Marino, Catalina Botero Marino y Esteban Restrepo Saldarriaga, 2006, p. 77. Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, 3 de agosto de 2004; Consejo de Derechos Humanos, Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General, A/HRC/18/23, 4 de julio de 2011. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Programas de reparaciones. Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra, 2008, pp. 7-8. Corte Constitucional. Sentencia del 28 de agosto de 2013, C-579/13.

constituye uno de los principales mecanismos a través de los cuales se materializa o concreta el derecho a la reparación de las víctimas.

B. La naturaleza del procedimiento de restitución de tierras

La Ley 1448 de 2011, en sus artículos 76 a 102, bajo el título “procedimiento de restitución y protección de derechos de terceros”, reguló de forma especial el procedimiento para que las víctimas puedan obtener la restitución de los predios o tierras que debieron abandonar o les fueron despojadas.

Con este objetivo, estableció un procedimiento mixto, así calificado por la jurisprudencia Constitucional³⁸⁴, integrado por dos etapas: una de naturaleza administrativa, que se adelanta ante la UAEGRTD y otra, de índole judicial que se lleva a cabo ante los jueces y magistrados especializados en restitución de tierras.

Encuentra la Sala que estas dos etapas obedecen a funciones diferentes del Estado que pueden distinguirse sin ambages, pero que contribuyen a cumplir una finalidad de protección a las víctimas del conflicto como es la de restituir las tierras despojadas y abandonadas forzosamente. Así, la función que se desarrolla en la primera fase a cargo de la UAEGRTD es una actuación de naturaleza administrativa que tiene como finalidad adelantar el procedimiento administrativo para resolver la solicitud de inclusión en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, realizada por el interesado con miras a cumplir con el requisito de procedibilidad que exige la ley para demandar posteriormente la restitución del predio³⁸⁵.

Por su parte, la función que se desarrolla en la segunda fase a cargo de los Jueces Civiles del Circuito y los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial Sala Civil, especializados en restitución de tierras, es una actividad de naturaleza judicial dirigida a decidir si hay lugar a las pretensiones formuladas en la demanda de restitución o de formalización del predio³⁸⁶.

Advierte la Sala que estas actuaciones por su misma naturaleza tienen una forma de control diferente. Así, el acto administrativo que se expide para definir si hay lugar a la inclusión de un predio o una persona en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente tiene un control en sede administrativa

384 “Dado que el legislador estableció un procedimiento mixto (administrativo y judicial) para la restitución, es claro que el juez no cumple una función notarial o de registro, ni es un convidado de piedra que debe atenerse únicamente lo probado por la Unidad”. Corte Constitucional. Sentencia del 27 de febrero de 2013, C-099/13. “En ese orden, se diseñó un procedimiento mixto para la restitución de tierras consta de dos etapas, una administrativa, a cargo de la Unidad de Restitución de Tierras y otra fase judicial, a cargo de los jueces o magistrados especializados en restitución de tierras”. Corte Constitucional. Sentencia del 6 de junio de 2014, T-347/14. Véase igualmente Corte Constitucional. Sentencia del 5 de julio de 2013, T-415/13.

385 “La inscripción de un predio en el registro de tierras despojadas será requisito de procedibilidad para iniciar la acción de restitución a que se refiere este Capítulo”. Ley 1448 de 2011, artículo 76.

386 En esta dirección, el artículo 91 de la Ley 1448 de 2011 establece: “La sentencia se pronunciará de manera definitiva sobre la propiedad, posesión del bien u ocupación del baldío objeto de la demanda y decretará las compensaciones a que hubiera lugar, a favor de los opositores que probaron buena fe exenta de culpa dentro del proceso. Por lo tanto, la sentencia constituye título de propiedad suficiente.” Igualmente, respecto a la acción judicial de restitución, la jurisprudencia Constitucional ha señalado: “La regulación evidencia que se trata de una acción que tiene como propósito asegurar que a través de un procedimiento judicial especial las autoridades determinen si es o no procedente restituir un determinado inmueble a un sujeto -o al núcleo familiar- que afirma su condición de víctima”. Corte Constitucional. Sentencia del 18 de octubre de 2012, C-820/12.

mediante el recurso de reposición³⁸⁷ y en sede judicial mediante la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando el solicitante no ha sido incluido en el registro³⁸⁸. Por su parte, la providencia judicial que se expide en el proceso de restitución de tierras, como es una sentencia, es susceptible de consulta³⁸⁹ o revisión³⁹⁰ según sea el caso.

Cabe anotar que para el caso del acto administrativo que se expide en forma favorable al solicitante, este podría también ser objeto de control en sede administrativa mediante la figura de la revocatoria directa teniendo en cuenta las particularidades definidas en el artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

C. El caso concreto

Una vez determinado que la decisión que toma la UAEGRTD respecto a la solicitud de inclusión en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente se da dentro del marco de un proceso administrativo que se materializa a través de un acto administrativo, es necesario establecer si ese acto es susceptible de revocarse directamente por la entidad que lo expidió.

Analizada la Ley 1448 de 2011, norma especial que regula el procedimiento administrativo para la inclusión en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, se advierte que no existe norma o disposición que faculte a la UAEGRTD a revocar el acto administrativo que concede el registro³⁹¹.

Como no existe una regulación propia frente al tema, debe acudirse a lo reglado por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo como lo ordena el artículo 29 del Decreto 4829 de 2011³⁹², el cual dispone:

“En las actuaciones administrativas del Registro, en lo no previsto por la Ley 1448 de 2011, se aplicarán las disposiciones del Código Contencioso Administrativo [hoy CPACA] que se relacionen con la materia o de la norma que lo sustituya”.

387 “Contra las decisiones de fondo, proferidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas procede el recurso de reposición, ante el mismo funcionario de la oficina regional que por competencia tomó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la decisión que haya negado el recurso. El recurso deberá presentarse dentro de los 5 días siguientes a la notificación personal del acto, o la desfijación del edicto, de conformidad con el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo o norma que lo sustituya”. Decreto 4829 de 2011, art. 26.

388 “Una vez agotada la vía gubernativa, el solicitante que no haya sido incluido en el Registro, podrá acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”. Ibidem, artículo 27.

389 “Las sentencias proferidas por los Jueces Civiles del Circuito especializados en restitución de tierras que no decreten la restitución a favor del despojado serán objeto de consulta ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial Sala Civil, en defensa del ordenamiento jurídico y la defensa de los derechos y garantías de los despojados”. Ley 1448 de 2011, artículo 79.

390 “Contra la sentencia se podrá interponer el recurso de revisión ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en los términos de los artículos 379 y siguientes del Código de Procedimiento Civil”. Ibidem, artículo 92.

391 Cabe anotar sin embargo, que la Ley 1448 de 2011 para el caso particular del Registro Único de Víctimas, sí establece la posibilidad de que se revoque el acto mediante el cual el registro se concedió cuando este ha sido obtenido por medios ilegales. Así se desprende del inciso segundo del artículo 157 de la Ley, el cual dispone: “Las entidades que componen el Ministerio Público podrán interponer los recursos de reposición ante el funcionario que tomó la decisión y en subsidio el de apelación ante el Director de la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas de que trata la presente ley contra la decisión que concede el registro, dentro de los cinco (5) días siguientes contados a partir de su comunicación. Igualmente, si el acto hubiere sido obtenido por medios ilegales, tales autoridades podrán solicitar, en cualquier tiempo, la revocatoria directa del acto para cuyo trámite no es necesario obtener el consentimiento del particular registrado”.

392 “Por el cual se reglamenta el Capítulo III del Título IV de la Ley 1448 de 2011 en relación con la restitución de tierras”.

Esta norma se encuentra en sintonía con lo señalado por el artículo 2º de la Ley 1437 de 2011 que indica:

“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”.

De esta suerte, atendiendo el mandato legal anterior, debe acudirse al artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, norma que establece frente a la revocatoria directa de los actos administrativos de carácter particular y concreto:

“Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

Parágrafo. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa”.

Como puede observarse, la regla general es que no es procedente revocar directamente un acto administrativo que haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de la misma naturaleza, sin que se cuente con el consentimiento previo, expreso y escrito del titular. Excepcionalmente, la revocatoria sí podrá realizarse cuando así lo haya establecido una ley. Bajo esta regla, y para el caso concreto, encuentra la Sala que no es posible para la UAEGRTD revocar directamente el acto administrativo que decide sobre el registro de un predio o una persona en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente sino cuenta con el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Entiende la Sala que el acto que ordena el registro es un acto administrativo expreso que crea y modifica situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, toda vez que la decisión que adopta la UAEGRTD respecto a la solicitud de registro genera efectos jurídicos al resolver dicho acto sobre:

i) La inclusión del predio en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, así como también de la víctima o víctimas que fueron despojadas de sus tierras u obligadas a abandonarlas³⁹³, y

ii) Las medidas cautelares que hubiesen sido ordenadas previamente³⁹⁴.

De esta suerte, al no reconocer la Ley 1448 de 2011 a la UAEGRD la potestad de revocar unilateralmente el acto administrativo por medio del cual se ordena el registro de un predio o una persona en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, y al tenor de lo dispuesto por el artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, debe concluirse que no es posible que la mencionada entidad revoque de manera directa sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular, la resolución de inclusión en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente. Esta postura es respetuosa del debido proceso administrativo³⁹⁵, el cual aún en escenarios de justicia transicional debe garantizarse, tal como lo ha indicado la Corte Constitucional colombiana:

“En el ámbito nacional en el proceso de transición a la superación del conflicto es viable incorporar en la legislación nacional medios judiciales o extrajudiciales de protección y garantía de los derechos de las víctimas, siempre que no impliquen un sometimiento o violación del principio de dignidad humana o de otros derechos

393 “Créase el “Registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente” como instrumento para la restitución de tierras a que se refiere esta ley. En el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente se inscribirán también las personas que fueron despojadas de sus tierras u obligadas a abandonarlas y su relación jurídica con estas, determinando con precisión los predios objeto de despojo, en forma preferente mediante georreferenciación, así como el período durante el cual se ejerció influencia armada en relación con el predio”. Ley 1448 de 2011, artículo 76; “La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas adelantará, de conformidad con las normas legales y las de este decreto, las actuaciones administrativas dirigidas a incluir en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente los predios debidamente identificados, las personas cuyos derechos sobre estos fueron afectados, el tiempo o período de influencia armada en relación con el predio, el tiempo de vinculación de los solicitantes con el predio y toda la información complementaria para la inscripción en el registro y el proceso de restitución”. Decreto 4829 de 2011, artículo 1°.

394 “La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas comunicará a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del lugar que le corresponda al predio, sobre la decisión y los efectos en relación con las medidas cautelares previamente ordenadas, para que se proceda en consecuencia”. Decreto 4829 de 2011, artículo 17. Recuérdese que el artículo 13 del Decreto 4829 de 2011 señala: “Para los efectos del inciso 4° del artículo 76 de la Ley 1448 de 2011, se expedirá en cada caso el acto administrativo que determina el inicio del estudio con base en el análisis previo. Este acto contendrá lo siguiente: (...) 2. Medida de protección del predio. La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas ordenará la inscripción, de la medida de protección jurídica del predio en el folio de matrícula del inmueble respectivo, con carácter preventivo y publicitario, conforme a lo señalado en el artículo 73 numeral 6 de la Ley 1448 de 2011. En aquellos casos en que el predio no tenga abierto folio de matrícula inmobiliaria, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas ordenará al Registrador la apertura del mismo en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos que corresponda a este, a nombre de la Nación, y la inscripción de la medida cautelar de que trata el inciso anterior, a favor del solicitante. Para estos efectos la Unidad identificará física y jurídicamente el predio con sus linderos y cabida. El Registrador competente confirmará la inscripción de la medida de protección en el plazo máximo de diez (10) días, en aplicación del principio de la colaboración armónica de los organismos y entidades públicas, contemplado en el artículo 113 de la Constitución y el artículo 2° de este decreto”.

395 “En cuanto a las características generales del derecho al debido proceso, en reiterada jurisprudencia constitucional se le ha concebido como una manifestación del principio de legalidad dirigido al mantenimiento de un justo equilibrio entre las partes durante su desarrollo, independientemente de la naturaleza del mismo, y la sustracción de cualquier viso de arbitrariedad durante su trámite y hasta tanto la determinación con la que éste culmine sea adoptada.

Extrapolando estas consideraciones al ámbito concreto del proceso administrativo, se ha determinado que su garantía estará representada por el seguimiento respetuoso de las normas que previamente hayan sido previstas para el desarrollo de una actuación de esta índole y que atiendan además a un acatamiento cabal de derechos y principios superiores. De manera tal que el debido proceso administrativo se ha definido como el acatamiento de la regulación jurídica establecida para limitar las facultades y competencias de las autoridades encargadas, a fin de que sus actuaciones estén fundadas, en manera alguna, en su propio arbitrio. Luego, la existencia de este derecho fundamental se concreta mediante el aseguramiento de la obligación, en cabeza de las autoridades, de someter sus determinaciones a un trámite dispuesto para el efecto, y de otra parte, de seguir principios superiores como los que orientan el recto ejercicio de la función pública”. Corte Constitucional. Sentencia del 20 de septiembre de 2011, T-699A/11.

*como el de acceso a la administración de justicia y las garantías constitucionales que integran el debido proceso administrativo y judicial*³⁹⁶.

Ahora bien, si el titular no presta su consentimiento para revocar directamente el acto administrativo a través del cual se ordenó el registro en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, la UAEGRTD cuenta con otra medida para desaparecer del mundo jurídico dicha decisión. En este sentido, la mencionada entidad debe demandar la nulidad del acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal como se desprende del propio texto del artículo 97 de la Ley 1437 de 2011. Es importante señalar que así debe procederse aún en los casos en los cuales el registro fue obtenido por medios ilegales o fraudulentos³⁹⁷. Así, la Sección Segunda de esta Corporación ha indicado:

“Advierte la Sala que, en lo que respecta a la posibilidad con que contaba la administración para revocar actos administrativos de carácter particular, en los eventos en los que concurría alguna de las causales de revocatoria ya citadas, para el caso de los actos fictos positivos, o si fuere evidente la ilegalidad en su expedición, la misma desaparece del nuevo estatuto de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En efecto, los dos incisos finales del artículo 97 de la Ley 1437 de 2011 preceptúan que en los casos en que la administración considere la inconstitucionalidad o ilegalidad de un acto administrativo, o que su expedición tuvo lugar por medios ilegales o fraudulentos, deberá acudir ante ésta jurisdicción, para demandarlos, siempre que no cuente con el consentimiento, previo, expreso y escrito del titular de los derechos reconocidos en el respectivo acto administrativo.

*Así las cosas, en vigencia de la Ley 1437 de 2011 la administración sólo podrá revocar un acto administrativo de carácter particular, en los eventos en que cuente con el consentimiento del administrado. En caso contrario, deberá cuestionar su constitucionalidad o legalidad a través del respectivo medio de control, en los términos del artículo 97 ibídem*³⁹⁸.

Asimismo, la UAEGRTD debe solicitar como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que ordenó la inclusión en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente. Lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por el mismo artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, así como también los artículos 229 y siguientes del mismo estatuto³⁹⁹, disposiciones

396 Corte Constitucional. Sentencia del 27 de marzo de 2014, C-180/14.

397 “Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.”. Ley 1437 de 2011, artículo 97.

398 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 15 de agosto de 2013, Radicación número: 25000-23-25-000-2006-00464-01(2166-07).

399 “En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo”. Ley 1437 de 2011, artículo 29; “Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones

que desarrollan el artículo 238 de la Carta Política que otorgó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la potestad para suspender provisionalmente los actos administrativos. Así, el mencionado artículo 238 estableció:

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.

Por lo tanto, con fundamento en las anteriores consideraciones,

LA SALA RESPONDE:

1. ¿En el evento en que la Unidad de Restitución haya emitido una resolución de inclusión de una persona en el Registro, pero que, una vez notificada la decisión al interesado haya logrado advertir que existen serios argumentos jurídicos o elementos probatorios que permiten concluir que la decisión pudo haberse dado en un sentido muy diferente, al punto de no incorporar a esa persona a ese instrumento, puede la entidad revocar directamente dicho acto administrativo, teniendo en cuenta los principios de la Ley 1448 de 2011, incluido el marco de justicia transicional a favor de las víctimas y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo?

Al no reconocer la Ley 1448 de 2011 a la UAEGRTD la potestad de revocar directamente el acto administrativo por medio del cual se ordena el registro de un predio o una persona en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, y al tenor de lo dispuesto por el artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, debe concluirse que no es posible que la mencionada entidad revoque de manera directa sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular, la resolución de inclusión en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente.

2. En caso de que la respuesta sea negativa, ¿de qué alternativas está dotada la Unidad de Restitución frente a ese tipo de acto, teniendo en cuenta el impacto y las afectaciones frente a la seguridad jurídica de las decisiones adoptadas por la justicia especializada en restitución, y la desconcentración de esfuerzos institucionales dirigidos a garantizar y materializar derechos de las personas que sí puedan ostentar la condición de verdaderas víctimas de despojo o abandono forzoso?

Si la persona registrada en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente no presta su consentimiento para revocar directamente el acto administrativo por medio del cual se ordenó su inclusión en el señalado Registro, la UAEGRTD debe demandar en los términos del artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo la nulidad de

de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: (...) 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo”. Ibidem.

dicho acto, así como solicitar su suspensión provisional ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Remítase al Ministerio 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.

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

Fecha: 11/12/2014

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

Levantamiento de la reserva mediante oficio del 4 de marzo de 2015

El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible consulta a esta Sala sobre la aplicación en el tiempo del parágrafo 1° del artículo 202 de la Ley 1450 de 2011, mediante el cual se prohíbe adelantar actividades agropecuarias, de exploración o explotación de hidrocarburos y minerales, así como la construcción de refinerías, en los ecosistemas de páramo.

I. Antecedentes

En relación con el objeto de la consulta el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible presenta a la Sala los siguientes antecedentes:

1. La Ley 1382 de 2010, que modificó parcialmente el Código de Minas (Ley 685 de 2001), incluyó *los ecosistemas de páramo* dentro de las zonas excluidas de la minería. La misma ley señaló que las actividades con título minero y licencia ambiental existentes a su entrada en vigencia podían continuar desarrollándose hasta su finalización. Sin embargo esta Ley 1382 de 2010 fue declarada inexecutable (con efectos diferidos a dos años) en Sentencia C-366 del 11 de mayo de 2011.

2. Posteriormente, la Ley 1450 de 2011 recogió y amplió la protección de los ecosistemas de páramo al prohibir dentro de ellos actividades agropecuarias, de exploración o explotación de hidrocarburos y minerales, así como la construcción de refinerías (artículo 202). Para el efecto, la ley adoptó el Atlas de Páramos de Colombia del Instituto de Investigación Alexander von Humboldt, el cual tendrá vigencia hasta que el Ministerio del Medio Ambiente delimite de forma más detallada las zonas de páramo con base en estudios *técnicos, sociales, económicos y ambientales*.

Empero, dice el organismo consultante, la nueva prohibición no hace mención expresa de la situación de las personas y empresas que antes de la expedición de la ley desarrollaban válidamente las actividades mineras y agropecuarias en las zonas de páramo.

3. El Ministerio tiene claro que la Constitución ordena la protección del medio ambiente y de los recursos naturales y que garantiza la prevalencia del interés general sobre el particular; además, es consciente de que el legislador ha querido salvaguardar las zonas de páramo y los recursos hídricos que de ellas dependen,

incluso desde antes de la Ley 1450 de 2011. Por ello no le cabe duda de que a futuro no pueden autorizarse o permitirse en los páramos *nuevas explotaciones mineras ni ampliaciones de las actividades agropecuarias ya existentes*.

4. Sin perjuicio de lo anterior, el Ministerio también entiende que la Constitución protege la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título, razón por la cual tiene duda de la situación de aquellas actividades que se venían desarrollando válidamente en las zonas de páramo antes de la expedición de la Ley 1450 de 2011. En particular le preocupa el caso de:

Actividades mineras amparadas con título minero vigente y licencia ambiental;

Actividades mineras amparadas con títulos mineros pero que estaban apenas en etapa de exploración y no alcanzaron, por tanto, a tramitar u obtener la licencia ambiental para iniciar las actividades de explotación;

Poblaciones ubicadas en zonas de páramo, que viven, entre otras actividades de la minería y la agricultura.

5. Señala el Ministerio consultante que los títulos mineros tienen su origen principalmente en contratos de concesión celebrados por el Estado e inscritos en el Registro Nacional Minero, de manera que su desconocimiento por parte del Estado podría generar reclamaciones económicas, tanto a nivel de derecho interno como de tratados internacionales de protección de inversiones extranjeras suscritos por Colombia.

6. Tampoco resultaría fácil, dice la consulta, la aplicación de la prohibición legal frente a las poblaciones asentadas en zonas de páramo, cuya fuente de ingresos son los cultivos, la ganadería y la minería. En tales poblaciones, se afirma, el desconocimiento intempestivo de sus actividades traería también serios problemas sociales y económicos.

7. En consecuencia, el Ministerio consultante interpreta que la prohibición de la Ley 1450 de 2011 solo es aplicable a las situaciones jurídicas o de hecho no consolidadas o futuras, quedando a salvo las situaciones jurídicas o de hecho consolidadas antes de la expedición de la ley, las cuales podrían seguirse desarrollando normalmente. Un entendimiento diferente, “en el sentido que tal prohibición legal le aplica sin distinción a las actividades que se vinieran desarrollando conforme a la ley con anterioridad a su vigencia, nos pondría frente a eventuales responsabilidades del Estado, con base en el principio de confianza legítima por el cambio repentino en las reglas jurídicas que las cobijaban”. A juicio del organismo consultante, las leyes rigen hacia futuro, salvo que la ley disponga lo contrario, “situación que no ocurre en el caso concreto”.

8. Finalmente, existiría duda sobre la forma de utilizar los criterios establecidos en el mismo artículo 202 de la Ley 1450 para delimitar los ecosistemas de páramo, en el sentido de si debe prevalecer lo técnico y ambiental o si los factores sociales y

económicos también serían determinantes para fijar la línea divisoria de la respectiva protección legal.

Con base en lo anterior se formulan las siguientes **PREGUNTAS**:

1. ¿La aplicación de la prohibición contenida en el párrafo 1º del artículo 202 de la Ley 1450 debe entenderse hacia futuro, es decir afectaría solamente a aquellas situaciones jurídicas o de hecho que no se consolidaron antes de la entrada en vigencia de las prohibiciones contenidas en la Ley 1382 de 2010 y 1450 de 2011?
2. Si la respuesta anterior fuere negativa ¿el operador jurídico de la norma debe ordenar de manera inmediata el cierre de todas las actividades prohibidas? ¿Generaría tal actuación eventuales responsabilidades del Estado frente a quienes tengan situaciones jurídicas consolidadas sobre la zona que se delimita como ecosistema de páramo?
3. Si la primera respuesta fuere negativa ¿En aplicación del principio de confianza legítima puede la Administración disponer el cumplimiento de la disposición legal de manera gradual o paulatina?
4. ¿Puede la autoridad ambiental, a través de la zonificación y el régimen de usos del ecosistema de páramo delimitado, imponer medidas ambientales a través de las cuales se permita de manera progresiva y paulatina la reconvención de actividades prohibidas en los ecosistemas de páramos, aún cuando estas se hayan consolidado antes de la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011?
5. ¿En aquellos casos de títulos mineros otorgados con anterioridad a la entrada en vigencia de la prohibición, que no alcanzaron a tramitar u obtener licencia ambiental que autorice el inicio de las actividades de exploración minera, pueden solicitarla ante la autoridad ambiental? Podrá la autoridad ambiental, en vigencia de la Ley 1450 de 2011, autorizar actividades de explotación minera con el otorgamiento de la licencia ambiental para títulos mineros vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la prohibición legal definida en la Ley 1382 de 2010?
6. ¿De acuerdo a lo definido en el artículo 202 de la Ley 1450 de 2011, el Ministerio debe definir la delimitación del ecosistema conforme resulte de los elementos técnicos de las ciencias naturales, contando con la información social y económica para caracterizar el área?
7. Por el contrario, ¿la definición del ecosistema debe hacerse combinando los elementos resultantes de las ciencias naturales con los aspectos sociales y económicos que se presentan en el área, lo que implicaría excluir de la delimitación del páramo zonas del ecosistema que han sido transformadas por actividades humanas?

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

1. Planteamiento del problema

De acuerdo con los antecedentes planteados, la presente consulta se origina en el artículo 202 de la Ley 1450 de 2011 que ordena delimitar los ecosistemas de páramo del país y prohíbe adelantar dentro de ellos actividades mineras y agropecuarias. Para el organismo consultante esta prohibición debería entenderse sin perjuicio de las actividades mineras y agropecuarias que se desarrollaban en los ecosistemas de páramo antes de la expedición de la ley, pues el Estado no puede desconocer los títulos mineros otorgados válidamente, ni obligar a los pobladores tradicionales de tales zonas a abandonar de un momento a otro sus condiciones de vida y sus medios de subsistencia. Lo contrario, dice, originaría cuantiosas demandas para el Estado y graves problemas sociales.

La Sala observa que la presente consulta plantea un problema de gran complejidad constitucional, en la medida que refleja la tensión existente (i) entre varios tipos de intereses generales constitucionalmente protegidos (interés general en la protección del medio ambiente y en la preservación de los recursos naturales para las generaciones futuras, pero también en la explotación sostenible de las riquezas nacionales, en que haya seguridad jurídica, promoción de las actividades económicas lícitas, reconocimiento de los grupos humanos asentados en el territorio nacional y estabilidad en las condiciones de vida de una comunidad); (ii) entre el interés general (en preservar los recursos naturales y asegurar las condiciones de subsistencia de las generaciones futuras) y el interés particular (de quienes subsisten de los medios que les otorga el entorno en que habitan y de los empresarios que han obtenido lícitamente un derecho de explotación de recursos mineros del Estado); y también, inclusive, (iii) entre diferentes tipos de intereses particulares (pobladores de las zonas protegidas, unos de los cuales estarán de acuerdo con una aplicación estricta de la ley y otros no).

Por tanto, para la solución de este tipo de situaciones complejas que enfrentan diferentes y legítimos intereses de la sociedad, es necesario tener en cuenta varios grupos de principios y valores constitucionales y legales, cada uno de los cuales brinda elementos a tener en cuenta para resolver los interrogantes planteados. Claramente, se trata de problemas que no admiten soluciones absolutas o extremas, pues ni la Constitución prohíja ese tipo de razonamientos, ni la sociedad requiere sacrificios innecesarios de sus libertades y derechos cuando pueden existir maneras de equilibrarlos. Solamente en el caso en que tal equilibrio no sea posible, será necesario aplicar las reglas de priorización que se derivan de la Constitución, conforme se analiza en este concepto.

2. Aspectos a considerar para resolver el problema planteado

Para contextualizar el problema jurídico la Sala revisará de manera preliminar la evolución que ha tenido la protección de los páramos en Colombia y los antecedentes inmediatos de la prohibición contenida en la Ley 1450 de 2011 que es objeto de

análisis. Posteriormente, dadas las tensiones de derechos existentes en la presente consulta, la Sala estudiará:

a) Los elementos normativos que propugnan a favor de una aplicación inmediata y estricta de la prohibición: (i) la especial protección constitucional del medio ambiente y su consideración de objeto jurídico de interés general y prevalente; (ii) el principio de precaución como criterio orientador de las actuaciones públicas frente al medio ambiente; (iii) el principio constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular; y (iv) la regla legal de aplicación inmediata de las leyes expedidas por razones de interés público o social.

b) Los elementos normativos que operan en favor del reconocimiento de las situaciones jurídicas y fácticas existentes antes de la expedición de la ley: (i) la protección constitucional de la empresa, la propiedad y la seguridad jurídica; y (ii) la protección del campo y la vida agropecuaria como bienes jurídicos protegidos constitucionalmente y el derecho a la estabilidad en las condiciones de vida de una comunidad, a la vida digna y al mínimo vital.

c) La solución del asunto planteado a partir de un principio de desarrollo sostenible.

A. PROTECCIÓN DE LOS PÁRAMOS EN COLOMBIA Y ANTECEDENTES DE LA PROHIBICIÓN ANALIZADA

1. La protección general de los páramos en la legislación ambiental

Como advierte el organismo consultante, la protección de los páramos en Colombia no nace con la Ley 1450 de 2011, ni esta es la primera ley en prohibir las actividades mineras y agropecuarias en esos ecosistemas.

Además de la especial protección que la Constitución Política le brinda a los recursos naturales y al medio ambiente, la cual necesariamente cobija los ecosistemas de páramo -aspecto que se analizará mas adelante-, la Ley 99 de 1993⁴⁰⁰ estableció como principio fundante de la política ambiental en Colombia la protección especial de “*las zonas de páramos, subpáramos, los nacimientos de agua y las zonas de recarga de acuíferos*” (artículo 1.4). Este principio se complementa además con otros contenidos en la misma ley, como son los de protección prioritaria de la biodiversidad (artículo 1.2), precaución (artículo 1.6), prevención de desastres de riesgos (artículo 1.9) y protección y recuperación ambiental (artículo 1.10).

Por su parte, la Ley 373 de 1997, por la cual se establece el programa para el uso eficiente y ahorro del agua, indica que los páramos constituyen *zonas de manejo especial* y ordena su adquisición prioritaria por las entidades territoriales con el fin de establecer su verdadera capacidad de oferta de servicios ambientales

400 Como dato histórico se puede citar, incluso antes de la Ley 99 de 1993, la Ley 79 de 1986, la cual declaró como área de reserva forestal protectora para la conservación y preservación de las aguas “*Todos los bosques y la vegetación natural, existentes en el territorio nacional, que se encuentren sobre la cota de los tres mil (3.000) metros sobre el nivel del mar*” (art. 1, literal c).

e iniciar su recuperación, protección y conservación (Artículo 16)⁴⁰¹. Esta norma es especialmente importante, porque concreta en materia de páramos deberes constitucionales del Estado (recuperar, proteger y conservar) y también porque, en un asunto como el analizado, puede servir como herramienta para la aplicación de la prohibición de la Ley 1450 de 2011.

Los ecosistemas de páramo también pueden ser objeto de protección si son declarados y delimitados como zonas de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente o, indirectamente, si se encuentran ubicados dentro del sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional y zonas de reserva forestales, dado que todos ellos son considerados zonas excluidas de la minería en el propio Código de Minas (Ley 685 de 2001, artículo 34).

De este modo, al margen de la prohibición que pasa a revisarse, la Sala llama la atención sobre la existencia de obligaciones públicas expresas e instrumentos legales de protección de los ecosistemas de páramo, que las autoridades competentes deberán hacer efectivos en cualquier caso en que tales espacios se encuentren en riesgo y puedan ver afectadas sus funciones y servicios ambientales.

2. Precedentes legislativos de la exclusión de los ecosistemas de páramo de la explotación minera y agropecuaria. Vigencia de la prohibición desde la Ley 1382 de 2010

La primera restricción concreta a las actividades de explotación comercial en los ecosistemas de páramo se incluyó en la Ley 1377 de 2010, por medio de la cual se reglamenta la actividad de reforestación comercial, que en su artículo 7 los consideró “ecosistemas estratégicos” y estableció la prohibición de desarrollar en ellos “cultivos forestales o sistemas agroforestales con fines comerciales”. No obstante, esta ley sería declarada inexecutable por vicios de forma⁴⁰², de manera que actualmente no se encuentra vigente. Posteriormente, el artículo 3° de la Ley 1382 del 9 de febrero de 2010, modificó el artículo 34 del Código de Minas, en el sentido de contemplar dentro de las zonas legalmente excluidas de la minería los ecosistemas de páramo:

“Artículo 3°. El artículo 34 de la Ley 685 de 2001 quedará así: “Artículo 34. Zonas excluibles de la minería. No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente. Las zonas de exclusión mencionadas serán las que han sido constituidas y las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional, zonas de reserva forestal protectora y demás zonas de reserva

401 “Artículo 16o.- *Protección de zonas de manejo especial.* En la elaboración y presentación del programa se debe precisar que las zonas de páramo, bosques de niebla y áreas de influencia de nacimientos de acuíferos y de estrellas fluviales, deberán ser adquiridos con carácter prioritario por las entidades ambientales de la jurisdicción correspondientes, las cuales realizarán los estudios necesarios para establecer su verdadera capacidad de oferta de bienes y servicios ambientales, para iniciar un proceso de recuperación, protección y conservación.”

402 Sentencia C-685 de 2011.

forestal, **ecosistemas de páramo** y los humedales designados dentro de la lista de importancia internacional de la Convención Ramsar. Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales.” (Se resalta)

De este modo ya no se requeriría que los páramos se encontraran en parques nacionales o zonas de especial protección ambiental, o que fueran declarados como tales para estar excluidos de la actividad minera. Con la disposición que se acaba de citar tal restricción operaba directamente por virtud de la ley.

Esta previsión de que los páramos formen parte de la lista de zonas excluidas de la minería es relevante además desde el punto de vista de los contratos de concesión minera, pues el artículo 36 del Código de Minas establece que en tales contratos se entenderán excluidas de pleno derecho, “*las zonas, terrenos y trayectos en los cuales, de conformidad con los artículos anteriores, está prohibida la actividad minera*” y que tal exclusión “*no requerirá ser declarada por autoridad alguna, ni de mención expresa en los actos y contratos, ni de renuncia del proponente o concesionario a las mencionadas zonas y terrenos*” (artículo 36).

Sobre este artículo 3º de la Ley 1382 de 2011 recayó inicialmente una primera sentencia de constitucionalidad que lo declaró exequible y rechazó los cargos basados en la violación del principio de consecutividad en el trámite de la ley. En esa oportunidad, luego de revisar detenidamente el debate legislativo, la Corte Constitucional se refirió a la intención consciente y expresa del legislador de proteger los ecosistemas de páramo y de no permitir en ellos explotación minera:

“Este recuento del debate, evidencia cómo el Senado de la República tomó consciente y claramente la decisión de proteger explícitamente a los páramos y a los humedales. Si bien consideraban los legisladores proponentes de la modificación era en principio innecesaria, puesto que tales zonas deberían entenderse incluidas en virtud de las protecciones existentes, se consideró necesario explicitar que tales categorías se encontraban incluidas en la ley, para evitar interpretaciones que busquen eliminar o minimizar la protección en estas áreas. La preocupación, como se evidencia a lo largo del debate, respondía a varios miembros del Senado, los cuales manifestaron la importancia y el carácter estructural que a su juicio tiene el problema de la protección de páramos y humedales. Precisando que no se trataba de cualquier tipo de humedal, sino de aquellos jurídicamente protegidos; que el derecho al agua debe primar sobre la explotación minera; o que era preciso poner frenos y contrapesos a los poderes de grandes compañías internacionales o multinacionales que pueden adquirir un gran poder de facto y poner en riesgo caros bienes constitucionales.”⁴⁰³

No obstante, la Ley 1382 de 2010 fue declarada inexecutable en su integridad (por no cumplir el requisito de la consulta previa), pero con un efecto diferido de

⁴⁰³ Sentencia C-273 de 2011. Ver también Gacetas del Congreso 503, 560 y 896 de 2008. Particularmente en las actas contenidas en la Gaceta del Congreso 560 de 2008 se da cuenta de una detallada discusión sobre la necesidad exclusión de la actividad minera de las zonas de páramo y los humedales.

dos años, en razón, precisamente, de la importancia de las normas ambientales contenidas en dicha ley (entre ellas la exclusión de las zonas de páramo⁴⁰⁴). Para la Corte Constitucional la declaratoria de inexecutable pura y simple de la ley produciría un vacío normativo “sobre la materia ambiental en el ámbito minero que, en criterio de la Corte, lleva a una situación de grave e inaceptable riesgo de los bienes constitucionales antes reseñados”. Por tanto, esa circunstancia implicaba la necesidad de “diferir los efectos de la inconstitucionalidad de la Ley 1382/10, en tanto varios de sus contenidos prevén cláusulas de protección ambiental que se consideran imprescindibles para la garantía de los derechos mencionados en este acápite”.

Pese a que la Ley 1382 de 2010 solo estuvo vigente por un breve espacio de tiempo, lo cierto es que el efecto diferido de su declaratoria de inexecutable permitió que la exclusión de los páramos de la actividad minera tuviera continuidad en el tiempo, al haber quedado comprendida luego en la prohibición general de la Ley 1450 de 2011 que ahora nos ocupa⁴⁰⁵. Dicho de otro modo, en lo que se refiere a las actividades mineras, la prohibición de realizarlas en ecosistemas de páramos opera en Colombia desde el 9 de febrero de 2010.

3. Antecedentes legislativos de la Ley 1450 de 2011.

Como se mencionó, desde la discusión de la Ley 1382 de 2010 ya era claro que en el Congreso de la República existía la idea de darle a los ecosistemas de páramo el carácter de zonas excluidas de la minería. Esta preocupación se mantuvo en la discusión y aprobación de la Ley 1450 de 2011, incluso con la convicción de ampliar la restricción a las actividades agropecuarias, tal como quedó finalmente expresado en su artículo 202.

Por tratarse del Plan Nacional de Desarrollo, el proyecto de ley tuvo iniciativa gubernamental (artículo 341 C.P.) y en su texto ya aparecía la prohibición de desarrollar actividades mineras y agropecuarias en las zonas de páramo⁴⁰⁶, de manera que fue un asunto discutido desde el comienzo del debate parlamentario y

404 Sentencia C-366 de 2011: 5: “Como se observa, estas disposiciones están dirigidas a la satisfacción de bienes constitucionales de primer orden, todos ellos referidos a la protección del medio ambiente, especialmente en aquellas zonas más sensibles, como páramos, reservas forestales y humedales. La Corte advierte que la exclusión de reglas de este carácter, implicaría la eliminación de condiciones ambientales necesarias para hacer compatible la actividad minera con la satisfacción de los derechos constitucionales relacionados con el goce de un medio ambiente sano. No puede perderse de vista que la jurisprudencia de esta Corte ha considerado que uno de los rasgos definitorios del actual modelo constitucional es el reconocimiento y garantía de un complejo de derechos y obligaciones destinados a la protección del medio ambiente, agrupados bajo el concepto de “Constitución Ecológica”. A este respecto, en la reciente sentencia C-666/10 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), fueron sintetizados los criterios que confieren a la protección del medio ambiente carácter transversal e imperativo en el régimen constitucional, los cuales conviene transcribir in extenso.”

405 “Por estas mismas razones, es claro igualmente para la Sala que la Ley 1450 de 2011 o Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, podía también válidamente, desde el punto de vista jurídico y constitucional, referirse o remitirse al contenido normativo de la Ley 1382 de 2011, la cual se encontraba todavía vigente al momento de la expedición de la Ley del Plan, y se encuentra todavía vigente hoy y produciendo efectos jurídicos, hasta la expiración del plazo de dos años fijado por la Corte en la sentencia C-366 de 2011 para su expulsión definitiva del ordenamiento jurídico.” (Sentencia C-331 de 2012)

406 “Artículo 116. *Delimitación de ecosistemas de páramo y humedales.* Los ecosistemas de páramo y humedales deberán ser delimitados a una escala adecuada, la cual será definida por el Gobierno Nacional. Asimismo, las corporaciones autónomas regionales y las de desarrollo sostenible realizarán el proceso de delimitación, zonificación y determinación del régimen de uso de estos ecosistemas, para lo cual tendrán un plazo de tres (3) años a partir de la promulgación de la presente ley. Parágrafo 1°. En estas áreas solamente se podrán adelantar las actividades definidas como compatibles o permitidas, por la autoridad ambiental. Parágrafo 2°. No se podrán autorizar actividades mineras, ni agrícolas en los ecosistemas de páramos. Para tales efectos, se considerará la cartografía contenida en el atlas de páramos de Colombia, hasta tanto se cuente con cartografía de la escala adecuada (Gaceta del Congreso 14 de 2011).

por iniciativa del propio Gobierno. En la motivación del proyecto de ley se advirtió sobre la necesidad de garantizar la sostenibilidad ambiental para el desarrollo sostenible de largo plazo del país, mediante: (i) la consolidación de un sistema de gestión ambiental integrado y compartido; (ii) el fortalecimiento de los mecanismos e instrumentos de gestión del riesgo de desastres; (iii) el desarrollo de políticas para promover el uso y la provisión de una canasta energética eficiente; y (iv) el diseño e implementación de estrategias innovadoras de adaptación al cambio climático en todos los sectores económicos, institucionales y sociales.

Además en el documento “Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014” que hace parte del proyecto de ley presentado por el Gobierno Nacional al Congreso⁴⁰⁷, las estrategias ambientales se justificaron, entre otros aspectos, en la necesidad de (i) limitar las zonas de páramo⁴⁰⁸; (ii) incluir las variables del cambio climático en el planeamiento territorial⁴⁰⁹; (iii) tomar medidas contra la vulnerabilidad de los páramos y humedales frente a los macro proyectos mineros y agroindustriales⁴¹⁰ y (iv) apropiar recursos para combatir la degradación de los páramos y humedales por la actividad minera legal e ilegal⁴¹¹.

De este modo, dentro de los lineamientos y acciones estratégicas del Plan Nacional de Desarrollo se hace énfasis, entre otros asuntos, en la necesidad de fortalecer, proteger y restaurar la biodiversidad y sus servicios ecosistémicos, así como en implementar una gestión integral de los recursos hídricos.

Posteriormente, en la ponencia para primer debate en comisiones conjuntas de Senado y Cámara se propuso simplificar los párrafos del proyecto inicial presentado por el Gobierno, “*para eliminar cualquier espacio para dudas en cuanto a las actividades prohibidas en páramos y humedales*”, lo que llevaría en su momento a un primer ajuste de lo que sería la redacción final del artículo 202 de la Ley 1450

407 Gaceta del Congreso 14 de 2011. El texto fue publicado por el Departamento Nacional de Planeación, Bogotá, 2011.

408 Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014: “Es el caso de la indefinición de límites de las zonas de ronda, humedales, páramos, la zonificación y ordenamiento de las reservas de ley 2 de 1959, la estructura ecológica principal y la capacidad de carga por cuenca, las cuales una vez disponibles a escalas generales requerirán con urgencia mayor precisión y su incorporación en el ordenamiento.” y la planificación.

409 Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014: “Adicionalmente, no se han incorporado aún las variables de riesgo por deterioro ambiental, por variabilidad climática y por impactos previstos del cambio climático, en los escenarios prospectivos y en los determinantes de ordenamiento territorial del país.”

410 Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014: “Los páramos, bosques, humedales y sabanas naturales son altamente vulnerables a las demandas generadas por macroproyectos agrícolas, viales y mineroenergéticos, entre otros, ocasionando la transformación y fragmentación de ecosistemas, exacerbando la deforestación³⁸⁸ (MAVDT, 2010:37,39), aumentando el número de especies en condiciones de amenaza, alterando el recurso hídrico y degradando el suelo. Asimismo, la legislación prohíbe para algunos casos adelantar actividades mineras³⁸⁹ y cultivos forestales o sistemas agroforestales con fines comerciales³⁹⁰ en áreas de importancia ecológica y áreas protegidas. Sin embargo, la falta de definición de la Estructura Ecológica Principal³⁹¹ del país, que incluya la delimitación de estas áreas y la zonificación y ordenación de reservas forestales nacionales, han limitado el cumplimiento de estas disposiciones, generando un conflicto con dichos sectores.”

411 Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014: “De acuerdo con el MAVDT, se estima que sólo el 20% de la producción aurífera del país cumple con las normas ambientales. Para que el resto de la minería hiciera lo propio se requerirían recursos equivalentes al 86% regalías anuales que genera el oro. En Chocó, se han degradado más de 22.000 hectáreas por la extracción ilícita de minerales y recuperarlas costaría entre 50 y 150 mil millones. Este daño equivale a la décima parte de la actividad ilegal, por tanto, recuperar la totalidad de las áreas afectadas comprometería alrededor de la cuarta parte de los las regalías generadas por la actividad minera y de hidrocarburos. Si a la reparación del daño por actividades ilegales se suman más de 100 mil hectáreas tituladas a la minería en páramos y cerca de 7 millones de hectáreas de reservas forestales que ya están degradadas, destinando sólo a este fin la totalidad del presupuesto del SINA (1,3 billones de pesos anuales), se tardaría entre 15 y 40 años para corregir estas externalidades ambientales. Pero si se invirtieran una cuarta parte del valor total de las regalías –sin contar los incrementos cíclicos de las mismas–, estos retos se podrían manejar entre 6 y 18 años.”

de 2011⁴¹². En el segundo debate en Senado (Gaceta del Congreso 192 de 2011) y Cámara (Gaceta del Congreso 193 de 2011) se hicieron algunas modificaciones adicionales en relación con la delimitación de los páramos, particularmente en cuanto a aumentar la escala para su elaboración (con el fin de hacerla más precisa y detallada), sujetarla a criterios técnicos y ordenar su expedición mediante acto administrativo para darle publicidad y acceso a la comunidad.

Además, en el trámite parlamentario se dejó constancia de la necesidad de incluir la prohibición analizada en la Ley del Plan que se discutía, dado que la Ley 1382 de 2010 estaba demandada en ese momento ante la Corte Constitucional y podría declararse inexecutable:

“Y la otra propuesta que fue acogida es referente a que se saquen como una importancia estratégica mineral a los páramos y no se exploten de la manera como se bien realizando. No obstante estar esto en la Ley 1382, recordemos que esta ley está demandada ante la Corte Constitucional por no tener consulta con las comunidades indígenas y posiblemente esta ley se declara inconstitucional. Por eso es bueno que en el plan nacional de desarrollo se protejan los páramos que precisamente es uno de los factores que nos tiene hoy avocados a estas inundaciones y a este problema de la ola invernal, dado pues la importancia y la función que cumplen los páramos dentro del ecosistema nacional”. 413

Se puede afirmar entonces que al igual que sucedió con la Ley 1382 de 2010, también en la expedición de la Ley 1450 de 2011 existió una voluntad expresa del legislador de prohibir las actividades mineras y agropecuarias en los ecosistemas de páramo, con el fin de garantizar su preservación, así como los servicios ambientales que dichas zonas naturales pueden prestar.

4. Vigencia del artículo 202 de la Ley 1450 de 2011

De acuerdo con los artículos 341 de la Constitución Política y 14 de la Ley 152 de 1994, dentro de los seis (6) meses siguientes al inicio de cada periodo presidencial, el Gobierno Nacional debe presentar al Congreso de la República el proyecto de ley para la aprobación del Plan Nacional de Desarrollo. De este modo, aunque no se señala expresamente, los planes de desarrollo tienen una vigencia natural de cuatro años, hasta que se apruebe el plan correspondiente al siguiente periodo presidencial. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario tener en cuenta que dentro de los planes de desarrollo, además de las normas de planeación (políticas, metas,

412 Gaceta del Congreso 85 de 2011. El texto aprobado en las Comisiones Conjuntas fue el siguiente: “Artículo 168. *Delimitación de ecosistemas de páramos y humedales (...)* Parágrafo 1°. No se podrán adelantar actividades de exploración, explotación y construcción de refinерías de hidrocarburos, mineras y agropecuarias en los ecosistemas de páramos. Para tales efectos se considera como referencia mínima la cartografía contenida en el atlas de páramos de Colombia, hasta tanto se cuente con cartografía a escala más detallada.” (Gaceta del Congreso 130 de 2011).

413 Intervención del senador Manuel Antonio Virguez (Gaceta del Congreso 330 de 2011). También el senador Juan Mario Laserna señaló que “por eso los artículos que hay en el plan de desarrollo sobre Minería y Medio Ambiente son tan importantes y son muy importantes; porque se prohíbe, por ejemplo, la explotación en páramos, en reservas corales y también se protegen los humedales”. En Gaceta 331 de 2011 se solicita incluso que la misma prohibición de páramos se extienda a los humedales (senador Félix José Varela).

estrategias), existen disposiciones instrumentales que tienen como finalidad hacer efectivos los objetivos generales del plan⁴¹⁴. Al respecto se ha indicado:

“Por consiguiente, es propio de la ley del plan comprender normas destinadas a permitir que se cumplan los objetivos y metas señalados en la parte general y que efectivamente se adelanten las inversiones programadas en la programación de las inversiones. Esto deriva de una cualidad especial de la ley del plan pues, según la Carta, “sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución” (CP art.341) por lo cual es perfectamente natural que en estas leyes se incluyan normas instrumentales, esto es, disposiciones destinadas a permitir la puesta en marcha del propio plan de desarrollo.”⁴¹⁵

Se ha señalado entonces que los planes de desarrollo también pueden incluir “leyes en sentido general”⁴¹⁶, es decir, “normas jurídicas de cuyo cumplimiento se derive la consecución de las metas no sólo económicas, sino también sociales o ambientales que se ha estimado deseable alcanzar”⁴¹⁷. Junto a las estrategias, metas y programas generales del plan, el legislador puede establecer, por tanto, “mandatos, medidas o decisiones legislativas de contenido meramente normativo”.⁴¹⁸ Este tipo de disposiciones normativas usualmente se integran a la legislación ordinaria y, por lo mismo, pueden tener vigencia más allá del periodo cuatrienal de los planes de desarrollo, en la medida que contienen mandatos de duración indefinida o para ser aplicadas en el mediano y largo plazo. Para solo citar un ejemplo, véase la creación de la nueva institucionalidad en materia pensional (liquidación del ISS, CAPRECOM y CAJANAL y creación de COLPENSIONES y de la UGPP), la cual se hizo en el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 (Ley 1151 de 2007), no por lo cual dicha reforma institucional dejó de tener efectos al vencimiento general de dicho plan⁴¹⁹.

Por ello, se reitera, así como los planes de desarrollo “contienen normas a cuya ejecución se compromete el Estado durante el período respectivo”, también es posible identificar “disposiciones que trazan pautas e indicativos a los particulares, propiciando el cumplimiento de los deberes sociales, con arreglo a la ley y dirigidos a la vigencia y aplicación de la Carta Política”. 420

Este es el caso, precisamente, del artículo 202 de la Ley 1450 de 2011 que se analiza. Para la Sala es claro que dicho artículo no es una simple política u objetivo general, sino un mandato normativo que desarrolla deberes constitucionales de las autoridades y forma parte ya de la legislación ambiental del país. En consecuencia, su aplicación no está condicionada a la vigencia general del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. En otras palabras, esto significa que la vigencia de dicho

414 Sentencias C-077 de 2012, C-363 de 2012 y C-376 de 2008, entre otras.

415 Sentencia C-305 de 2004, reiterada en Sentencia C-376 de 2008.

416 Sentencia C-376 de 2008.

417 Sentencia C-305 de 2004, reiterada en Sentencia C-394 de 2012.

418 Sentencia C-376 de 2008.

419 En Sentencia C-378 de 2008, la Corte Constitucional rechazó los cargos de inconstitucionalidad presentados contra esta reforma y señaló que los planes de desarrollo sí podían incluir este tipo de disposiciones normativas si guardaban una conexión directa con sus objetivos y estrategias.

420 Sentencia C-077 de 2012.

artículo es la propia de las leyes ordinarias (indefinida) hasta que una ley posterior la derogue o modifique expresamente.

Incluso, aún si se discutiera la vigencia de la prohibición analizada por el hecho de no volverse a repetir su texto en el próximo Plan Nacional de Desarrollo, la Sala observa en todo caso que dicha restricción deviene directamente de las normas constitucionales y de los instrumentos internacionales ambientales ratificados por Colombia, que ordenan la preservación de los recursos naturales y, particularmente, la protección del agua y de sus fuentes, tal como se revisa más adelante. Además, como ha señalado la Corte Constitucional, en materia ambiental se aplica también un principio de progresividad⁴²¹, de modo que una interpretación basada en la regresividad o desprotección de los ecosistemas de páramo no sería constitucionalmente admisible.

Contextualizada, como ha quedado, la prohibición contenida en el artículo 202 de la Ley 1450 de 2011, la Sala pasa a analizar los diferentes argumentos que operan a favor y en contra de una aplicación estricta de la misma, conforme al plan de trabajo planteado inicialmente.

B. ELEMENTOS NORMATIVOS QUE PROPUGNAN LA APLICACIÓN INMEDIATA Y ESTRICTA DE LA PROHIBICIÓN ANALIZADA

1. Constitución Ecológica y deberes del Estado y la sociedad frente al medio ambiente

La protección del medio ambiente es un aspecto especialmente regulado en la Constitución Política de 1991. La jurisprudencia ha identificado al menos 49 normas constitucionales que se refieren de manera directa o indirecta al medio ambiente⁴²², lo que ha permitido hablar de una “Constitución Ecológica”⁴²³, esto es, un conjunto de disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y el medio ambiente⁴²⁴, y que tienen como presupuesto básico un principio-deber de recuperación, conservación y protección⁴²⁵.

En la arquitectura constitucional el medio ambiente se proyecta en una triple dimensión⁴²⁶: (a) **Como principio jurídico y bien jurídico de interés general:** la

421 Sentencias C-443 de 2009 y C-123 de 2014, entre otras.

422 Sentencia C-293 de 2002.

423 Sentencias C-283 de 2014, C-632 de 2011, C-915 de 2010 y C-189 de 2006, entre otras.

424 Sentencia C-915 de 2010.

425 Sentencia C-632 de 2011: “En dichas disposiciones, que ascienden en número a más de 49, se consagran, según lo ha señalado ya la Corte, una serie de principios, derechos y deberes, inmersos dentro de la noción del Estado social de derecho, que al tiempo de perseguir el objetivo de proteger el medio ambiente y garantizar un modelo de desarrollo sostenible, buscan que el ser humano, fundamento del ordenamiento constitucional, pueda vivir dentro de un entorno apto y adecuado que le permita desarrollar su existencia en condiciones dignas y con mayor calidad de vida”. Igualmente Sentencia C-750 de 2008: “Así, la defensa del medio ambiente constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura de nuestro Estado Social de Derecho, en cuanto hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, el medio ambiente se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia ha denominado Constitución ecológica, conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección”.

426 Sentencia C-750 de 2008, reiterada en sentencia C-915 de 2010. Ver también sentencia C-632 de 2011: “4.9. De este modo, lo ha señalado la Corte, la actual Carta Política, en armonía con los instrumentos internacionales, atiende entonces a la necesidad universal que

protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico y obliga al Estado a proteger las riquezas naturales de la Nación y, si es necesario, hacer ceder los intereses particulares que puedan comprometerlas; (b) **Como derecho:** la Constitución garantiza el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y de acceder a diversas vías judiciales para lograr su protección; y (c) **Como deber público y privado:** a partir de un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares en la defensa y protección del medio ambiente.⁴²⁷

Por tanto, más allá de consideraciones puramente éticas o altruistas, lo cierto es que desde el punto de vista constitucional el medio ambiente constituye *un bien jurídico de especial protección*⁴²⁸ (un objetivo social⁴²⁹), a través del cual se garantiza la preservación de los recursos naturales y la provisión de bienes esenciales para la subsistencia de las generaciones presentes y futuras⁴³⁰.

Entre otros aspectos, la Constitución Política de 1991 consagra en relación con el medio ambiente: (i) el deber estatal de proteger los recursos naturales (artículo 8); (ii) el saneamiento ambiental como servicio público (artículo 49) (iii) la función social y ecológica de la propiedad (artículo 58); (iv) el compromiso del Estado y la sociedad de educar a las generación futuras en la protección del medio ambiente (artículo 66); (v) el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y el correlativo deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente y conservar las áreas de especial importancia ecológica (artículo 79); (vi) el deber estatal de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (artículo 80); (vii) el deber del Estado de prevenir y controlar los factores de

propugna por la defensa del medio ambiente y de los ecosistemas, en beneficio de las generaciones presentes y futuras, consagrando una serie de principios y medidas dirigidos a la protección y preservación de tales bienes jurídicos, objetivos que deben lograrse no sólo mediante acciones aisladas del Estado, sino con la participación de los individuos, la sociedad y los demás sectores sociales y económicos del país. En ese sentido, reconoce la Carta, por una parte, la protección del medio ambiente como un derecho constitucional, ligado íntimamente con la vida, la salud y la integridad física, y por la otra, como un deber, por cuanto exige de las autoridades y de los particulares acciones dirigidas a su protección.”

427 “En ese orden de ideas, resulta lógico que dicho derecho cuente con varias dimensiones, toda vez que ostenta la calidad de i) **derecho fundamental** (por encontrarse estrechamente ligado con los derechos fundamentales a la vida y a la salud); ii) de **derecho-deber** (todos son titulares del derecho a gozar de un ambiente sano pero, además, tienen la obligación correlativa de protegerlo); iii) de **objetivo social** (conservación de las condiciones del medio ambiente para garantizar la supervivencia de las generaciones presentes y futuras) y, iv) de **deber del Estado** (conservación del medio ambiente, eficiente manejo de los recursos, educación ambiental, fomento del desarrollo sostenible, e imposición las sanciones a que haya lugar)”. (Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 28 de marzo de 2014, expediente 2001-90479).

428 Sentencia C-703 de 2010. Ver también Sentencias C-671 de 2001, C-293 de 2002 y C-632 de 2011. En esta última también se indicó: “4.1. En Colombia, la Constitución Política de 1991, atendiendo a la inquietud mundial por la preservación y defensa de los ecosistemas naturales, le reconoció al medio ambiente el carácter de interés superior, a través de un catálogo amplio de disposiciones que configuran la denominada “constitución ecológica” o “constitución verde”.

429 “(...) el medio ambiente es un bien jurídico susceptible de análisis desde diversas perspectivas, ya que es un derecho de las personas, un servicio público y, ante todo, un principio llamado a permear la totalidad del ordenamiento, en la medida en que otorga facultades e impone deberes a las autoridades y aún a los particulares, con miras a su protección que ha adquirido en nuestra Constitución **un carácter de objetivo social**” (se resalta). (Sentencia C-703 de 2010).

430 “La relación del medio ambiente con el factor personal compromete varios aspectos, pues no solo se trata de garantizar los derechos e intereses de las generaciones presentes, sino también los correspondientes a las generaciones futuras, ya que el patrimonio natural de un país “pertenece a las personas que en él viven, pero también a las generaciones venideras, puesto que estamos en la obligación y el desafío de entregar el legado que hemos recibido en condiciones óptimas a nuestros descendientes” (Sentencia C-703 de 2010). Ver igualmente Sentencia C-632 de 2011 en la que también se señaló: “3.5. La preservación de un medio ambiente sano para las generaciones presentes y futuras, se ha convertido así, en un objetivo de principio, y en el punto de partida de una política universal a través de la cual se busca lograr un desarrollo sostenible, entendido éste como aquél desarrollo que “satisface las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de que las futuras generaciones puedan satisfacer sus propias necesidades”. Desde ese punto de vista, el crecimiento económico y tecnológico, antes que oponerse al mejoramiento ambiental, debe ser compatible con la protección al medio ambiente y con la preservación de los valores históricos y culturales, de manera que se encamine siempre hacia la primacía del interés general y del bienestar comunitario.”

deterioro ambiental (artículo 80); (viii) la posibilidad de proteger judicialmente el medio ambiente mediante acciones populares (artículo 88); (ix) el deber de todas las personas y de los ciudadanos de proteger los recursos naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano (artículo 95); (ix) la valoración de los costos ambientales como parte de la función de vigilancia fiscal (artículo 267); (xi) la asignación de funciones específicas a organismos del Estado para la defensa del medio ambiente (artículos 277 y 331); (xii) la asignación de recursos para la protección del medio ambiente (artículo 361); y (xiii) el deber de incluir en los planes de desarrollo políticas ambientales generales y de largo plazo (artículo 339)⁴³¹.

Se destacan los verbos rectores que con mayor fuerza utiliza la Constitución para referirse a los deberes del Estado en relación con el medio ambiente y los recursos naturales:

- a. Asegurar desarrollo sostenible.
- b. Prevenir.
- c. Conservar.
- d. Restaurar.
- e. Sustituir.

Resulta claro que el primer verbo rector (asegurar desarrollo sostenible), siempre debe estar presente en cualquier relación del Estado y la sociedad con el medio ambiente, tal como se analizará mas adelante. Para los demás, es posible que el Estado requiera utilizarlos conjuntamente o que, según sea el caso, deba acudir a ellos de manera diferenciada según la necesidad que se tenga. Por ejemplo, frente a algunas situaciones será necesario restaurar un ecosistema y en otros solamente conservar o sustituir. De manera que en cada caso se deberá revisar la acción estatal que mejor responda a los objetivos ambientales de la Constitución.

Adicionalmente, en lo que respecta al problema central de esta consulta sobre si la protección del medio ambiente tiene en un momento dado la entidad suficiente para hacer ceder situaciones particulares y concretas existentes en los ecosistemas de páramo en Colombia, la Sala observa que la Constitución permitiría una respuesta afirmativa en la medida que: (i) establece la prevalencia del interés general sobre el particular (artículo 1, 2 y 58); (ii) determina el respeto de la libertad económica pero dentro de los límites del bien común y *con la potestad legal de delimitarla cuando así lo exija el interés social y el ambiente* (artículo 333); (iii) le asigna al Estado la dirección general de la economía y la posibilidad *de intervenir en ella*

431 Sentencia C-283 de 2014: "Tales preceptos constitucionales muestran la relevancia del interés superior del medio ambiente -Carta ecológica- como bien a proteger por sí mismo, además de la relación estrecha con los seres de la tierra. Una mayor consciencia, efectividad y drasticidad en la política defensora de la fauna silvestre se constituye en un imperativo. Los peligros y daños ambientales (maltrato animal-progresiva desaparición de la fauna) plantean la necesidad de normar los procesos bajo la neutralización del daño ambiental y la adopción de medidas oportunas eficaces aunque no exista certeza del daño. La interconexión con las demás formas de vida, el acceso apropiado a los recursos biológicos y genéticos, el respeto por el conocimiento tradicional y la protección de la biósfera y biodiversidad, habrán de atenderse por la humanidad."

por mandato de la ley, entre otras razones, para mejorar la calidad de vida de los colombianos y preservar un medio ambiente sano (artículo 334); (iv) permite que el legislador establezca las condiciones de explotación de los recursos naturales no renovables (artículo 360); y (v) consagra el deber de asegurar el suministro de agua potable y saneamiento ambiental como elementos esenciales del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (artículo 366).

A partir de estas consideraciones la Corte Constitucional ha reiterado que el legislador tienen una amplia potestad de configuración de las condiciones y requisitos de explotación de los recursos naturales no renovables, de manera “sólo en casos de manifiesta irrazonabilidad o de afectación desproporcionada del núcleo esencial de otro derecho fundamental”, podría considerarse que una determinada norma ambiental es inconstitucional⁴³².

De otra parte, debe advertirse que la *función social y ecológica* de la propiedad (artículo 58 C.P.) también ha tenido una evolución importante respecto de sus atributos tradicionales de disposición, uso y usufructo⁴³³. Por ejemplo, en su momento se declaró la inexecutable de la expresión “*arbitrariamente*” que utilizaba el artículo 669 del Código Civil para describir las facultades del propietario sobre sus bienes, al considerarse que tal expresión reflejaba una concepción individualista de la propiedad incompatible con su función social y ecológica⁴³⁴. Igualmente, en otro caso, similar incluso al que ahora se revisa -prohibición de “ventas de tierras” en los parques nacionales-, la Corte Constitucional desestimó los cargos de inconstitucionalidad basados en la violación a la propiedad privada y los derechos adquiridos, al recordar que en el Estado Social de Derecho es legítimo exigir la armonización de la propiedad con los intereses generales de la colectividad:

“En este orden de ideas, la propiedad privada ha sido reconocida por esta Corporación como un derecho subjetivo al que le son inherentes unas funciones sociales y ecológicas, dirigidas a asegurar el cumplimiento de varios deberes constitucionales, entre los cuales, se destacan la protección del medio ambiente, la salvaguarda de los derechos ajenos y la promoción de la justicia, la equidad y el interés general como manifestaciones fundamentales del Estado Social de Derecho (C.P. arts 1° y 95, num, 1 y 8). De manera que el mismo ordenamiento jurídico a la vez que se encuentra comprometido con el respeto a su núcleo esencial, debe adoptar medidas que permitan asegurar el logro de las citadas funciones, lo que

432 Sentencia C-331 de 2012.

433 Entre otras, Consejo de Estado, Sentencia del 28 de marzo de 2014, Sección Primera, expediente 2001-90479 (AP); y Corte Constitucional, Sentencias C-306 de 2013 y C-189 de 2006. Al respecto se ha señalado: “4.3.1. Lo pretendido por el actor se ubica en torno a la tensión que emerge entre el derecho de propiedad privada y las limitaciones impuestas por la Constitución y la ley, resultado de las doctrinas socio-jurídicas que han desplazado las tendencias individualistas del derecho ilimitado del propietario, por una visión comunitaria y solidaria a partir de las nociones “función social” y “ecológica”, como elementos aparejados a “utilidad pública”, para fijar el carácter no absoluto y la destinación especial que cumple la propiedad en la relación Estado – sociedad, sin desmedro del reconocimiento de una reparación oportuna y justa por causa de la carga exigida.” (Sentencia 306 de 2013).

434 Sentencia C-595 de 1999: “La Corte ha afirmado, en múltiples ocasiones, que la propiedad, en tanto que derecho individual, tiene el carácter de fundamental, bajo las particulares condiciones que ella misma ha señalado. Justamente los atributos de goce y disposición constituyen el núcleo esencial de ese derecho, que en modo alguno se afecta por las limitaciones originadas en la ley y el derecho ajeno pues, *contrario sensu*, ellas corroboran las posibilidades de restringirlo, derivadas de su misma naturaleza, pues todo derecho tiene que armonizarse con las demás que con él coexisten, o del derecho objetivo que tiene en la Constitución su instancia suprema (...) Por esas consideraciones, la Corte procederá a retirar el término *arbitrariamente* (referido a los atributos del derecho real de propiedad en Colombia) del artículo 669 del Código Civil, demandado”.

*conduce -en últimas- a consolidar los derechos del propietario con las necesidades de la colectividad, debidamente fundamentadas en el Texto Superior.”*⁴³⁵

En síntesis, la protección del medio ambiente y de los recursos naturales opera fuertemente al momento de resolver tensiones como la que plantea el caso analizado, descartando de entrada una actuación neutra de las autoridades o una aplicación del artículo 202 de la Ley 1450 de 2011 que no tenga un efecto real y concreto en el propósito de preservación de los ecosistemas de páramo. Además, tendrá la entidad suficiente para hacer ceder las situaciones particulares y concretas que no puedan armonizarse con la especial protección que el legislador le ha querido dar a esos espacios naturales. Lo anterior es aún más claro a la luz de las declaraciones e instrumentos internacionales de protección del medio ambiente suscritos por Colombia, a partir de los cuales se ha considerado el medio ambiente como un asunto de interés universal (no solo de cada país). Así, los principios 3 y 7 de la Declaración de Río (1992) establecen que:

“Principio 3. El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.

Principio 7. Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra (...)

2. La prevalencia del interés general sobre el particular y su aplicación en materia ambiental.

Como se acaba de indicar, la protección del medio ambiente es un asunto de interés *general*⁴³⁶, que habilita al legislador para establecer límites a su favor y, si es necesario, sacrificios sobre intereses particulares (artículos 58, 333 y 334 C.P.). De este modo, las actividades económicas y productivas, no obstante su protección constitucional⁴³⁷, pueden encontrar límite en las medidas adoptadas dentro del marco constitucional para la protección del medio ambiente:

“En efecto, nuestra Constitución provee una combinación de obligaciones del Estado y de los ciudadanos junto a un derecho individual (artículos 8, 95 numeral 8 y 366). Es así como se advierte un enfoque que aborda la cuestión ambiental desde

435 Sentencia C-189 de 2006.

436 “En efecto, a partir de una lectura sistemática y armónica de las normas que orientan la concepción ecologista de la Constitución Política, particularmente de los artículos 2°, 8°, 49, 58, 63, 67, 79, 80, 95-8, 277-4, 289, 300-2, 313-9, 317, 331, 333, 334 y 366, es posible sostener que el Constituyente de 1991 tuvo una especial preocupación por la defensa y conservación del ambiente y la protección de los bienes y riquezas ecológicas y naturales necesarios para un desarrollo sostenible. Por lo que, hoy en día, el ambiente sano **no sólo es considerado como un asunto de interés general**, sino primordialmente como un derecho de rango constitucional del que son titulares todas las personas en cuanto representan una colectividad”. Sentencia C-189 de 2006. De forma más reciente se ha señalado: “En resumen, la conservación del ambiente **no solo es considerada como un asunto de interés general**, sino principalmente como un derecho internacional y local de rango constitucional, del cual son titulares todos los seres humanos, “en conexidad con el ineludible deber del Estado de garantizar la vida de las personas en condiciones dignas, precaviendo cualquier injerencia nociva que atente contra su salud.” (Sentencia T-154 de 2013)

437 Sentencia C-615 de 2002.

los puntos de vista ético, económico y jurídico: Desde el plano ético se construye un principio biocéntrico que considera al hombre como parte de la naturaleza, otorgándoles a ambos valor. **Desde el plano económico, el sistema productivo ya no puede extraer recursos ni producir desechos ilimitadamente, debiendo sujetarse al interés social, al ambiente y al patrimonio cultural de la nación; encuentra además, como límites el bien común y la dirección general a cargo del Estado.** En el plano jurídico el Derecho y el Estado no solamente deben proteger la dignidad y la libertad del hombre frente a otros hombres, sino ante la amenaza que representa la explotación y el agotamiento de los recursos naturales; para lo cual deben elaborar nuevos valores, normas, técnicas jurídicas y principios donde prime la tutela de valores colectivos frente a valores individuales.⁴³⁸ (Se resalta).

Esta circunstancia -que constitucionalmente exista una consideración del medio ambiente como *bien jurídico de interés general*- no es irrelevante de cara a la solución de los conflictos que se presentan cuando medidas estatales adoptadas para su protección entran en tensión con intereses particulares jurídicamente protegidos.

En efecto, la Constitución establece como elemento definitorio del Estado Colombiano la solidaridad de las personas y la prevalencia del interés general (artículo 1º), además de señalar que uno de los fines esenciales de nuestra organización político-administrativa es el servicio a la comunidad y la promoción de la prosperidad general (artículos 2 y 209). Estas primeras declaraciones de principio de la Constitución son indicativas de que los intereses individuales y particulares, si bien son objeto de respeto y tutela constitucional -pues las autoridades deben proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades (artículo 2º)-, no se encuentran en el mismo nivel al momento de su ponderación con los intereses generales de la colectividad.

Esa diferencia de peso entre los intereses generales y los particulares, a partir de la cual los segundos deben ceder frente a los primeros en caso de conflicto, especialmente en materia económica⁴³⁹, se encuentra expresamente consagrada en varias normas constitucionales. En primer lugar, el artículo 58 Superior prevé que el principio general de respeto a la propiedad privada (expresión máxima de los derechos de contenido patrimonial) y a los derechos adquiridos conforme a las leyes preexistentes, encuentra límite en las leyes expedidas por motivos de utilidad pública o interés social, frente a las cuales “el interés privado deberá ceder al interés público o social”⁴⁴⁰. La misma regla se establece en el artículo 82 *ibidem*, según el cual la integridad del espacio público y su destinación al uso común prevalecen sobre el interés particular. Y también, como ya se había mencionado, el interés social y la defensa del ambiente son título suficiente para limitar la actividad económica privada (artículo 333 C.P.) e intervenir en la economía con el fin de orientarla al

438 Sentencia C-750 de 2008. Igualmente ver Sentencia C-632 de 2011.

439 Sentencia C-489 de 1995: “En materia económica, el interés particular debe ceder ante el interés general (C.P. arts. 1, 58, 333 y 334), no sólo porque la Constitución así lo dispone, sino también por elementales razones de justicia y equidad.”

440 Sentencia C-043 de 1998: “No obstante, si en gracia de discusión se aceptara que el otorgamiento de licencias genera derechos adquiridos en favor de los beneficiarios de las mismas, es claro que, entratándose de actividades que comprometan el interés colectivo, como ocurre con los servicios públicos y, en particular con el servicio de transporte, los derechos individuales deben ceder ante tal interés.”

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 (artículo 334)⁴⁴¹.

Lo anterior es aplicable en materia ambiental, en la que la solución de las tensiones entre la protección de los recursos naturales y los derechos económicos de los particulares, viene dada también bajo la regla constitucional de prevalencia del interés general:

*“Esta Corte, al pronunciarse sobre una de las medidas ambientales previstas en la Ley 99 de 1993, puso de presente que ‘una teórica discusión jurídica en materia ambiental, sobre cuáles derechos prevalecen, la resuelve la propia Constitución, al reconocer la primacía del interés general, bajo las condiciones del artículo 1º’, al limitar varios derechos en función de la protección debida al medio ambiente, los recursos naturales o la ecología, al asignarle al Estado funciones de prevención y control del deterioro ambiental y al radicar en cabeza de los particulares el deber de proteger los recursos culturales y naturales de país y velar por la conservación de un ambiente sano’, conforme lo establece el artículo 95-8 de la Carta”*⁴⁴²

Por ello se ha indicado que un objetivo central de las normas ambientales es subordinar el interés privado que representa la actividad económica al interés público o social que exige la preservación del ambiente⁴⁴³. De este modo, frente a una eventual oposición entre el derecho a un medio ambiente sano y la garantía constitucional de situaciones particulares y concretas, la “primacía del medio ambiente parece difícilmente controvertible”⁴⁴⁴, por las razones de interés general que justifican su protección.

Precisamente, al referirse a las restricciones existentes para el aprovechamiento de los inmuebles y recursos naturales ubicados en los parques nacionales, la Corte Constitucional reconoció la competencia constitucional del legislador para prohibir las actividades industriales, mineras, agrícolas, pesqueras, etc., en aquellas zonas necesarias para la preservación del medio ambiente:

*“Como lo ha reconocido esta Corporación, el Sistema de Parques Nacionales Naturales se convierte en un límite al ejercicio del derecho a la propiedad privada, en cuanto a que las áreas que se reservan y declaran para tal fin, no sólo comprenden terrenos de propiedad estatal, sino de propiedad particular. En estos casos, los propietarios de los inmuebles afectados por dicho gravamen, **deben allanarse por completo al cumplimiento de las finalidades del sistema***

441 Sentencia C-830 de 2010: “La dirección general de la economía, según lo planteado, se expresa de forma más amplia a partir de dos aspectos definidos. En primer término, corresponde al Estado ejercer las medidas dirigidas a que las empresas, habida cuenta su condición de expresiones de la propiedad privada, cumplan las obligaciones que se derivan de su función social y ecológica (Art. 58 C.P.) En segundo lugar, dicha dirección general involucra un grupo de competencias estatales referidas a la intervención, por mandato legal, en aras de regular la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados, con el fin de conseguir 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 (Art. 334 C.P.)

442 Sentencia C-703 de 2010. Ver igualmente Sentencia C-293 de 2002.

443 Sentencia T-254 de 1993, reiterada en Sentencia C-189 de 2006.

444 Sentencia C-703 de 2010.

de parques y a las actividades permitidas en dichas áreas de acuerdo al tipo de protección ecológica que se pretenda realizar. Así, por ejemplo, al declararse un parque como “santuario de flora” solamente se pueden llevar a cabo actividades de conservación, recuperación, control, investigación y educación.

*Lo anterior no implica que los bienes de carácter privado cambien o muten de naturaleza jurídica, por ejemplo, en cuanto a los legítimos dueños de los terrenos sometidos a reserva ambiental, sino que, por el contrario, al formar parte de un área de mayor extensión que se reconoce como bien del Estado, **se someten a las limitaciones, cargas y gravámenes que se derivan de dicho reconocimiento**, lo que se traduce, en tratándose de los parques naturales, en la imposibilidad de disponer dichos inmuebles por fuera de las restricciones que surgen de su incorporación al citado sistema.”⁴⁴⁵*

Lo señalado en este apartado ratifica entonces que si al final del análisis planteado a la Sala no fuera posible conciliar los diferentes principios y derechos en conflicto, la única solución constitucionalmente posible deberá estar estructurada a partir de la regla de prevalencia del interés general sobre el particular.

3. Retroactividad y retrospectividad. Efecto general inmediato de las normas de orden público y su aplicación en materia ambiental

Para este tipo de situaciones que se refieren a la aplicación de la ley en el tiempo, la Sala ha identificado cuatro reglas generales, así:

“1°. Todas las leyes se aplican hacia el futuro a partir de su vigencia, en el entendido de que no pueden desconocer los derechos adquiridos o situaciones consolidadas y que producen efectos de manera inmediata sobre las meras expectativas y las situaciones en curso.

2°. Constitucionalmente existen dos límites expresos en cuanto a los efectos de las nuevas leyes que debe respetar el legislador: la existencia de derechos adquiridos con justo título en el artículo 58 constitucional y la irretroactividad legal en materia penal del artículo 29. Como excepción que confirma la regla, el artículo 58 permite el sacrificio de los derechos adquiridos con justo título “por motivos de utilidad pública o interés social”, previa indemnización.

3°. El legislador puede definir la forma como cada ley en particular entra a regir, especialmente en relación con las situaciones en curso, estableciendo, si lo considera conveniente, un conjunto de reglas conocidas bajo el nombre de “régimen de transición,” que básicamente determinan las situaciones en curso sobre las cuales la ley derogada tiene efecto ultraactivo, y en las cuales la ley nueva tiene efecto inmediato.

445 Sentencia C-189 de 2006, reiterada en Sentencias C-598 de 2010 (prohibición de sustraer áreas de los parques nacionales) y C-746 de 2012 (licencias ambientales en parques nacionales). En esta última: “El mandato de inalienabilidad también supone una restricción frente al derecho de propiedad sobre predios ubicados en el Sistema de Parques Nacionales Naturales. Esta Corporación ha entendido que tales propietarios no pueden transferir mediante venta su derecho, y que en el ejercicio del mismo deben “allanarse por completo a las finalidades del sistema de parques” y a “las actividades permitidas” en dichas áreas.”

4º. *Ante el silencio del legislador sobre la aplicación de la nueva ley a las situaciones en curso, y sin que implique desconocer la vigencia, suele acudir a las reglas contenidas en el Código Civil y en la ley 153 de 1887 cuyo primer artículo establece:*

‘Artículo 1. Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurra oposición entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecerse un tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la República, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes.’⁴⁴⁶

Se diferencia entonces entre retroactividad o aplicación de leyes nuevas a situaciones consolidadas (terminadas) bajo una norma anterior -que por principio constitucional no está permitida (artículo 58 C.P.)-, de la retrospectividad o aplicación de la nueva ley a situaciones en curso al momento de su entrada en vigencia. Sobre esto también se ha pronunciado la Corte Constitucional así⁴⁴⁷:

*“(...) en lo atinente a la **retroactividad de la ley**, la jurisprudencia constitucional ha señalado “que la ley tiene efectos retroactivos cuando se aplica a situaciones ya definidas o consolidadas de acuerdo con leyes anteriores”⁴⁴⁸, mientras que la irretroactividad de la legislación es un dispositivo que se refiere “a la imposibilidad genérica de afectar situaciones jurídicas consolidadas, a partir de la entrada en vigencia de una disposición jurídica nueva. El alcance de esta prohibición, consiste en que la norma no tiene per se la virtud de regular situaciones que se han consolidado jurídicamente antes de su promulgación. Ello sería posible sólo si la misma norma así lo estipula”⁴⁴⁹.*

A su turno, **la ultractividad** puede ser definida como aquella “situación en la que una norma sigue produciendo efectos jurídicos después de haber sido derogada. Estos efectos se dan de manera concurrente con los efectos de la ley derogatoria, pero sólo frente a ciertas situaciones que se consolidaron jurídicamente a partir de lo contenido en la norma derogada mientras estuvo vigente. El efecto ultractivo es la consecuencia de **la irretroactividad**, y por ello se fundamenta también en el respeto que nuestro orden jurídico garantiza a las situaciones jurídicas consolidadas, respecto de los efectos de normas nuevas. Finalmente, el fenómeno de la retrospectividad de las normas de derecho se presenta, como ya se anticipó, cuando las mismas se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición. Este instrumento ha sido concebido por la jurisprudencia nacional como un límite a la retroactividad, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del

⁴⁴⁶ Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de julio de 2011. Radicado 2064.

⁴⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencias T- 110 de 2011 y T-140 de 2012

⁴⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-177 de 2005.

⁴⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-389 de 2009.

valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad”.

Con base en lo anterior se abre la posibilidad de entender que aplicación de la ley nueva a las situaciones en curso no se opone necesariamente al artículo 58 de la Constitución Política:

*“La fórmula general que emana del artículo 58 de la Constitución para solucionar los anteriores conflictos, como se dijo, es la irretroactividad de la ley, pues ella garantiza que se respeten los derechos legítimamente adquiridos bajo la ley anterior, sin perjuicio de que se afecten las meras expectativas de derecho. No obstante, la misma Carta fundamental en el mencionado artículo, autoriza expresamente la retroactividad de las leyes penales benignas al reo, o de aquellas que comprometen el interés público o social. **Ahora bien, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua**”.*⁴⁵⁰ (Se resalta)

Por tanto, en relación con las leyes nuevas es posible hablar de una aplicación *“general, inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad”*⁴⁵¹, esto es, con efectos sobre las situaciones jurídicas en curso al momento de su entrada en vigencia⁴⁵². De esta manera, a diferencia de las situaciones consolidadas o definidas bajo el imperio de una ley anterior -sobre las cuales rige un principio general de irretroactividad-, se puede aceptar que la nueva ley gobierne no sólo las situaciones jurídicas nacidas a partir de su entrada en vigencia, sino también *los efectos jurídicos presentes y futuros* de aquellas nacidas bajo una ley anterior (retrospectividad)⁴⁵³.

450 Sentencia C-736 de 2002, reiterada en Sentencia C-068 de 2013, que con base en aquella señaló: “Así, mientras la retroactividad se refiere a la aplicación de la ley a situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de normas derogadas, la retrospectividad es un efecto connatural a todas las regulaciones jurídicas y versa sobre su aplicación respecto de asuntos que, si bien estaban regulados por la ley derogada, no generaron situaciones consolidadas ni derechos adquiridos, sino que se mantienen a la entrada en vigencia de la nueva ley, por lo que se incorporan integralmente a dicha regulación, sin importar el estado en el que se encuentran. En este orden de ideas, la retrospectividad implica una simple modificación de las situaciones jurídicas no consolidadas al amparo de una ley, como consecuencia de un tránsito normativo.”

451 “Con base en lo expuesto, este Tribunal delimitó conceptualmente los citados efectos de la ley en el tiempo, frente a lo cual concluyó que el fenómeno de la retrospectividad es enteramente compatible con el principio de legalidad. Sobre el particular, dijo que: (i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados.” (Sentencia T-389 de 2009). Para la Sección Segunda del Consejo de Estado la retrospectividad debe ser entendida como la afectación de una norma a situaciones que se han originado en el pasado, pero que se encuentran en curso al momento de su vigencia (Sentencia del 23 de septiembre de 2010. Expediente 2005-07053).

452 Sentencia C-068 de 2013, con base en Sentencia T-110 de 2011 y C-736 de 2002, entre otras. La aplicación retrospectiva de la ley se ha fundado principalmente en la necesidad de atemperar las consecuencias que se derivan de una aplicación extrema del principio de irretroactividad “asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad.” (Sentencia T-110 de 2011).

453 Es conveniente anotar que la retrospectividad de la ley no solamente es propia del ámbito laboral, pues se ha reconocido su aplicación en varios campos del derecho (Sentencias C-014 de 1993, C-424 de 1994, C-374 de 1997, C-539 de 1997 y C-335 de 1999). Este es un principio general aceptado también, por ejemplo, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el cual ha indicado: “A este respecto, procede recordar que una norma jurídica nueva se aplica, en principio, a partir de la entrada en vigor del acto que la contiene.

Este efecto retrospectivo de la ley es particularmente importante en relación con las normas expedidas por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública, respecto de las cuales la Ley 153 de 1887 dispone expresamente su aplicación inmediata, incluso cuando restringen derechos amparados en la ley anterior:

*“Artículo 18. Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato”.*⁴⁵⁴

En ese sentido, la propia doctrina civilista -que más fuertemente defiende la estabilidad y la seguridad jurídica derivada de lo pactado- reconoce que la regla general según la cual *en todo contrato se entienden incluidas las leyes vigentes al momento de su celebración (artículo 38 de la Ley 153 de 1887⁴⁵⁵)*-de modo que no se vería afectado por leyes posteriores-, tiene límite o acepta una excepción frente a normas expedidas por razones de orden público o social⁴⁵⁶. Así lo indicado también el Consejo de Estado al estudiar la seguridad jurídica en los contratos estatales:

*“Sin embargo, este principio [el de irretroactividad] no es de carácter absoluto y cede por autoridad de la propia Carta Política y, por ende, ante principios superiores, como ocurre en el caso de las leyes penales favorables (art. 29 C.P.); o por precisas razones de orden público e interés general, con fundamento en las cuales bien puede el Legislador establecer ciertas y expresas excepciones a la misma (...)”*⁴⁵⁷.
(Se subraya – corchete fuera de texto)

Si bien esta norma no se aplica a las situaciones jurídicas nacidas y definitivamente consolidadas bajo el imperio de la antigua norma, sí se aplica a los efectos futuros de tales situaciones, así como a las situaciones jurídicas nuevas” Sentencia del 16 de diciembre de 2010 (Stichting Natuur en Milieu y otros). Ver también, Sentencia del 19 de septiembre de 2013 (caso Filev y Osmani contra Alemania): “según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una norma nueva se aplica inmediatamente, salvo excepción, a los efectos futuros de una situación nacida bajo el imperio de la antigua norma (véanse las sentencias de 29 de enero de 2002, Pokrzeptowicz-Meyer, C-162/00, Rec. p. I-1049, apartado 50; de 10 de junio de 2010, Bruno y otros, C-395/08 y C-396/08, Rec. p. I-5119, apartado 53, y de 1 de marzo de 2012, O’Brien, C-393/10, apartado 25).” Sobre la retrospectividad la doctrina también ha señalado que “(...) la eficacia de las normas acompaña naturalmente a su vigencia y, en consecuencia, empieza entonces a aplicarse a cualquier supuesto de hecho subsumible en las reglas y previsiones de aquéllas. Por tanto, puede decirse que las normas nuevas se aplican inmediatamente a todos los efectos que aunque provengan de situaciones pasadas, no se hayan agotado antes de la entrada en vigor de la ley nueva o que hayan surgido después de su entrada en vigor (Muñoz Machado, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo II, lustel. 2006) Schneider indica igualmente, con base en el Tribunal Constitucional Alemán, que “la retroactividad impropia o retrospectión se produce cuando ‘una norma incide sobre situaciones generadas en el pasado pero que continúan después de la entrada en vigor de aquella porque no han agotado sus efectos’”. (Schneider, J.P. Seguridad Jurídica y Protección de la Confianza en el Derecho Constitucional y Administrativo Alemán. INAP. 2002).

454 Sentencia C-136 de 1993: “La norma es constitucional, porque simplemente es la aplicación del efecto inmediato que tienen las normas expedidas por motivos de orden público o de interés público o social, en cuanto que, a través de ellas, se garantiza la prevalencia del interés general y la necesidad de asegurar la convivencia pacífica y la protección inmediata por las autoridades de la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades de los asociados (Artículos 1° y 2° de la C.P.). Además, la norma en referencia es una reiteración del principio contenido en el artículo 18 de la ley 153 de 1887(...)”

455 “Artículo 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptuándose de esta disposición:

1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y
2. 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.”

456 Ver por ejemplo la clásica obra de Julliot de Molandière “La noción de orden público en derecho privado”, traducida en Colombia por Hernández Mora Alberto y Ortiz González Alberto, Bogotá, 1956. También en la obra de Henri, León y Jean Mazeaud, en la cual se advierte la necesidad de “...distinguir entre las situaciones jurídicas no contractuales, que la nueva ley debe alcanzar inmediatamente, de las situaciones contractuales incluso en curso, que no podrían ser modificadas sin perturbar injustamente el equilibrio del contrato con perjuicio de uno de los contratantes (...) Sin embargo, motivos imperiosos de orden público, pero solo ellos, pueden conducir a someter a la ley nueva efectos que normalmente no debía alcanzar...” (Mazeaud, Henri, León y Jean, Lecciones de Derecho Civil, Ediciones Jurídicas Europa, 1959, Págs. 299 y ss.). Ver igualmente los cursos de derechos Civil de Joserand y de Colin y Capitant.

457 Sección Tercera, Sentencia del 28 de junio de 2012, expediente 1996-1233. La Corte Constitucional también ha indicado: “Es decir, que los términos de los contratos de concesión de servicios públicos, incluidos los que adjudican espacios públicos de la televisión, pueden verse afectados por las disposiciones de una ley posterior a aquella que regía en el momento de su celebración, inclusive en lo que tiene que ver con los derechos, obligaciones y prerrogativas del concesionario como contratista particular, siempre y cuando esas nuevas disposiciones traduzcan motivos de interés público o bienestar general, que como tales superen el interés particular: ‘En suma el interés de la comunidad está siempre por encima del interés del individuo, sea cual fuere el origen de su reconocimiento y protección jurídica... aún

Lo que se ha acaba de indicar en relación con la aplicación inmediata de las normas de orden público o social es aún más relevante en materia ambiental, cuyas disposiciones tienen por ley esa condición. Inicialmente lo dispone así la Ley 99 de 1993 que señala:

“Artículo 107. (...) Las normas ambientales son de orden público y no podrán ser objeto de transacción o de renuncia a su aplicación por las autoridades o por los particulares.”

Una disposición similar aparece también en el propio Código de Minas, que en su artículo 196 consagra la regla de aplicación inmediata de las normas ambientales:

“Artículo 196. Ejecución inmediata. Las disposiciones legales y reglamentarias de orden ambiental son de aplicación general e inmediata para todas las obras y labores mineras a las que les sean aplicables.”

Se puede concluir entonces para el caso analizado que el artículo 202 de la Ley 1450 de 2011, por ser norma ambiental de orden público e interés social, tiene efecto general inmediato y permite ser aplicado con retrospectividad, salvo que exista una razón constitucional de mayor peso que lo impida o exija su morigeración, tal como se verá más adelante.

4. El principio de precaución como criterio orientador de las decisiones públicas y de los particulares en materia medio ambiental

Como se señaló anteriormente, una de las funciones principales del Estado en relación con el medio ambiente es la de prevenir su afectación y deterioro (artículo 80 C.P.). Antes que sancionar a los infractores, o de tener que asumir los costos económicos, sociales y ambientales de la restauración de un ecosistema, o que afrontar la irreparabilidad del daño causado por la acción humana, las autoridades y los particulares están obligados a evitar que esa afectación del medio ambiente se produzca⁴⁵⁸. Para el logro de este propósito se han diferenciado dos escenarios posibles⁴⁵⁹:

(i) cuando se conocen los efectos de una acción o actividad sobre el medio ambiente, opera **el principio de prevención** “que se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo presupuesto es la posibilidad de conocer con

en las concesiones de naturaleza contractual el concesionario particular está sujeto a las modificaciones reglamentarias producidas por la administración concedente en atención a las exigencias del servicio público o a los imperativos del interés social...” (se resalta. Sentencia C-350 de 1997)

458 Sentencia C-703 de 2010: “La primera parte de la disposición citada constituye el fundamento de una labor preventiva que adquiere especial significado tratándose del medio ambiente, para cuya protección se le otorga una singular importancia a la evitación de la vulneración o del daño que pueda llegar a presentarse, dado que buena parte de las causas de perturbación, de concretarse, tendrían impactos irreversibles y, en caso de resultar posible la reversibilidad de los efectos, las medidas de corrección suelen implicar costos muy elevados.”

459 Sentencia C-703 de 2010.

antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente”;

(ii) por el contrario, cuando se trata de riesgos o daños cuya magnitud no es posible conocer por anticipado (por limitaciones técnicas o científicas), se aplica *un principio de precaución*, según el cual cuando exista peligro de daño grave e irreversible, “la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.”⁴⁶⁰.

A partir de esta diferenciación, la jurisprudencia ha indicado en relación con el principio de precaución lo siguiente:

“(...) en un estado de incertidumbre y aunque no haya una plena certeza acerca de una situación, el principio de precaución le permite a la administración, como primer paso, adoptar medidas preventivas para hacer frente a una afectación derivada de un hecho o situación o para conjurar un riesgo grave que amenaza con dañar el medio ambiente en forma irreparable o de muy difícil tratamiento, mientras que la sanción se impone al culminar el procedimiento administrativo regulado por la ley y siempre que se haya demostrado la infracción ambiental y establecido la correspondiente responsabilidad.”⁴⁶¹ (Se resalta)

De este modo, si existe evidencia científica de un riesgo grave de afectación o daño a la salud o al medio ambiente, las autoridades competentes deben actuar con base en un *principio de precaución* así sea imposible cuantificar anticipadamente la magnitud o el alcance de dicha afectación:

“15- Las anteriores consideraciones permiten afirmar que, en cierta medida, la Carta ha constitucionalizado el llamado “principio de precaución”, pues le impone a las autoridades el deber de evitar daños y riesgos a la vida, a la salud y al medio ambiente. Sin embargo, dicho principio, y en general los deberes de prevención que la Carta asigna a las autoridades en este campo, no significan que únicamente cuando se ha demostrado que un producto o un proceso no tiene ningún riesgo entonces puede ser usado, pues es imposible demostrar la ausencia de riesgo. El principio de precaución supone que existen evidencias científicas de que un fenómeno, un producto o un proceso presentan riesgos potenciales a la salud o al medio ambiente, pero esas evaluaciones científicas no son suficientes para establecer con precisión ese riesgo. Y es que si no hay evidencias básicas de un riesgo potencial, no puede arbitrariamente invocarse el principio de precaución para inhibir el desarrollo de ciertas prácticas comerciales o investigativas. Por el contrario, en los casos de que haya sido detectado un riesgo potencial, el principio de precaución obliga a las autoridades a evaluar si dicho riesgo es admisible o no, y con base en esa evaluación deben determinar el curso de acción.”⁴⁶²

⁴⁶⁰ Artículo 1.6 de la Ley 99 de 1993 en concordancia con el artículo 15 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992. Ver Sentencia C-703 de 2010.

⁴⁶¹ Sentencia C-703 de 2010, reiterada en Sentencia C-222 de 2011.

⁴⁶² Sentencia C-988 de 2004.

El principio de precaución, que según la jurisprudencia se puede expresar con la expresión “in dubio pro ambiente”⁴⁶³, aparece recogido en la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo y forma parte de la legislación colombiana a través de la Ley 99 de 1993⁴⁶⁴. Además, la Corte Constitucional ha señalado que aunque hace parte del ordenamiento positivo, con rango legal, en todo caso “se encuentra constitucionalizado, pues se desprende de la internacionalización de las relaciones ecológicas (art. 266 CP) y de los deberes de protección y prevención contenidos en los artículos 78, 79 y 80 de la Carta” además de que se deriva del deber impuesto a las autoridades “de evitar daños y riesgos a la vida, a la salud y al medio ambiente”⁴⁶⁵.

Con base en ese principio, por ejemplo, se ha declarado la constitucionalidad de la facultad de suspensión de la obra o actividad que desarrolla el particular “si de tal actividad se deriva daño o peligro para los recursos naturales o la salud humana, así no exista la certeza científica absoluta”⁴⁶⁶. También a propósito de la norma que excluye determinadas zonas de la actividad minera (artículo 34 de la Ley 685 de 2001), la Corte Constitucional señaló que el principio de precaución debía ser utilizado por las autoridades “al estudiar y evaluar los métodos y sistemas de extracción.”⁴⁶⁷

Igualmente el Consejo de Estado se ha referido a la importancia del principio de precaución para la toma de decisiones públicas referidas al medio ambiente, por ejemplo en los recientes fallos sobre la descontaminación del Río Bogotá⁴⁶⁸ y la protección de los cerros orientales de esta misma ciudad⁴⁶⁹.

Todo lo anterior, aplicado al asunto analizado de los títulos mineros otorgados antes de 2010, determinaría que frente a un riesgo grave de destrucción de un ecosistema de páramo que no pueda ser evitado a través de los instrumentos ambientales existentes, debe preferirse su terminación anticipada en lugar de su continuidad, en virtud de un principio de precaución y con base en las reglas de prevalencia del interés general sobre el particular.

463 Sentencia C-339 de 2002.

464 Los principios de la Declaración de Río fueron incorporados a la legislación Nacional en el artículo 1 de la Ley 99 de 1993, según el cual: “1. El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo.” La Corte Constitucional declaró exequible esta disposición y rechazó los cargos de inconstitucionalidad basados en que dicha incorporación debió hacerse por tratado internacional ratificado por Colombia y aprobado por el Congreso de la República mediante Ley (Sentencia C-528 de 1994).

465 Sentencia C-703 de 2010 y C-988 de 2004.

466 Sentencia C-293 de 2002.

467 Sentencia C-339 de 2002.

468 Sección Primera, Sentencia del 28 de marzo de 2014, expediente 2001-90479-01(AP); “En ese sentido, el principio de precaución ha de ser aplicado por el Estado en la toma de decisiones encaminadas a la protección del medio ambiente, y su decisión no será considerada arbitraria ni vulneradora de otros derechos fundamentales de aquellas personas que resulten afectadas con la medida, siempre que, observe las siguientes reglas: (i) que exista peligro de daño, (ii) que éste sea grave e irreversible, (iii) que exista un principio de certeza científica, así no sea ésta absoluta, (iv) que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente y (v) que el acto en que se adopte la decisión sea motivado”.

469 Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 5 de noviembre de 2013, expediente 2005-00662-03(AP).

C. ELEMENTOS NORMATIVOS QUE OPERAN EN FAVOR DEL RECONOCIMIENTO DE LAS SITUACIONES EXISTENTES ANTES DE LA PROHIBICIÓN ANALIZADA

Hasta el momento se ha señalado que la Constitución Política considera la protección del medio ambiente como un asunto de interés general (artículos 8, 79 y 80); también se ha advertido sobre la existencia de un principio constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular (artículos 1 y 58), el cual, consecuentemente, es aplicable a las leyes expedidas para la protección y preservación del medio ambiente. Además, se ha indicado que la actividad económica, si bien se encuentra protegida constitucionalmente, tiene límite, entre otras, en las normas ambientales (artículo 333) y que, precisamente, la preservación del medio ambiente y de los recursos naturales son causas suficientes para justificar la intervención del Estado en la economía (artículo 334).

También es cierto que la función ecológica de la propiedad permite que este derecho pueda “*ser objeto de medidas y limitaciones de distinto orden y alcance*”⁴⁷⁰, entre ellas restricciones a las facultades de uso, aprovechamiento y disposición de los recursos naturales, especialmente: (i) en el sentido de que tales atributos de la propiedad no pueden interpretarse bajo una visión absoluta e individualista⁴⁷¹; y (ii) que son susceptibles de restricciones de mayor grado o intensidad por parte del legislador en virtud de su relación con la satisfacción de necesidades colectivas de las generaciones presentes y futuras⁴⁷².

Sin embargo, el sacrificio de situaciones particulares por razones de interés general, inclusive si se trata de la protección del medio ambiente, tiene límites y condiciones constitucionales que también han sido advertidos por la jurisprudencia:

“9. En virtud de lo anterior, es claro que si bien los atributos del derecho a la propiedad privada pueden ser objeto de limitación o restricción, en aras de cumplir con las funciones sociales y ecológicas que reconoce la Constitución Política, no por ello puede llegarse al extremo de lesionar su núcleo esencial que se manifiesta en el nivel mínimo de ejercicio de los atributos de goce y disposición, que produzcan utilidad económica en su titular. En cuanto se refiere al atributo de la libre disposición o enajenación de los bienes (ius abutendi), independientemente de que ya no exista en la actual Carta Política, una cláusula como la prevista en el artículo 37 de la Constitución de 1886 que establecía: “No habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación ni obligaciones irredimibles”; lo cierto es que como lo ha

470 Sentencia C-306 de 2013.

471 Sentencia C-595 de 1999.

472 Sentencia C-126 de 1998, reiterada en Sentencia C-189 de 2006. “Sin embargo, esa noción clásica de la propiedad, que se inscribe en una concepción individualista, progresivamente fue cediendo a las exigencias de justicia social y de desarrollo económico sostenible, que le imprimieron una importante variación en su concepción, pues pasó de ser considerada como un derecho absoluto para convertirse en un derecho relativo, susceptible de limitación o restricción, en aras de hacer efectivos los intereses públicos o sociales que priman en la sociedad (...). Ahora bien, en la época actual, se ha producido una “ecologización” de la propiedad privada, lo cual tiene notables consecuencias, ya que el propietario individual no sólo debe respetar los derechos de los miembros de la sociedad de la cual hace parte (función social de la propiedad) sino que incluso sus facultades se ven limitadas por los derechos de quienes aún no han nacido, esto es, de las generaciones futuras, conforme a la función ecológica de la propiedad y a la idea del desarrollo sostenible. Por ello el ordenamiento puede imponer incluso mayores restricciones a la apropiación de los recursos naturales o a las facultades de los propietarios de los mismos, con lo cual la noción misma de propiedad privada sufre importantes cambios.” Sentencia C-189 de 2006, que reitera Sentencia C-126 de 1998. Del Consejo de Estado ver Sentencia del 28 de marzo de 2014, Sección Primera, expediente 2001-90479 (AP).

reconocido esta Corporación, la regla general es que dicha atribución al constituir una de las expresiones inherentes al ejercicio del derecho a la propiedad privada, no puede ser objeto de restricciones irrazonables o desproporcionadas, que se traduzcan en el desconocimiento del interés legítimo que le asiste al propietario de obtener una utilidad económica sobre los mismos, tal y como se deduce de la protección de su núcleo esencial, en los términos jurisprudenciales previamente expuestos”⁴⁷³ (Se resalta)

Además, es necesario tener en cuenta que la empresa, como motor de desarrollo, también es objeto de protección constitucional (artículo 333 C.P.), de manera que si bien el legislador puede imponer límites a su ejercicio, debe actuar con razonabilidad y sin sacrificar el núcleo esencial de ese derecho:

“8.2. En este marco de ideas, cuando el derecho de asociación se ejerce para materializar proyectos económicos se inscribe en el ámbito del derecho de libertad de empresa consagrado en el artículo 333 Superior. Esta norma dispone que (1) la actividad económica y la iniciativa privada se someten únicamente a los requisitos previstos por la ley y tienen como límite el bien común; (2) que la libre competencia es un derecho que supone responsabilidades; que la empresa tiene una función social; (3) que el Estado por mandato de la ley impedirá que se restrinja la libertad económica y evitará el abuso de personas o empresas que se encuentren en posición dominante; finalmente, (4) establece que la ley establecerá el alcance de la libertad económica por motivos de interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

8.3. La Corte ha interpretado el artículo 333 de la Constitución, en el sentido que la libertad económica no es un derecho absoluto porque se faculta al legislador a limitarlo siempre y cuando esta restricción sea razonable y acorde con el sistema de valores, principios y derechos consagrados en la Carta”⁴⁷⁴

Por tanto, las restricciones impuestas a las personas por razones de interés general tienen límite en todo caso en el núcleo esencial de las garantías individuales:

“La efectividad de dicho juicio de inexecutableidad exige que el juez constitucional pondere con sumo cuidado la tensión existente entre el interés privado y la prevalencia del interés general, con el propósito de hacer compatibles ambas modalidades de bienestar, sobre la base de la preponderancia del interés colectivo, pero sin llegar a desconocer el núcleo esencial de las garantías individuales.”⁴⁷⁵

Para efectos de esta consulta, la Sala se referirá de manera particular a dos aspectos que sin llegar al punto de dejar sin efectos la prohibición legal analizada, sí llaman la atención sobre la necesidad de tener en cuenta una perspectiva integral de los diferentes derechos y principios en tensión, en orden a obtener una solución constitucionalmente admisible. En primer lugar se revisarán las garantías

473 Sentencia C-189 de 2006.

474 Sentencia C-815 de 2013. Ver igualmente Sentencia C-792 de 2002.

475 Sentencia C-623 de 2004.

a la propiedad, la seguridad jurídica y la confianza legítima y posteriormente se abordará la protección del campo y la vida campesina como bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

1. Protección de la propiedad y los derechos adquiridos conforme a la ley. Seguridad jurídica y protección de la confianza legítima

En particular, la primera y más fuerte barrera a la afectación de situaciones particulares es la exigencia del artículo 58 Superior, en cuanto a que, en principio y por regla general, todas las autoridades, inclusive el legislador, deben respetar la propiedad privada y los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles (prohibición general de retroactividad). Esta es la base constitucional de la seguridad jurídica como valor esencial del Estado Social de Derecho, que le otorga a los ciudadanos certeza sobre sus derechos y predictibilidad y confianza en su protección por parte de las autoridades⁴⁷⁶.

La seguridad jurídica es la palabra dada por la sociedad y las instituciones a sus asociados de que los proyectos de vida (económicos, sociales, personales, etc.) que se estructuran dentro del marco legal, serán, en el presente y en el futuro respetados y protegidos por las autoridades. Se oponen a ese propósito la inestabilidad normativa, los cambios intempestivos de reglas de organización social y la incertidumbre en la interpretación y aplicación de las leyes. De allí que la seguridad jurídica tenga una fuerte relación con la irretroactividad de las leyes, el respeto de lo pactado, la confianza jurídica, la predictibilidad de las decisiones judiciales y administrativas y la coherencia del ordenamiento jurídico. Este principio de seguridad jurídica en casos como el revisado puede analizarse desde las siguientes perspectivas, así:

1.1 Desde la protección a la propiedad y la garantía de indemnización frente a sacrificios impuestos por razones de interés general

Como se acaba de indicar, por principio, las autoridades no pueden actuar negativamente sobre las situaciones particulares y concretas creadas por una ley anterior. Excepcionalmente se permite esa afectación cuando (i) lo determine la ley y (ii) haya razones de interés público o social que así lo exijan (artículos 58 y 336⁴⁷⁷ C.P.). La verificación de esas circunstancias y de la necesidad constitucional de llegar hasta el punto del sacrificio de situaciones particulares en razón de una necesidad pública o social está además abierta a la acción pública de inconstitucionalidad, que permite controlar los eventuales excesos del legislador a través de un juicio estricto de razonabilidad⁴⁷⁸.

476 Sentencia C-816 de 2011.

477 El artículo 336 de la Constitución faculta al legislador para establecer monopolios como arbitrio rentístico y con una finalidad de interés público o social, pero sujeto en todo caso a la indemnización previa de todos aquellos que en virtud de esa decisión "deban quedar privados del ejercicio de una actividad económicamente lícita". En este caso el sacrificio de la iniciativa privada y de la libertad económica también exige un propósito de interés público e indemnización previa, puesto que "un monopolio legal representa una excepción a la iniciativa privada y a la libertad de empresa, ya que autoriza al Estado para el ejercicio de ciertas actividades, en tanto las prohíbe, en principio, a los particulares" (Sentencia C-1191 de 2001. Ver igualmente Sentencia C-226 de 20049).

478 Sentencia C-459 de 2011.

Así entonces, como ya se advirtió, la prevalencia del interés general, incluso cuando se trata de lograr los objetivos constitucionales de protección del medio ambiente, si bien permite imponer límites y restricciones, debe respetar en todo caso el derecho de propiedad:

“Para lograr precisamente el desarrollo sostenible se ha admitido por la jurisprudencia de esta Corporación, que a partir de la función ecológica que establece la Constitución Política en el artículo 58, se puedan imponer por el legislador límites o condiciones que restrinjan el ejercicio de los atributos de la propiedad privada, siempre y cuando dichas restricciones sean razonables y proporcionadas de modo que no afecten el núcleo esencial del citado derecho.”⁴⁷⁹

Ahora bien, si se cumplen los anterior requisitos y la prevalencia del interés general sobre el particular conlleva inexcusablemente la necesidad de afectar las situaciones consolidadas y los derechos adquiridos (decisión que solo puede tomar el legislador), el mismo artículo 58 Superior exige, además, indemnización previa y, por regla general, sentencia judicial. Así, la tensión entre la propiedad privada y el interés general es resuelta constitucionalmente a favor de ese último, pero a condición del pago previo de una indemnización⁴⁸⁰, que opera como figura compensatoria o subrogatoria del derecho del cual ha sido privado su titular⁴⁸¹. De este modo, la propiedad no se desconoce sino que, precisamente, su reconocimiento determina su transformación *“en un derecho de crédito frente a la entidad pública expropiante, por el valor de la indemnización.”⁴⁸²*

Así entonces, como el sacrificio de situaciones individuales y concretas no constituye la regla general de actuación del Estado y conlleva un efecto claramente aflictivo para los ciudadanos, la posición jurídica de estos está rodeada de una serie de garantías mínimas como (i) la sujeción estricta del principio de legalidad (cumplimiento de exigencias constitucionales); (ii) la observancia de un debido proceso y (iii) el pago de una indemnización que evite que la decisión de la Administración se convierta en *“un acto confiscatorio, expresamente prohibido en el artículo 34 de la Constitución.”⁴⁸³*

1.2 Desde la responsabilidad del Estado por el rompimiento del principio de igualdad de las cargas públicas

De otra parte, es necesario tener presente que la Constitución Política garantiza la reparación del daño antijurídico (artículo 90 C.P.), uno de cuyos supuestos es, según la jurisprudencia, la aplicación de leyes expedidas por razones de interés general que sacrifican situaciones particulares y concretas (sin implicar una expropiación en estricto sentido) y para las cuales el legislador no ha establecido un específico

479 Sentencia C-189 de 2006.

480 “La expropiación comporta una tensión entre el principio de prevalencia del interés general y el derecho a la propiedad privada, la cual ha sido resuelta por el Constituyente mediante la cesión del interés particular por motivos utilidad pública o interés social, pero garantizando al propietario expropiado una sentencia judicial y el establecimiento de una indemnización previa.” (Sentencia C-306 de 2013)

481 Sentencia C-306 de 2013.

482 Sentencia C-306 de 2013.

483 Sentencia C-227 de 2011.

régimen de transición o de reparación. En tales casos, si se rompe el equilibrio de las cargas públicas (responsabilidad sin falla), puede haber lugar a responsabilidad del Estado-legislador:

“Ahora, para la Sala resulta claro que la responsabilidad del Estado comprende el daño causado por el resultado negativo de su intervención en las actividades de que se trata, cuando habiendo debido preverlo no se lo consideró; sin perjuicio de los riesgos propios que el operador económico está obligado a asumir, de la misma forma que son suyos los beneficios. Resulta necesario entonces que el legislador, al tiempo que resuelve modificar su política, diseñe y regule regímenes de transición normativa, en orden a proteger los intereses que pueden resultar afectados con las nuevas medidas, corrigiendo así los desequilibrios de manera que todos los sectores y actores económicos reciban un trato equitativo.

De no ser ello así, es decir si lo previsible no se consideró y el perjuicio se causó, no queda sino, en aplicación de la cláusula general de responsabilidad que, como quedó explicado, obliga a todas las ramas y órganos del poder, corregir el desequilibrio ante las cargas públicas producto de la facultad normativa (...)

Como se observa, el daño especial y la vulneración de la confianza legítima, aunque ambos fundados en el principio de la igualdad ante las cargas públicas, difieren en cuanto a los intereses protegidos, empero se complementan para impedir que, en nombre del interés general, mientras algunos se benefician otros resultan sacrificados, sin que su situación hubiese sido considerada.”⁴⁸⁴

Así, en casos como el analizado, la protección de los ecosistemas de páramo en beneficio de toda la colectividad, e incluso de la sostenibilidad ambiental global, debe tener en cuenta también la situación de las personas que habitan o explotan legalmente dichos territorios, con el fin de evitar, en la medida de lo posible, que la implantación de la prohibición analizada genere innecesariamente situaciones de responsabilidad estatal.

1.3 Desde el principio de seguridad jurídica, confianza legítima y el derecho a un régimen de transición

Adicionalmente hay que tener en cuenta que la Constitución protege la buena fe y la confianza legítima, las cuales indican que no debe haber cambios normativos intempestivos sin que medie un periodo de transición para su asimilación⁴⁸⁵. Precisamente, la jurisprudencia ha indicado que uno de los supuestos que activa el principio de confianza legítima es la prohibición de una actividad que antes

484 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de julio de 2013, expediente 1998-15972. Sobre la responsabilidad del Estado legislador ver también Sentencia C-038 de 2006 de la Corte Constitucional al revisar la exequibilidad del artículo 86 del anterior Código Contencioso Administrativo en relación con las causas que dan origen a la responsabilidad del Estado: “No obstante, como bien señalan algunos intervinientes el precepto demandado es susceptible de una segunda lectura de conformidad con la cual las expresiones “hecho” y “omisión” no se restringen a los imputables a una autoridad administrativa, sino que incluirían la actuación de los órganos del Estado que cumplen funciones legislativas. Esta segunda interpretación resulta conforme a la Constitución, razón por la cual debe ser adoptada, pues permite adaptar el texto legislativo demandado al mandato del artículo 90 constitucional.”

485 Sentencia C-785 de 2012.

estaba permitida, frente a lo cual se requiere, por lo menos, normas de adaptación o transición a las nuevas condiciones normativas:

*“Este principio [el de confianza legítima], que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. **Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política.**”⁴⁸⁶* (Corchete fuera de texto, se resalta)

Por ello, si bien se ha insistido en que la seguridad jurídica y la confianza legítima no se traducen en una garantía de no modificación de la ley⁴⁸⁷, en la medida que el Estado mantiene la facultad de hacer los ajustes normativos que requiera la satisfacción del interés general⁴⁸⁸, ello no se traduce en una disponibilidad absoluta de las situaciones que han surgido conforme a la ley anterior:

*“3.2.4. La jurisprudencia citada versa sobre la necesidad de que exista un criterio de ponderación entre la seguridad jurídica garantizada a los miembros de una sociedad, regida bajo las reglas propias del Estado social de derecho, y la posibilidad de que el Estado –y, en particular, el Congreso de la República– pueda adoptar, modificar y acabar las políticas públicas que estime convenientes para alcanzar los fines que le han sido encomendados por la Carta Política. En una democracia, el Congreso no está atado a sus propias leyes porque sería insostenible que una mayoría política coyuntural pudiera impedir que en el futuro, cuando el pueblo soberano elija a otros representantes, la nueva mayoría ejerza las competencias que la Constitución le ha confiado al legislador. Por ello, la seguridad jurídica debe ceder ante la potestad del Congreso de modificar o derogar las leyes. **No obstante, lo anterior no significa que los ciudadanos estén a merced de un legislador soberano. La Constitución los protege y limita el ejercicio del poder legislativo. Uno de esos límites es precisamente el principio de confianza legítima que garantiza tanto el respeto de la buena fe de los particulares como la seguridad jurídica cuando se presentan determinadas condiciones objetivas.**”⁴⁸⁹ (Se resalta)*

486 Sentencia C-478 de 1998, reiterada en Sentencia C-007 de 2002.

487 Sentencias C-785 de 2012, C-903 de 2011 y C-320 de 2006, entre otras.

488 Sentencia C-785 de 2012. En derecho comparado ver por ejemplo la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que ha reiterado también la imposibilidad de invocar una situación de confianza legítima basada en la expectativa de inmodificabilidad de la ley anterior (Sentencia del 14 de enero de 2010 -caso Stadt Papenburg vs Alemania).

489 Sentencia C-007 de 2006.

Por tanto, la protección constitucional de la confianza legítima determina que los cambios normativos no se hagan “arbitraria y súbitamente sin consideración alguna por la estabilidad de los marcos jurídicos que rigen la acción de las personas y en desmedro de la previsibilidad de las consecuencias que se derivan para los particulares de ajustar su comportamiento a dichas reglas”⁴⁹⁰.

1.4 Conclusión

En síntesis puede decirse que las situaciones jurídicas particulares afectadas por leyes proferidas en interés público o social, mantienen toda su fuerza y eficacia, en la medida de lo posible para que se respeten hasta su finalización⁴⁹¹ (marchitamiento paulatino); o, en su defecto, para ser compensadas económicamente si existe una carga excesiva en nombre del interés general; o, al menos, para que se establezcan mecanismos de transición hacia los nuevos escenarios normativos.

Así, aún en los casos de aplicación retrospectiva de la ley, si bien no se alteran situaciones pasadas y consolidadas, en todo caso la afectación de situaciones en curso “*habrá de ser medida y en su caso reparada a través de otros principios constitucionales concomitantes*”, como la seguridad jurídica, la confianza legítima, la responsabilidad o el principio de interdicción de la arbitrariedad⁴⁹².

Por lo anterior, la Sala coincide con el organismo consultante en que resulta constitucionalmente problemática la exposición de los ciudadanos a cambios intempestivos de la normatividad, que afectan las expectativas económicas y de vida formadas válidamente a partir de la legislación vigente (más aún cuando han sido promovidas, autorizadas o toleradas por el propio Estado), sin que haya periodos o mecanismos legales de transición o de compensación, si fuere el caso⁴⁹³. En consecuencia, las soluciones a los interrogantes planteados tendrán que estudiar la forma de hacer compatible estas exigencias constitucionales con los fines de la prohibición legal analizada.

2. El campo y la vida campesina como bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. Necesidad de hacer compatible la prohibición analizada con la vida digna y la subsistencia de los habitantes de los ecosistemas de páramo

Uno de los problemas que plantea la consulta hace referencia a la situación de las personas que a lo largo del tiempo han habitado los ecosistemas de páramo y desarrollan actividades mineras y agropecuarias como opción de vida y medio

490 Sentencia C-007 de 2006.

491 Un ejemplo del respeto de las situaciones consolidadas antes de la entrada en vigencia de una prohibición ambiental puede verse, por ejemplo, en la reciente sentencia sobre las zonas de reserva de los cerros orientales de Bogotá. (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 5 de noviembre de 2013, expediente 2005-00662-03(AP).

492 López Menudo Francisco. El principio de irretroactividad, tres cuestiones claves., revista de derecho administrativo, No.2632002, INAP, 2002.

493 Sentencia C-785 de 2012: “Este principio atado al de buena fe, trae consigo que el Estado no pueda de manera súbita cambiar las reglas del juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que medie un periodo de transición que permita que el particular ajuste su actuar a las nuevas disposiciones.” Ver igualmente Consejo de Estado, Sentencia del 12 de noviembre de 2014, expediente 1999-00637 sobre protección a la seguridad jurídica, confianza legítima y respeto por el acto propio.

de subsistencia. No se trata ya de las grandes empresas e industrias mineras y agropecuarias, sino de las personas que desarrollan dichas actividades de manera artesanal o local o a muy pequeña escala.

Para estos grupos humanos que viven de lo que les provee su entorno, los principios de seguridad jurídica y confianza legítima cobran una dimensión especial, pues frente a ellas la aplicación de la prohibición analizada no se reduce solamente a un problema económico y de respeto de situaciones contractuales. En su caso entran en juego, adicionalmente, la garantía de un mínimo vital, el derecho al trabajo y la libertad de escoger profesión u oficio, y el respeto y reconocimiento de la identidad cultural que se deriva de la forma de vida que han escogido válidamente durante mucho tiempo⁴⁹⁴, entre otros. Por ello, frente a las comunidades y poblaciones rurales, hay que tener en cuenta que el campo y la tierra son bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, no solo desde el punto de vista físico, sino, especialmente desde su perspectiva humana y social:

“4.2. El “campo” como bien jurídico especialmente protegido por la Constitución

La jurisprudencia constitucional ha ido reconociendo a través de los casos objetivos y concretos, las características específicas que posee el campo como bien jurídico de especial protección constitucional, tanto desde los imperativos del Estado social de derecho, como desde la óptica del progreso a través de la competitividad y el correcto ejercicio de las libertades económicas. Así, la denominación dada a la expresión “Campo” se entiende para efectos de este estudio como realidad geográfica, regional, humana, cultural y, económica, que por lo mismo está llamada a recibir una especial protección del Estado, por los valores que en sí misma representa. De otra parte, es el campo como conjunto de tierras destinadas a la actividad agropecuaria, el espacio natural de la población campesina, fuente natural de riqueza del Estado y sus asociados.”⁴⁹⁵

No debe olvidarse que la Constitución Política regula de manera particular la vida agraria y la producción de alimentos en orden, entre otros aspectos, a mejorar la calidad de vida de las poblaciones campesinas. 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 ambientales⁴⁹⁶. A partir de este marco Constitucional la jurisprudencia ha señalado que los trabajadores

494 Sentencia T-348 de 2012.

495 Sentencia C-644 de 2012. Ver igualmente, sentencia C-536 de 1997.

496 Sentencia C-180 de 2005: “Los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución Política, constituyen el fundamento de la acción del Estado para crear las condiciones necesarias que permitan el acceso progresivo de los trabajadores agrarios a la propiedad de la tierra, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación y crédito, e igualmente para darle prioridad, apoyo y especial protección al desarrollo de las actividades agropecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, y a la construcción de obras de infraestructura física en el campo.”

agrarios, además de las garantías inherentes a la propiedad de sus tierras, tienen derecho⁴⁹⁷:

1. A no ser despojados de su propiedad agraria o impulsados a deshacerse de ella, sin ofrecer antes alternativas para tornarlas productivas, o a cambio de otras alternativas de desarrollo agrícola;
2. A que el disfrute de la propiedad no sea afectado sin justificación suficiente y poderosa;
3. A medidas progresivas (no regresivas) orientadas a estimular, favorecer e impulsar el acceso a la propiedad de los trabajadores agrarios y el mejoramiento de su calidad de vida; y
4. A que se proteja la seguridad alimentaria.

Se ha señalado entonces que el trabajador agrario debe tener un tratamiento diferenciado en relación con otros sectores de la sociedad y de la producción, *“que encuentra justificación en la necesidad de establecer una igualdad no sólo jurídica sino económica, social y cultural para los protagonistas del agro, partiendo del supuesto de que el fomento de esta actividad trae consigo la prosperidad de los otros sectores económicos y de que la intervención del Estado en este campo de la economía busca mejorar las condiciones de vida de una comunidad tradicionalmente condenada a la miseria y la marginación social.”*⁴⁹⁸

Sobre esta base surge un deber estatal de proteger las prácticas tradicionales de producción de los grupos minoritarios (indígenas, negros y campesinos) y, lo que es aún más relevante para esta consulta, a que en las decisiones públicas sobre desarrollo sostenible *“se de prevalencia a los intereses de estas comunidades cuando su alimento depende de los recursos que explotan y producen tradicionalmente”*.⁴⁹⁹

Además, se ha llamado la atención en el hecho no menos importante de que para las comunidades campesinas que derivan su sustento de la explotación de los recursos naturales ofrecidos por su entorno, *el oficio artesanal* tiene la doble dimensión de servir como (i) fuente de ingreso y (ii) garantía del derecho fundamental a la alimentación personal y familiar. Al respecto se ha indicado:

“2.5.1. *Teniendo clara la relación que existe entre el derecho al trabajo y la libertad de escoger profesión y oficio, y los beneficios que el ejercicio de ambos derechos fundamentales trae a las personas, es necesario hacer alusión a aquellas comunidades de personas que su oficio diario depende de los recursos naturales dispuestos a su alrededor, como los campesinos y los pescadores, quienes dependen de la tierra y los frutos de ella o de las fuentes hídricas. Estas son comunidades de personas que en su libre determinación y por su identidad cultural,*

497 Sentencia C-644 de 2012.

498 Sentencia C-006 de 2002. En el mismo sentido, sentencia C-180 de 2005.

499 Sentencia T-348 de 2012, con base en Sentencia C-262 de 1996. Ver también Sentencia C-644 de 2012

han elegido como oficio la siembra, producción, pesca y distribución de alimentos con la utilización de medios rudimentarios y artesanales. El oficio artesanal ejercido tiene para estas comunidades dos dimensiones generalmente: a) como fuente de ingresos, y b) como garantía de su derecho a la alimentación.

2.5.2. La segunda dimensión, el derecho a la alimentación, es un derecho fundamental reconocido por varios instrumentos internacionales de derechos humanos; entre los principales se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales que consagra en su artículo 11.1, el deber de los Estados de reconocer a toda persona una calidad de vida adecuada incluyendo una sana alimentación y el derecho fundamental de toda persona a ser protegida contra el hambre”⁵⁰⁰.

Por tanto, la aplicación de la prohibición de la Ley 1450 de 2011 que se analiza, sería constitucionalmente problemática si se interpretara al extremo de suponer una orden de ruptura automática e inmediata de los grupos humanos asentados en los páramos con su entorno, o una condena a su estilo de vida y de relación con la naturaleza; y sería aún más controvertible si, como se señaló anteriormente, ello supone poner en riesgo condiciones de vida digna, el derecho a un mínimo vital y el derecho a la alimentación. De este modo, para esta Sala es claro que la protección de los recursos naturales queda ligada a la obligación constitucional de reconocer, respetar y tener en cuenta a las comunidades que tradicionalmente han derivado su sustento y desarrollado sus proyectos de vida a partir de su interacción con la naturaleza.

Finalmente, no debe olvidarse que la Constitución protege especialmente a las comunidades indígenas y afrocolombianas que han desarrollado una relación especial con la naturaleza, así como mecanismos para su protección y defensa: por tanto si la aplicación de la prohibición analizada afectara a dichos grupos humanos, será necesario agotar mecanismos de consulta previa:

“Es por ello que en reciente jurisprudencia se ha resaltado que con la consulta previa se debe buscar el consentimiento libre e informado de las comunidades étnicas frente a las medidas que puedan afectar directamente sus intereses. Tal consentimiento es además indispensable cuando las medidas, entre otros casos extremos, “(i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros”. En estos casos, dada la gravedad de sus posibles consecuencias, el deber de las autoridades de llevar a cabo procesos de concertación con las comunidades étnicas se refuerza, sin que ello signifique en modo alguno que se dote a las comunidades de un poder de veto.”⁵⁰¹

500 Sentencia T348 de 2012.

501 Sentencia C-882 de 2011

Todo lo anterior lleva entonces a reconocer la necesidad de armonizar la prohibición de actividades agrarias y mineras en los ecosistemas de páramo, que tiene un fin constitucionalmente válido e imperioso, con los derechos y las necesidades de las comunidades que habitan dichos ecosistemas.

D. LA SOLUCIÓN DEL ASUNTO PLANTEADO A PARTIR DE UN PRINCIPIO DE DESARROLLO SOSTENIBLE

1. Desarrollo sostenible como instrumento constitucional de armonización entre el deber de las sociedades de proteger el medio ambiente y la necesidad de aprovechamiento de los recursos naturales

Las razones expuestas a favor y en contra de la aplicación más o menos estricta del artículo 202 de la Ley 1450 de 2011 ponen en evidencia que la Constitución Política no opera bajo reglas absolutas ni en función de cláusulas cerradas. Por el contrario, es evidente que el Constituyente quiso comunicar los diferentes principios y valores constitucionales con el fin de lograr, en la medida de lo posible, su armonización.

Así, al lado de las normas constitucionales que protegen el medio ambiente y los recursos naturales, aparecen otros mandatos que promueven el desarrollo económico y la libertad de empresa; a la vez que se establece una regla de prevalencia del interés general sobre el particular, la Constitución también garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos conforme a la ley. Por su parte, la potestad del legislador de modificar el ordenamiento jurídico, se acompasa con la protección de la seguridad jurídica y la buena fe, que promueven escenarios de protección de la confianza legítima. Además, la convivencia pacífica, la identidad cultural y el acceso a la alimentación y a un mínimo vital también son derechos constitucionalmente relevantes que exigen ser tenidos en cuenta por las autoridades al momento de implementar políticas ambientales y de desarrollo económico.

De este modo, frente a las tensiones naturales entre diferentes bienes jurídicos protegidos, la Constitución no exige ni prohija soluciones necesariamente excluyentes o absolutas, sino basadas en mandatos de armonización y solidaridad (todos ayudan a los fines públicos), a través de los cuales se garantiza la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (artículo 2 C.P.).

Esta idea de armonización que impregna la Constitución Política de 1991 se ha desarrollado en materia ambiental a partir del principio de desarrollo sostenible (artículo 80 C.P.), del cual se deriva un mandato de equilibrio (no de sacrificio) entre el deber de las sociedades de proteger el medio ambiente y las necesidades colectivas de aprovechamiento y explotación de sus recursos naturales⁵⁰². Así, la actividad económica de los particulares, que a su vez responde a valores constitucionales

502 "El crecimiento económico, fruto de la dinámica de la libertad económica, puede tener un alto costo ecológico y proyectarse en una desenfundada e irreversible destrucción del medio ambiente, con las secuelas negativas que ello puede aparejar para la vida social. La tensión desarrollo económico -conservación y preservación del medio ambiente, que en otro sentido corresponde a la tensión bienestar económico - calidad de vida, ha sido decidida por el Constituyente en una síntesis equilibradora que subyace a la idea de desarrollo económico sostenible consagrada de diversas maneras en el texto constitucional." (CP arts. 80, 268-7, 334, 339 y 340). (Sentencia T-251/93, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

importantes como la libertad de autodeterminación (artículos 16 y 26), el respeto por la propiedad y los derechos adquiridos (artículo 58) y la libertad de empresa –que es base del desarrollo- (artículo 333), queda sometida al concepto de “*desarrollo sostenible*”, esto es, a que su ejercicio, si bien libre, permitido e incluso promovido por el propio Estado (artículo 334), debe guardar un equilibrio adecuado con el interés general y la necesidad de la sociedad de proteger los recursos naturales y el medio ambiente:

*“Cabe destacar que los derechos y las obligaciones ecológicas definidas por la Constitución Política giran, en gran medida, en torno al concepto de **desarrollo sostenible**, el cual, en palabras de esta Corporación, pretende “superar una perspectiva puramente conservacionista en la protección del medio ambiente, al intentar armonizar el derecho al desarrollo -indispensable para la satisfacción de las necesidades humanas- con las restricciones derivadas de la protección al medio ambiente.” Así, es evidente que **el desarrollo social y la protección del medio ambiente imponen un tratamiento unívoco e indisoluble que progresivamente permita mejorar las condiciones de vida de las personas y el bienestar social, pero sin afectar ni disminuir irracionalmente la diversidad biológica de los ecosistemas pues éstos, además de servir de base a la actividad productiva, contribuyen en forma decidida a la conservación de la especie humana.**”⁵⁰³ (Se resalta)*

Se ha indicado entonces que la Constitución Política promueve la idea de *hacer siempre compatibles* el desarrollo económico y la protección del medio ambiente:

“La Constitución Política de Colombia, con base en un avanzado y actualizado marco normativo en materia ecológica, es armónica con la necesidad mundial de lograr un desarrollo sostenible, pues no sólo obliga al Estado a planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales sino que además, al establecer el llamado tríptico económico determinó en él una función social, a la que le es inherente una función ecológica, encaminada a la primacía del interés general y del bienestar comunitario. Del contenido de las disposiciones constitucionales citadas se puede concluir que el Constituyente patrocinó la idea de hacer siempre compatibles el desarrollo económico y el derecho a un ambiente sano y a un equilibrio ecológico.”⁵⁰⁴

Y, se ha señalado también, lo que es especialmente relevante para esta consulta, que el desarrollo sostenible es un proceso para mejorar las condiciones económicas, sociales y mantener los recursos naturales y la diversidad, que debe propender por garantizar la **sostenibilidad social y cultural**, que *“exige que el desarrollo sea compatible con la cultura y los valores de los pueblos afectados”*⁵⁰⁵

503 Sentencia C-750 de 2008. Igualmente Sentencia C-189 de 2006. Por su parte el Consejo de Estado ha señalado: “De estos instrumentos internacionales se desprenden cuatro elementos recurrentes en torno al concepto de desarrollo sostenible: el primero, es la necesidad de preservar los recursos naturales para el beneficio de las generaciones futuras (equidad inter generacional); el segundo, es la idea de explotar los recursos de una manera sostenible, prudente y racional; el tercero, es el uso equitativo de los recursos naturales; y el cuarto, la necesidad de que las consideraciones medioambientales estén integradas en los planes de desarrollo.” (Sección Primera, Sentencia del 5 de noviembre de 2013, expediente 2005-00662 –AP-). Ver también del Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 28 de marzo de 2014, expediente 2001-90479 (AP).

504 Sentencia C-519 de 1994, reiterada en sentencia C-339 de 2002.

505 Sentencia T-348 de 2012.

En consecuencia, en casos como el analizado de fuerte tensión entre varios principios constitucionales, el sacrificio de situaciones particulares, si bien es posible y justificado, como ya se vio, solo resultaría constitucionalmente viable cuando no sea posible agotar soluciones de armonización orientadas a conciliar -en lugar de polarizar- los diversos intereses públicos y particulares en conflicto.⁵⁰⁶ Solamente en el caso en que tal equilibrio no sea posible y alguna de las soluciones propuestas para proteger las situaciones existentes signifique poner en riesgo la conservación de los ecosistemas de páramo protegidos, será necesario aplicar las reglas de priorización de la Constitución, sobre la base de que el medio ambiente, como interés público constitucionalmente protegido, hará ceder las realidades particulares que se opongan a él, según lo expuesto en la primera parte de este concepto.

Se ratifica así, como se advirtió al inicio de este concepto, que la solución del asunto planteado no permite interpretaciones extremas o de exclusión, en las que o se salvaguarda el medio ambiente sin consideración al desarrollo económico de las sociedades y a su identidad cultural, o se protege la explotación económica de los recursos naturales al margen de los objetivos y fines de la prohibición legal analizada. El principio de desarrollo sostenible indica que los propósitos de bienestar general y protección del medio ambiente de la sociedad deben armonizarse con el desarrollo y el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas⁵⁰⁷ y que solamente cuando tal armonización no sea posible deberá darse prevalencia al interés general de protección del medio ambiente, claro está, en todo caso, sin perjuicio de las medidas a que hubiere lugar para la protección de las situaciones y derechos afectados.

Por ello, así como el problema analizado no puede ser resuelto solamente a partir de la imposición por la fuerza de la prohibición legal contenida en el artículo 202 de la Ley 1450 de 2011, así tampoco admite una posición pasiva de las autoridades ambientales y mineras de dejar todo en el estado en que se encuentra para no alterar la situación actual de las empresas y personas que explotan los ecosistemas de páramo. Ninguna de las dos alternativas es constitucional y legalmente admisible.

Bajo estas premisas, la Sala pasa a responder cada uno de los interrogantes planteados en la consulta.

2. La solución a los interrogantes que plantea la consulta

De acuerdo con lo señalado en los antecedentes, la consulta tiene origen en el artículo 202 de la Ley 1450 de 2011 que dispone:

⁵⁰⁶ Sentencia C-339 de 2002. En la reciente Sentencia C-123 de 2014, la Corte Constitucional reiteró nuevamente que: "En este punto la Sala reitera el concepto de desarrollo sostenible, como parámetro que debe guiar la realización de acciones que, si bien buscan el progreso, no pueden conllevar a la destrucción de elementos protegidos por el orden constitucional y que, sobre todo, son presupuesto para la satisfacción de ciertas necesidades como el acceso a agua por parte del ser humano, el desarrollo social y económico adecuado y el desarrollo de la vida en condiciones satisfactorias de salubridad."

⁵⁰⁷ Sentencia C-431 de 2000.

“Artículo 202. Delimitación de Ecosistemas de Páramos y Humedales. Los ecosistemas de páramos y humedales deberán ser delimitados a escala 1:25.000 con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales adoptados por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o quien haga sus veces. La delimitación será adoptada por dicha entidad mediante acto administrativo.

Las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, los grandes centros urbanos y los Establecimientos Públicos Ambientales realizarán el proceso de zonificación, ordenamiento y determinación del régimen de usos de estos ecosistemas, con fundamento en dicha delimitación, de acuerdo con las normas de carácter superior y conforme a los criterios y directrices trazados por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o quien haga sus veces. Para lo anterior, tendrán un plazo de hasta tres (3) años a partir de que se cuente con la delimitación.

Parágrafo 1º. En los ecosistemas de páramos no se podrán adelantar actividades agropecuarias, ni de exploración o explotación de hidrocarburos y minerales, ni construcción de refinerías de hidrocarburos. Para tales efectos se considera como referencia mínima la cartografía contenida en el Atlas de Páramos de Colombia del Instituto de Investigación Alexander von Humboldt, hasta tanto se cuente con cartografía a escala más detallada.

Parágrafo 2º. En los ecosistemas de humedales se podrán restringir parcial o totalmente las actividades agropecuarias, de exploración de alto impacto y explotación de hidrocarburos y minerales con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales adoptados por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o quien haga sus veces. El Gobierno Nacional dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la expedición de esta Ley reglamentará los criterios y procedimientos para el efecto. En todo caso, en humedales designados dentro de la lista de importancia internacional de la convención RAMSAR no se podrán adelantar dichas actividades.”

Como se observa, esta disposición contiene (i) una orden de delimitación de los ecosistemas de páramo con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales a cargo del Ministerio del Medio Ambiente (inciso 1º); (ii) las competencias para la zonificación, ordenamiento y determinación del régimen de usos de estos ecosistemas (inciso 2º); (iii) la prohibición de que en los ecosistemas de páramo se adelanten actividades agropecuarias, de exploración o explotación de hidrocarburos y minerales, o la construcción de refinerías de hidrocarburos (parágrafo 1º); y (iv) la posibilidad de restringir total o parcialmente las actividades agropecuarias, de exploración de alto impacto y explotación de hidrocarburos y minerales en los humedales (parágrafo 2º).

La presente consulta se centra, por una parte, en el alcance de la prohibición de actividades agropecuarias y mineras del parágrafo 1º, particularmente sus efectos sobre los títulos mineros concedidos y las actividades humanas que se desarrollaban en los ecosistemas de páramo antes de dicha prohibición; de otro lado se consulta

sobre los criterios que debe tener en cuenta el Ministerio del Medio Ambiente para hacer la delimitación de los ecosistemas de páramo, especialmente si deben prevalecer los aspectos naturales y técnicos sobre los sociales y económicos.

2.1 Planteamiento general. Fines de la prohibición y deber de las autoridades de hacerla efectiva

La primera conclusión que se puede extraer del contenido de la prohibición analizada, es la existencia de una decisión legislativa clara y expresa de proteger los riesgos que enfrentan los ecosistemas de páramo, mediante su exclusión de las actividades mineras y agropecuarias. En aplicación de la regla de prevalencia del interés general sobre el particular (artículo 1 y 58 C.P.) y con base en un principio de precaución (artículo 80 ibídem) los ecosistemas de páramo quedan por ley protegidos de tales usos económicos, de modo que la actuación de las autoridades administrativas no puede ser otra que hacer efectiva esa restricción legal.

Por tanto, la Sala comparte lo señalado por el organismo consultante, en cuanto a que la prohibición contenida en el parágrafo 1° del artículo 202 de la Ley 1450 de 2011 no permite que dentro de los ecosistemas de páramo se concedan a futuro nuevos títulos mineros o se permita el avance y extensión de las actividades agropecuarias. Lo anterior, como ya se aclaró (supra A-2), con la advertencia de que en relación con la minería dicha prohibición opera desde la Ley 1382 del 9 de febrero de 2010, de manera que después de esa fecha no era, ni es posible, suscribir contratos de concesión minera en ecosistemas de páramo ni conceder licencias ambientales sobre dichas zonas.

Además es claro que la vigencia de la prohibición analizada activa inmediatamente las obligaciones constitucionales de restauración y conservación de los ecosistemas de páramo que estén afectados o en riesgo de desaparecer (artículo 80 C.P.). De este modo, la tensión existente entre el interés público de aprovechar los recursos naturales y mineros disponibles en esas zonas naturales o de proteger el medio ambiente mediante la preservación de esos ecosistemas, quedó resuelta directamente por el legislador en favor de esta última y sin que sea posible para las autoridades administrativas hacer excepciones generales o particulares, ni siquiera basadas en consideraciones de desarrollo sostenible.

Sobre este particular, la Sala observa que la ley obró de manera más estricta que, por ejemplo, respecto de los humedales, frente a los cuales el parágrafo 2° permite que sea la autoridad administrativa la que defina sobre su exclusión de la explotación económica. Esa alternativa, se reitera, no existe en el parágrafo 1° analizado. En consecuencia, en relación con los ecosistemas de páramo resulta aplicable lo señalado en Sentencias C-746 de 2010, C-189 de 2006 y C-649 de 1997 respecto de los parques naturales, en el sentido de que las zonas protegidas por el legislador no pueden ser exceptuadas de esa salvaguardia por las autoridades administrativas. En otras palabras, los ecosistemas y territorios que la ley ha excluido de la explotación económica minera y agropecuaria para la protección del medio

ambiente en los páramos, solo pueden ser habilitados nuevamente para tales usos por el propio legislador.

Por lo mismo, la Sala considera que cuando el segundo inciso del artículo 202 señala que *“las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, los grandes centros urbanos y los Establecimientos Públicos Ambientales realizarán el proceso de zonificación, ordenamiento y determinación del régimen de usos de estos ecosistemas”*, se refiere necesariamente a los usos posibles dentro de dichos territorios y no comprende la posibilidad de que por esa vía las autoridades administrativas autoricen las actividades mineras y agropecuarias que excluye expresamente el parágrafo 1º del mismo artículo.

2.2 Las situaciones existentes al momento de entrar en vigencia la prohibición analizada

2.2.1 Títulos mineros otorgados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1382 de 2010

Para estudiar este punto de la consulta es necesario tener en cuenta previamente la regulación legal de la minería, con el fin de determinar cómo arbitró el legislador los diferentes intereses generales que entran en contacto cuando se desarrolla dicha actividad.

2.2.1.1 Seguridad jurídica en el Código de Minas

Lo primero que observa la Sala es que la promoción de la minería constituye un objetivo de interés público expresamente consagrado en el artículo 1 del Código de Minas (en adelante C.M.), así:

“Artículo 1º. Objetivos. *El presente Código tiene como **objetivos de interés público fomentar** la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada; estimular estas actividades en orden a satisfacer los requerimientos de la demanda interna y externa de los mismos y a que su aprovechamiento se realice **en forma armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente**, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país.”*

De esta manera, las personas y empresas que se han acercado al Estado para solicitar un título minero cuentan en su haber con una declaración de principio de que esa actividad es de interés general y está estimulada por el propio Estado, lo cual estará ratificado, además, por diversas normas del Código de Minas dirigidas a propiciar seguridad jurídica y confianza para quienes la desarrollan de manera legal y compatible con el medio ambiente. En esa dirección se pueden destacar los siguientes principios, reglas y disposiciones de dicho estatuto:

- i. *Principio de “regulación completa”*, según el cual las reglas y principios consagrados en ese Código desarrollan los mandatos del artículo 25, 80, del parágrafo del artículo 330 y los artículos 332, 334, 360 y 361 de la Constitución Política, en relación con los recursos mineros, *en forma completa, sistemática, armónica y con el sentido de especialidad y de aplicación preferente*. Consecuencia de lo anterior, las normas civiles y comerciales son de aplicación supletiva (artículo 3º).
- ii. *Principio de regulación general*, de acuerdo con el cual los requisitos, formalidades, documentos y pruebas que señala expresamente el Código para la presentación, el trámite y resolución de los negocios mineros, serán los únicos exigibles a los interesados; dicho principio *“se aplicará en relación con los términos y condiciones establecidas en este Código para el ejercicio del derecho a explorar y explotar minerales y de las correspondientes servidumbres.”* Además, se establece que ninguna autoridad podrá establecer ni exigir, permisos, licencias o requisitos adicionales para el ejercicio del título minero (artículo 4º)⁵⁰⁸.
- iii. *Identidad propia*. El contrato de concesión minera tiene identidad propia y no se asimila al contrato de obra pública o a la concesión de servicios públicos (artículo 45).
- iv. *Aplicación de la normatividad vigente al momento de la celebración del contrato de concesión minera* (artículo 46). De acuerdo con este artículo al contrato de concesión minera le serán aplicables durante el término de su ejecución y durante sus prórrogas, **“las leyes mineras vigentes al tiempo de su perfeccionamiento, sin excepción o salvedad alguna”**. Establece además que si dichas leyes fueren modificadas o adicionadas con posterioridad *“al concesionario le serán aplicables estas últimas en cuanto amplíen, confirmen o mejoren sus prerrogativas”*.

Sobre esta disposición cabe la siguiente aclaración. La expresión en negrilla parecería denotar que con fines de seguridad jurídica y generación de confianza, el legislador renunció anticipadamente a la opción de modificar las leyes mineras o, por lo menos, de afectar las situaciones nacidas al amparo de la legislación vigente. Para la Sala, la interpretación de esta norma debe entenderse en un sentido más limitado, tal como lo determinara la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad del artículo 1º de la Ley 963 de 2005⁵⁰⁹, según el cual mediante los contratos de estabilidad jurídica el Estado garantiza “que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada

508 Los artículos 3 y 4 del Código de Minas fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en Sentencia C-339 de 2002: “El principio de especialidad se aplica entre normas de igual jerarquía, en este caso entre leyes y es claro que no se aplica a normas de distinta jerarquía, esto es, entre la Constitución y la Ley ya que en este evento se aplica la norma constitucional. Desde este punto de vista, la interpretación restrictiva o la inaplicación de normas ambientales en razón al criterio temporal y de especialidad que efectúa el Código de Minas, debe enmarcarse en las normas constitucionales protectoras del medio ambiente. Es decir, que si el constituyente de 1991 decidió que fuera el legislador el encargado de dictar disposiciones que regulan las relaciones que nacen de la actividad minera, también queda a cargo de éste el establecimiento de las normas que regulen la problemática ambiental en el campo de la minería, que en la ley 685 de 2001 se encuentra en el capítulo XX (artículos 194 a 216).”

509 “Por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”.

en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo.” La Corte Constitucional declaró exequible la norma pero de forma condicionada “*en el entendido que los órganos del Estado conservan plenamente sus competencias normativas, incluso sobre las normas identificadas como determinantes de la inversión, sin perjuicio de las acciones judiciales a que tengan derecho los inversionistas.*”

De esta manera, como ya se indicara anteriormente, la garantía de estabilidad jurídica y de respeto por la confianza legítima no supone una regla de inmodificabilidad de las normas vigentes a la celebración de un contrato, sino la posibilidad de reclamar patrimonialmente ante un cambio en las condiciones de la inversión.⁵¹⁰ Dicho de otro modo, el artículo 46 del Código de Minas no tendría por efecto, necesariamente, la inaplicación de la prohibición dispuesta por el legislador para la protección de los ecosistemas de páramo.

- v. *Imposibilidad de exigir requisitos adicionales* a los previstos en el Código para el desarrollo de la actividad minera (artículo 48).
- vi. *Prohibición de incluir cláusulas exorbitantes*: de terminación, modificación o interpretación unilaterales en los contratos de concesión minera; además se dispone la inaplicabilidad del Estatuto de Contratación Pública (artículos 51 y 53).
- vii. *Listado taxativo de causales de terminación contractual*: renuncia, mutuo acuerdo, vencimiento del término, muerte del concesionario y caducidad (artículos 108-112). De este modo solo hechos ajenos a la voluntad del contratista o el incumplimiento de sus obligaciones o el acuerdo voluntario permitirían terminar anticipadamente el contrato de concesión minera.

2.2.1.2 Los títulos mineros y los derechos que otorgan

De otra parte, en relación con el ejercicio de la actividad minera, el Código de Minas establece que, salvo algunas situaciones excepcionales nacidas válidamente a la luz de la legislación anterior, únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante la suscripción de un *contrato de concesión minera*, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional. El cumplimiento de ambos requisitos da origen al *título minero* (artículo 14).

⁵¹⁰ Lo señalado al respecto es claro: “En este orden de ideas, la Corte considera que el artículo legal demandado debe ser entendido en el sentido de que mediante los contratos de estabilidad jurídica no se les garantiza a los inversionistas la inmodificabilidad de la ley, sino que se les asegura la permanencia, dentro los términos del acuerdo celebrado con el Estado, las mismas condiciones legales existentes al momento de la celebración de aquél, de tal manera que en caso de modificación de dicha normatividad, y el surgimiento de alguna controversia sobre este aspecto, se prevé la posibilidad de acudir a mecanismos resarcitorios dirigidos a evitar que se afecte el equilibrio económico que originalmente se pactó o en últimas a una decisión judicial. Es decir, es posible que se presente la eventual modificación del régimen de inversiones tenido en cuenta en un contrato de estabilidad jurídica. Pero su ocurrencia, si bien no impide su eficacia, trae como consecuencia que los inversionistas puedan acudir a las acciones judiciales que estimen convenientes. De tal suerte que la incorporación de unas normas legales en un contrato estatal no impide la posterior modificación de las mismas por la autoridad competente.” (Sentencia C-320 de 2006, reiterada en Sentencia C-785 de 2012).

Los derechos que otorga el título minero se encuentran señalados en dos normas complementarias del mismo Código Minero: (i) el artículo 15 señala que el contrato de concesión no confiere propiedad de los minerales “in situ”, pero si el derecho de “establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables, a apropiárselos mediante su extracción o captación”; y (ii) el artículo 45, según el cual el contrato de concesión otorga al concesionario, en forma excluyente, la facultad de efectuar dentro de la zona concedida los estudios, trabajos y obras necesarias para establecer la existencia de los minerales objeto del contrato y para explotarlos, todo lo cual comprende las fases de “*exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales por cuenta y riesgo del concesionario y el cierre o abandono de los trabajos y obras correspondientes*”. De este modo, el título minero concede a sus titulares los derechos a explorar y explotar las zonas asignadas y también al cierre o abandono de las respectivas actividades, todo lo cual, como se verá enseguida, con estricta sujeción a las normas ambientales.

Resulta claro entonces que quienes han obtenido del Estado un título minero, que se entiende ha sido otorgado en terrenos habilitados para dicha actividad (el mismo código exceptúa de pleno derecho las zonas excluidas de la minería, artículo 36), tienen derecho a considerar que su actividad lícita será respetada y que podrá ejercerse durante el plazo del contrato, que es de 30 años (artículo 70). Sin duda, allí pueden existir esfuerzos e inversiones de mediano y largo plazo que no sería fácil desconocer de un momento a otro.

2.2.1.3 La protección ambiental en el Código de Minas

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, el mismo Código de Minas sujeta las actividades mineras al cumplimiento de la normatividad ambiental, a partir de mandatos de sostenibilidad (artículo 194⁵¹¹) e inclusión de la gestión ambiental (artículo 195⁵¹²).

Dentro de la extensa lista de normas ambientales del Código Minero, se encuentran, entre otras, el artículo 196 ya revisado (supra, literal B-2), según el cual las normas ambientales son de aplicación inmediata; el artículo 197 establece que para el ejercicio de los derechos emanados del contrato de concesión minera “antes de la iniciación y ejecución de obras y labores materiales de explotación, será necesario cumplir con los requisitos y condiciones de orden ambiental previstos en el presente Capítulo y en lo no previsto en el mismo, en las normas ambientales generales”; el artículo 198 enumera los instrumentos para establecer y vigilar los aspectos ambientales de la minería (planes de manejo ambiental,

511 “Artículo 194. *Sostenibilidad*. El deber de manejar adecuadamente los recursos naturales renovables y la integridad y disfrute del ambiente, es compatible y concurrente con la necesidad de fomentar y desarrollar racionalmente el aprovechamiento de los recursos mineros como componentes básicos de la economía nacional y el bienestar social. Este principio deberá inspirar la adopción y aplicación de las normas, medidas y decisiones que regulan la interacción de los dos campos de actividad, igualmente definidos por la ley como de utilidad pública e interés social.”

512 “Artículo 195. *Inclusión de la Gestión Ambiental*. Para todas las obras y trabajos de minería adelantados por contrato de concesión o por un título de propiedad privada del subsuelo, se incluirán en su estudio, diseño, preparación y ejecución, la gestión ambiental y sus costos, como elementos imprescindibles para ser aprobados y autorizados. En ningún caso la autoridad ambiental podrá otorgar permisos, concesiones, autorizaciones o licencias de orden ambiental, para obras y trabajos no amparados por un título minero.”

estudio de impacto ambiental, licencia ambiental, permisos o concesiones para la utilización de recursos naturales renovables, guías ambientales y autorizaciones); el artículo 200 (principio de simultaneidad) ordena realizar los estudios de viabilidad ambiental de manera simultánea con los trabajos de exploración técnica; el artículo 202 determina que la garantía de cumplimiento del contrato de concesión minera debe cubrir también las obligaciones ambientales del concesionario; y el artículo 204 se refiere a la necesidad de contar con un estudio de impacto ambiental para solicitar la licencia ambiental que habilite los trabajos de explotación minera.

Se observa entonces que desde el inicio de los trabajos de exploración el concesionario minero está obligado a tener en cuenta los efectos ambientales de su actividad y a iniciar los estudios de impacto ambiental; y para iniciar los trabajos de explotación debe contar con una licencia ambiental que cubra completamente los trabajos de construcción, montaje y explotación de los minerales (artículo 205, 206 y 207). Además, si el concesionario no cumple sus obligaciones ambientales su licencia ambiental podrá ser revocada (artículo 211) y esta circunstancia será causal de caducidad del contrato de concesión minera (artículo 112); así mismo, para la terminación del contrato y el cierre definitivo de las obras, el concesionario deberá *“poner en práctica todas las medidas ambientales”* a que haya lugar (artículo 209).

Por tanto, la protección ambiental no se agota con el otorgamiento de la licencia ambiental⁵¹³, sino que se mantiene durante toda la vigencia del contrato de concesión minera, inclusive hasta los trabajos de cierre de la respectiva actividad. En este punto es importante señalar que la licencia ambiental tiene una función de protección de los derechos colectivos sobre el medio ambiente⁵¹⁴; opera también como un instrumento cautelar (preventivo)⁵¹⁵ y de control⁵¹⁶; y constituye un límite a las libertades económicas en cuanto necesidad de acomodación de las actividades privadas a la no afectación del medio ambiente⁵¹⁷. Así, recientemente la Corte Constitucional indicó sobre las funciones y características de la licencia ambiental lo siguiente:

“16. Con fundamento en la jurisprudencia constitucional, se concluye que la licencia ambiental: (i) es una autorización que otorga el Estado para la ejecución de obras o la realización de proyectos o actividades que puedan ocasionar un deterioro grave al ambiente o a los recursos naturales o introducir una alteración significativa al paisaje (Ley 99/93 art. 49); (ii) tiene como propósitos prevenir, mitigar, manejar, corregir y compensar los efectos ambientales que produzcan tales actividades; (iii) es de carácter obligatoria y previa, por lo que debe ser obtenida antes de la ejecución o realización de dichas obras, actividades o proyectos; (iv) opera como

513 Sentencia C-123 de 2014: “Por esta razón la concesión de una licencia no finaliza el proceso de protección del ambiente respecto de una obra o un proyecto que lo pueda afectar; a partir de la concesión de la misma debe examinarse el cumplimiento de los requisitos y condiciones en ella previstos, por cuanto de esto depende que verdaderamente se alcance el objetivo propuesto, cual es la efectiva protección de los elementos que componen el ambiente del entorno en que la actividad tiene lugar.”

514 Sentencia C-328 de 1995.

515 Sentencias C-035 de 1999 y C-703 de 2010.

516 Sentencia C-328 de 1999.

517 Sentencia C-849 de 2003.

instrumento coordinador, planificador, preventivo, cautelar y de gestión, mediante el cual el Estado cumple diversos mandatos constitucionales, entre ellos proteger los recursos naturales y el medio ambiente, conservar áreas de especial importancia ecológica, prevenir y controlar el deterioro ambiental y realizar la función ecológica de la propiedad; (v) es el resultado de un proceso administrativo reglado y complejo que permite la participación ciudadana, la cual puede cualificarse con la aplicación del derecho a la consulta previa si en la zona de influencia de la obra, actividad o proyecto existen asentamientos indígenas o afrocolombianos; (vi) tiene simultáneamente un carácter técnico y otro participativo, en donde se evalúan varios aspectos relacionados con los estudios de impacto ambiental y, en ocasiones, con los diagnósticos ambientales de alternativas, en un escenario a su vez técnico científico y sensible a los intereses de las poblaciones afectadas (Ley 99/93 arts. 56 y ss); y, finalmente, (vii) se concreta en la expedición de un acto administrativo de carácter especial, el cual puede ser modificado unilateralmente por la administración e incluso revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito de su titular, cuando se advierta el incumplimiento de los términos que condicionan la autorización (Ley 99/93 art. 62). En estos casos funciona como garantía de intereses constitucionales protegidos por el principio de prevención y demás normas con carácter de orden público.”⁵¹⁸

Se ha indicado así que la licencia ambiental debe ser el producto de un riguroso estudio sobre las consecuencias ambientales de las actividades humanas para así adoptar *“las medidas necesarias para evitar la causación de daños que tengan efectos irreparables para el medio ambiente en tanto bien colectivo, así como para los derechos fundamentales que se derivan del uso y disfrute del mismo, como el derecho fundamental al agua, a la salud e, incluso, a la vida en condiciones dignas”*⁵¹⁹. De esta manera, la licencia ambiental opera como herramienta de articulación que asegura la función ecológica de la propiedad (protección del ambiente y de los recursos naturales) y la introducción de condicionamientos verificables al ejercicio de las libertades individuales⁵²⁰.

2.2.1.4 Síntesis y respuesta al interrogante planteado

La anterior revisión normativa permite ver que el Código de Minas hace un especial énfasis, tanto en el valor constitucional de la seguridad jurídica de los titulares de contratos de concesión minera (mucho más que en la legislación ordinaria), como en la estricta sujeción de su actividad a los mandatos superiores de protección del medio ambiente. La conjunción de ambos propósitos en dicho estatuto debería llevar a que, en principio, los ecosistemas donde se desarrolla la actividad minera no tendrían que verse afectados negativamente desde el punto de vista ambiental.

⁵¹⁸ Sentencia C-746 de 2012.

⁵¹⁹ Sentencia C-123 de 2014.

⁵²⁰ Sentencia C-746 de 2012: “En efecto, es la licencia la figura jurídica que permite armonizar los mandatos constitucionales de protección de los recursos naturales, con los contenidos protegidos de los derechos individuales y colectivos previstos en el Texto Superior.” Ver también Sentencia C-123 de 2014.

De este modo, el Código de Minas utiliza el principio de desarrollo sostenible para la regulación de la actividad minera⁵²¹, con el fin de asegurar que esta industria se desarrolle positivamente, pero dentro del marco constitucional y legal de protección del medio ambiente. De modo que durante toda la actividad del concesionario y a su finalización, las autoridades mineras y ambientales tienen mecanismos suficientes para prevenir y mitigar los pasivos ambientales que deja dicha actividad. Por todo lo dicho, frente al interrogante planteado de los títulos mineros otorgados antes de la prohibición analizada, la Sala concluye, en orden a maximizar, hasta donde sea posible, los diferentes principios y derechos constitucionales en juego, que:

a. Solo será constitucionalmente admisible permitir la continuidad, hasta su terminación, de aquellos contratos de concesión minera que no pongan en riesgo los ecosistemas de páramo. Dicho de otro modo, los contratos de concesión minera que pongan en riesgo los fines de la prohibición legal, deberán ceder frente al interés general de protección del medio ambiente.

En consecuencia, las autoridades ambientales y mineras, bajo un principio de colaboración interinstitucional (artículo 113 C.P.) deberán revisar cada uno de los títulos mineros otorgados en su momento sobre ecosistemas de páramo, para determinar sus efectos sobre estos últimos. Aquellos que definitivamente pongan en riesgo dichos ecosistemas y tal situación no pueda ser contrarrestada a través de los instrumentos ambientales existentes, no podrán seguir ejecutándose en aplicación de los principios constitucionales de protección del medio ambiente y de prevalencia del interés general sobre los intereses particulares del concesionario minero.

b. No se podrán otorgar licencias ambientales a quienes se encontraban en etapa de exploración y no obtuvieron licencia ambiental para iniciar trabajos de explotación antes de la entrada en vigencia de la prohibición legal. Es claro que la autoridad ambiental debe aplicar la legislación vigente al momento de expedir la licencia ambiental y si para ese momento los ecosistemas de páramo ya están excluidos de la actividad minera, la solicitud de licencia no puede ser respondida favorablemente. En tal sentido, no habría ningún fundamento para otorgar en estos momentos una licencia ambiental con base en una legislación derogada desde el año 2010 y que resulta contraria a la normatividad vigente.

Además, a juicio de la Sala, en los contratos en que apenas se estaba en etapa de exploración, solamente había una expectativa para la explotación y aún no se realizaban las inversiones y obras necesarias para ese fin. Por tanto, frente a tales expectativas la norma prohibitiva tienen efecto general inmediato, o si se quiere retrospectivo. Es claro también que en este tipo de contratos el inicio de la etapa de explotación o aprovechamiento de los minerales está sometida a un requisito de orden legal, como lo es la obtención de la correspondiente licencia ambiental, de

521 Sentencia C-813 de 2009: "Así pues, como se vio al examinar el artículo 203, una lectura integral de la Ley 685 de 2001 permite ver que el propósito legislativo general que animó la expedición de esta ley fue alcanzar la protección efectiva del medio ambiente y el logro de un desarrollo económico sostenible, cuando de la explotación de los recursos minerales se trate."

modo que si esta no se puede obtener, el inicio de esa segunda fase contractual se torna por lo mismo imposible.

c. De darse esta hipótesis (imposibilidad de continuar contratos que ponen en riesgo los ecosistemas de páramo), el Estado deberá analizar, caso por caso, la necesidad de llegar a acuerdos de compensación económica con el fin de evitar reclamaciones judiciales. Sobre la preocupación que en este punto presenta el organismo consultante por la posibilidad de que algunos contratos estén cubiertos además por tratados bilaterales de protección a la inversión (Bilateral Investment Treaty -BIT), la Sala observa, precisamente, que en dicho tipo de acuerdos se incluye con algunas variaciones menores, la siguiente cláusula tipo:

“Ninguna de las Partes podrá tomar, ya sea directa o indirectamente, medidas de expropiación, nacionalización o cualquier otra medida que tenga la misma naturaleza o el mismo efecto contra las inversiones de los inversionistas de la otra Parte, a menos que dichas medidas se tomen por interés público, de manera no discriminatoria y siguiendo el debido proceso de ley, y siempre que se hagan disposiciones para realizar una compensación pronta, efectiva y adecuada.”⁵²² (Se resalta)

Esta cláusula protege entonces al inversionista contra expropiaciones directas o indirectas⁵²³, pero no en la forma de prohibición de expedición de leyes posteriores por los Estados Parte, sino de garantía de no discriminación, debido proceso, buena fe y compensación económica⁵²⁴. De este modo, dentro de los BIT cabe, sin que haya violación de los acuerdos, la aplicación de normas expedidas por motivos de interés público⁵²⁵, como sería en el caso analizado la protección de los ecosistemas de páramo como proveedores de agua y diversidad biológica, la cual, además, tendría pocas razones para no ser aceptada en un contexto global de protección

522 Convenio entre Colombia y la Confederación Suiza (Ley 1198 de 2008). Ver también, por ejemplo, convenios sobre la promoción y protección recíproca de inversiones suscrito entre Colombia y Perú (Ley 1342 de 2009), Colombia y la India (Ley 1449 de 2011), Colombia y España (Ley 437 de 1998); Colombia y China (Ley 1462 de 2011), Colombia y Reino Unido (Ley 1464 de 2011), Colombia y Japón (Ley 1720 de 2014), etc.

523 “La expropiación indirecta ha sido definida en términos amplios, “como una medida estatal, bien sea una ley, un acto regulatorio proferido por una autoridad pública o incluso una sentencia, que priva al inversionista extranjero de una expectativa cierta y razonable de ganancia, aunque no se produzca un cambio en la titularidad del derecho de dominio.” (Sentencia C-169 de 2012). En el BIT suscrito con el Reino Unido la expropiación indirecta se define así: (Artículo VI. (...) 2. Para los fines de este Acuerdo, se entiende que: (a) La expropiación indirecta resulta de una medida o de una serie de medidas de una Parte Contratante que tengan un efecto equivalente a una expropiación directa sin que medie la transferencia formal de un título o una toma de posesión. (...).”

524 La Corte Constitucional al revisar este tipo de cláusulas ha señalado que la garantía ofrecida por el Estado Colombiano se ajusta a la Constitución, en la medida que la compensación por expropiaciones directas encuentra fundamento en el artículo 58 de la Constitución y, en el caso de las indirectas, en los principios de buena fe y confianza legítima (artículo 83 ibídem): “Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha precisado que el fundamento constitucional de la expropiación indirecta, se encuentra en la protección de la propiedad privada, la primacía del interés general sobre el particular, el ejercicio de las facultades regulatorias estatales encaminadas a la protección de intereses legítimos, y en el principio de la confianza legítima, derivado del principio de la buena fe. De conformidad con el principio de la confianza legítima, las autoridades públicas están obligadas a preservar un comportamiento consecuente respecto de actos u actuaciones anteriores, incluso ilegales, salvo que exista un interés público imperioso contrario.” (Sentencia C-169 de 2012). Ver igualmente Sentencia C-608 de 2010 (Revisión automática de constitucionalidad de la ley aprobatoria del convenio suscrito con Canadá). Ver también, entre otras, Sentencias C-169 de 2012 (revisión automática de constitucionalidad del convenio de protección de inversiones suscrito con el Reino Unido); C-159 de 2009 (revisión automática de constitucionalidad del convenio de protección de inversiones suscrito con la Confederación Suiza); y C-031 de 2009 (revisión automática de constitucionalidad del convenio de protección de inversiones suscrito con Chile).

525 En otros convenios se habla de interés general, interés público o social, etc. Por ejemplo, en el acuerdo de protección de inversiones recientemente suscrito con el Japón se incluyó, con referencia a Colombia, la siguiente alusión a los motivos que permitirían el sacrificio, con indemnización, de inversiones protegidas: “En el caso de la República de Colombia, el término “propósito público” usado en este párrafo es un término usado en Acuerdos Internacionales y puede ser expresado en el derecho interno de la República de Colombia usando términos tales como ‘propósito público’ o ‘interés social’”. Aclaraciones similares aparecen también en otros convenios.

y defensa del medio ambiente⁵²⁶. Así entonces, el incumplimiento de los acuerdos de inversión no vendría dado por la aplicación de la ley expedida por razones de interés general (que el BIT permite como facultad propia de los Estados Parte), sino porque el Estado Colombiano utilizara criterios discriminatorios o se negara a realizar las compensaciones necesarias de las situaciones particulares afectadas con la nueva ley.

d. Finalmente, frente a los contratos de concesión minera que no impliquen riesgos para los ecosistemas de páramo, en todo caso su continuación deberá sujetarse:

(i) A la revisión y ajuste de las licencias ambientales existentes, así como al control y seguimiento estricto de la autoridad ambiental, para maximizar el logro de los fines de protección y conservación de los ecosistemas de páramo. En estos casos, como en ningún otro, la licencia ambiental deberá cumplir sus funciones de prevención, mitigación, manejo, corrección y compensación⁵²⁷ de los efectos ambientales que produzcan las actividades mineras que ya se habían autorizado. En caso de incumplimiento grave de las normas ambientales, se deberá revocar la licencia ambiental (artículo 211 C.M.) y decretar la caducidad del respectivo contrato (artículo 112 C.M.), tal como ya se anotó.

(ii) Además no podrán prorrogarse, tal como en su momento lo dispuso la Ley 1382 de 2010. Dichas prórrogas serían un aplazamiento injustificado de la prohibición legal y difícilmente estarían amparadas por el principio de seguridad jurídica que se ha analizado.

(iii) En aplicación del artículo 209 del Código de Minas, el concesionario estará obligado a *“hacer las obras y poner en práctica todas las medidas ambientales necesarias para el cierre o abandono de las operaciones y frentes de trabajo”*, para lo cual deberá existir un estricto acompañamiento de las autoridades ambientales y mineras con el fin de asegurar la restauración y reparación de cualquier daño causado al ecosistema de páramo.

2.2.2 Las actividades agropecuarias anteriores a la Ley 1450 de 2011⁵²⁸

Como se señaló anteriormente (supra C-2) la aplicación de la prohibición del artículo 202 de la Ley 1450 de 2011 no podría interpretarse como una orden legal de ruptura automática de los grupos humanos asentados en los páramos con su entorno, o una condena a su estilo de vida y de relación con la naturaleza; tampoco podría llevar a situaciones extremas que pongan en riesgo las condiciones de

⁵²⁶ Por ejemplo, en el Convenio Suscrito con el Reino Unido se hace la siguiente salvedad sobre las restricciones que adopten los Estados por razones medio ambientales: “Artículo VI. (...) (c) *Las medidas no discriminatorias que las Partes Contratantes adopten por razones de propósito público o interés social (el cual tendrá un significado compatible con aquel de “propósito público”), incluyendo razones de salud pública, seguridad y protección del medio ambiente, que sean adoptadas de buena fe, que no sean arbitrarias y no sean desproporcionadas a la luz de su objetivo, no constituirán una expropiación indirecta.*”

⁵²⁷ Sentencia C-746 de 2012. Ver igualmente Sentencia C-039 de 1999: “De este modo, la licencia ambiental tiene indudablemente un fin preventivo o precautorio en la medida en que busca eliminar o por lo menos prevenir, mitigar o revertir, en cuanto sea posible, con la ayuda de la ciencia y la técnica, los efectos nocivos de una actividad en los recursos naturales y el ambiente.”

⁵²⁸ Se reitera que en relación con las actividades agropecuarias la prohibición de realizarse en ecosistemas de páramo solo surge con la Ley 1450 de 2011, a diferencia de las actividades mineras que quedaron prohibidas desde la Ley 1382 de 2010.

vida digna, el derecho a un mínimo vital y el derecho a la alimentación. Además, como también se advirtió, la protección de los recursos naturales está ligada a la obligación constitucional de reconocer y tener en cuenta a las comunidades que tradicionalmente han desarrollado sus proyectos de vida y derivado su sustento a partir de su interacción con la naturaleza.

Para la Sala es claro que aún existiendo razones de interés general, inclusive relacionadas con el medio ambiente, decisiones públicas como la reubicación de un asentamiento humano, el cambio de sus condiciones de vida o la restricción de las actividades que desarrollaban legalmente, no pueden ponerse en práctica de un momento a otro o al margen de las comunidades afectadas. Para la implementación de tales decisiones resultaría constitucionalmente necesario, además, abrir espacios de participación ciudadana o incluso de consulta previa si las poblaciones afectadas corresponden a comunidades indígenas o afrocolombianas.

Por tanto, la Sala considera que en relación con las actividades agropecuarias que ya venían desarrollándose en los ecosistemas de páramo con anterioridad a la Ley 1450 de 2011, surge por parte del Estado la obligación de implementar una política pública para su desmonte gradual, mediante programas de sustitución por otras actividades económicas compatibles, capacitación ambiental, reconversión, etc., de manera que haya una transición adecuada al nuevo escenario que supone el artículo 202 de la Ley 1450 de 2011. Dicho de otro modo, las autoridades competentes deben iniciar de inmediato acciones para asegurar que tales comunidades sean aliadas y participes del nuevo marco normativo que rige para los ecosistemas de páramo.

En todo caso, si algunas de dichas actividades ponen en grave riesgo los ecosistemas de páramo y su reconversión no es posible de común acuerdo con el propietario o no es viable dar un espacio de transición (por la inminencia del daño), el Estado cuenta en todo caso con facultades suficientes, si fuera necesario, para hacer valer el interés general y expropiar los respectivos predios con el fin de iniciar las actividades de restauración y conservación a que hubiere lugar⁵²⁹.

Para cumplir estos propósitos deberán concurrir el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Territorial, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Minas y Energía, las entidades territoriales y, en general, todas las autoridades con competencias relacionadas con la materia. Además el Gobierno puede acudir, entre otras herramientas, a la potestad reglamentaria de la ley que le concede la Constitución Política.

Las anteriores obligaciones operarán aún con mayor intensidad frente a las actividades mineras y agropecuarias de subsistencia de las comunidades ubicadas en las zonas de páramo, para asegurar que la transición hacia el nuevo escenario del artículo 202 de la Ley 1450 de 2011 se produzca de manera gradual y a través de mecanismos que no impliquen una ruptura abrupta de sus condiciones de vida.

529 Facultades expropiatorias con fines de protección ambiental se encuentran, entre otras, en los artículos 10 de la Ley 9 de 1989 (modificado por la Ley 388 de 1997), 107 de la Ley 99 de 1993, y 16 de la Ley 373 de 1997.

Además las autoridades nacionales y territoriales deberán garantizar los derechos a la alimentación, el mínimo vital y la vida digna de sus integrantes.

No sobra reiterar por tanto que respecto de las actividades de subsistencia, las autoridades competentes deberán, por sobre todo, capacitar, financiar y promover prácticas amigables con el medio ambiente, ofrecer alternativas económicas de subsistencia e iniciar procesos de conversión hacia actividades compatibles con la finalidad de la prohibición analizada. Además, surge un deber de diálogo y participación por parte del Estado para que esa adaptación de las prácticas y costumbres de las comunidades y poblaciones ubicadas en las zonas de páramo, además de gradual, tenga en cuenta las necesidades socioeconómicas de esos territorios.

2.3 Los criterios de delimitación de los ecosistemas de páramo

Los dos últimos interrogantes de la consulta tienen relación con los criterios que se deben tener en cuenta para delimitar los ecosistemas de páramo. El aparte pertinente del artículo 202 de la Ley 1450 de 2011 señala lo siguiente:

“Artículo 202. Delimitación de Ecosistemas de Páramos y Humedales. Los ecosistemas de páramos y humedales deberán ser delimitados a escala 1:25.000 con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales adoptados por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o quien haga sus veces. La delimitación será adoptada por dicha entidad mediante acto administrativo (...)”

Lo primero que debe resaltarse es que la ley ordena delimitar “los ecosistemas de páramo” y no solamente los “páramos”. Si por ecosistema se entiende la “comunidad de los seres vivos cuyos procesos vitales se relacionan entre sí y se desarrollan en función de los factores físicos de un mismo ambiente”⁵³⁰, se puede concluir que el legislador acudió a un criterio *sistémico e integrador*, orientado a proteger todo el “ecosistema” del cual dependen los servicios ambientales que prestan los páramos.

Lo anterior resulta concordante con el hecho de que la ley no haya adoptado un criterio único de delimitación, sino que haya entendido la necesidad de tener en cuenta diversos factores relevantes, vale decir no solo lo ambiental y técnico, sino también la población y su economía. No se desconoce pues, que la delimitación ordenada por la ley puede ser compleja⁵³¹ y exigir un alto nivel de ponderación y

530 Diccionario de la Real Academia de la Lengua www.rae.es.

531 “La identificación del límite inferior de los ecosistemas paramunos o su contraparte, el límite superior de los bosques andinos, no sigue un modelo general que pueda ser aplicado como regla única a lo largo del país. Las condiciones climáticas, de humedad, exposición a vientos, radiación solar, suelos y geoformas, historia biogeográfica, así como las múltiples trayectorias de uso de los ecosistemas de alta montaña en los diferentes sistemas cordilleranos colombianos, hacen que la tarea de identificación de estos posibles límites sea compleja y requiera por tanto una visión multidisciplinaria. Desde el punto de vista de la vegetación, la transición de los bosques hacia el ecosistema de páramo, que definimos aquí genéricamente como ecotono, puede darse de manera gradual o abrupta, razón por la cual el límite es en realidad una franja de transición, cuya amplitud varía según condiciones del terreno, el clima local y el uso y la transformación del paisaje. Los ecotonos, definidos como zonas de contacto entre comunidades vegetales diferentes, se caracterizan por altos niveles de diversidad, ya que presentan especies propias de uno y otro ecosistema, y de allí su importancia para la conservación de la diversidad biológica. Esta transición es influida además por la actividad humana, ya sean prácticas agrícolas, quemas, introducción de ganado, infraestructura, e incluso por los efectos del cambio climático. Estos procesos pueden alterar la ubicación y la extensión de dicha franja, o incluso marcar su desaparición, lo que marca un reto técnico y científico considerable para la identificación del límite del ecosistema. Considerando otros aspectos asociados a las funciones ecológicas y al uso y valoración social de estas (definidos como servicios ecosistémicos), identificar un límite resulta todavía más complejo, pues no se puede argumentar que dichos servicios (como la regulación del agua) sean

razonabilidad de la autoridad ambiental. En ese sentido, hay que señalar que en principio la ley no establece ninguna prioridad entre los referidos criterios, por lo que, la delimitación de los ecosistemas de páramo por parte del Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible deberá responder a todos ellos en la medida que sea pertinente y bajo el entendido, en todo caso, de que su aplicación debe estar acorde con la finalidad última de la norma analizada, es decir, la protección de los ecosistemas de páramo.

En particular, la Sala reitera la importancia de tener en cuenta, además de lo técnico y ambiental, las realidades económicas y sociales de las poblaciones ubicadas en los ecosistemas de páramo, pues como se señaló en el literal D-1 *supra*, la protección del medio ambiente debe responder también a criterios de **sostenibilidad social y cultural**, en orden a que *“el desarrollo sea compatible con la cultura y los valores de los pueblos afectados”*⁵³². Como ha señalado la Corte Constitucional, el desarrollo sostenible no solo responde a una planificación eficiente del uso de los recursos naturales que deben ser preservados para las generaciones futuras *“sino que también debe contar con una función social, ecológica y acorde con intereses comunitarios y la preservación de valores históricos y culturales de las poblaciones más vulnerables.”*⁵³³

En consecuencia, la delimitación de los ecosistemas de páramo debe ser técnica, económica, social y ambientalmente fundada, pero siempre teniendo en cuenta que no se podrá poner en riesgo la conservación de dichos ecosistemas, pues de lo contrario el criterio ambiental deberá prevalecer sobre los demás, de conformidad con su especial protección y prevalencia constitucional.

Con base en lo anterior,

LA SALA RESPONDE:

¿La aplicación de la prohibición contenida en el parágrafo 1º del artículo 202 de la Ley 1450 debe entenderse hacia futuro, es decir afectaría solamente a aquellas situaciones jurídicas o de hecho que no se consolidaron antes de la entrada en vigencia de las prohibiciones contenidas en la Ley 1382 de 2010 y 1450 de 2011?

Si la respuesta anterior fuere negativa ¿el operador jurídico de la norma debe ordenar de manera inmediata el cierre de todas las actividades prohibidas? ¿Generaría tal actuación eventuales responsabilidades del Estado frente a quienes tengan situaciones jurídicas consolidadas sobre la zona que se delimita como ecosistema de páramo?

procesos exclusivos de un ecosistema, y de hecho, están asociados a la complementariedad y conectividad con otros ecosistemas. Con esto se quiere decir que la conservación de la biodiversidad y el adecuado funcionamiento de un ecosistema, pueden depender del mantenimiento de sus relaciones ecológicas con otros ecosistemas”. Bases Conceptuales. Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt (www.humboldt.org.co)

532 Sentencia T-348 de 2012.

533 Sentencia T-348 de 2012.

Si la primera respuesta fuere negativa ¿En aplicación del principio de confianza legítima puede la Administración disponer el cumplimiento de la disposición legal de manera gradual o paulatina?

¿Puede la autoridad ambiental, a través de la zonificación y el régimen de usos del ecosistema de páramo delimitado, imponer medidas ambientales a través de las cuales se permita de manera progresiva y paulatina la reconvención de actividades prohibidas en los ecosistemas de páramos, aún cuando estas se hayan consolidado antes de la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011?

La prohibición de desarrollar actividades mineras y agropecuarias en los ecosistemas de páramo delimitados opera de la siguiente manera:

1. PARA LAS ACTIVIDADES MINERAS:

A partir de la expedición de la Ley 1382 de 2010 quedó prohibido otorgar nuevos títulos mineros o celebrar contratos de concesión minera en ecosistemas de páramo.

Los contratos de concesión minera celebrados antes de la Ley 1382 de 2010 solo podrán seguir ejecutándose hasta su terminación si no ponen en riesgo los ecosistemas de páramo. Estos contratos no podrán prorrogarse y en todo caso:

(i) Deberán someterse a la revisión y ajuste de las licencias ambientales existentes, así como al control y seguimiento estricto de la autoridad ambiental, para maximizar la protección y conservación de los ecosistemas de páramo, caso en el cual podría tener cabida el criterio de cumplimiento por fases. Se recuerda además la existencia de instrumentos legales que permiten revocar la licencia ambiental (artículo 211 C.M.) y decretar la caducidad del contrato de concesión minera (artículo 112 C.M.) en caso de incumplimiento grave de las normas ambientales, tal como fue analizado en la parte motiva de este concepto.

(ii) A la terminación de los contratos de concesión minera, el concesionario estará obligado a hacer las obras y poner en práctica todas las medidas ambientales necesarias para cuando se produzca el cierre o abandono de las operaciones y frentes de trabajo. En ese momento deberá existir un estricto acompañamiento de la autoridad ambiental con el fin de asegurar la restauración y reparación de cualquier daño ambiental causado a los ecosistemas de páramo.

c. Aquellos contratos celebrados antes de la Ley 1382 de 2010 que pongan en riesgo los ecosistemas de páramo y tal situación no pueda ser neutralizada a través de los instrumentos ambientales existentes, no podrán seguir ejecutándose y deberá darse prevalencia al interés general de protección del medio ambiente sobre los intereses particulares del concesionario minero. En estos eventos deberá analizarse, caso por caso, la necesidad de llegar a acuerdos de compensación económica con el fin de evitar reclamaciones judiciales.

2. PARA LAS ACTIVIDADES AGROPECUARIAS

- a. A partir de la expedición de la Ley 1450 de 2011 las autoridades no deben permitir el avance de las actividades agropecuarias en los ecosistemas de páramo delimitados.
- b. En relación con las actividades agropecuarias que se desarrollaban en los ecosistemas de páramo antes de entrar a regir la Ley 1450 de 2011, el Ministerio del Medio Ambiente, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Minas y las demás entidades interrelacionadas, están en la obligación de iniciar programas de sustitución, reconversión, capacitación ambiental y demás acciones que permitan una transición adecuada al nuevo escenario que supone la prohibición del artículo 202 de la Ley 1450 de 2011.

En todo caso, si tales actividades ponen en riesgo los ecosistemas de páramo y su reconversión no es posible de común acuerdo con el propietario o no es aconsejable esperar un espacio de transición (por la inminencia del daño), el Estado deberá expropiar los predios a que haya lugar con el fin de iniciar las correspondientes acciones de restauración y conservación ambiental.

- c. En aquellos casos de títulos mineros otorgados con anterioridad a la entrada en vigencia de la prohibición, que no alcanzaron a tramitar u obtener licencia ambiental que autorice el inicio de las actividades de exploración minera, pueden solicitarla ante la autoridad ambiental? Podrá la autoridad ambiental, en vigencia de la Ley 1450 de 2011, autorizar actividades de explotación minera con el otorgamiento de la licencia ambiental para títulos mineros vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la prohibición legal definida en la Ley 1382 de 2010?

No. Los concesionarios que antes de la Ley 1382 de 2010 no hayan obtenido licencia ambiental para realizar trabajos de explotación minera en los ecosistemas de páramo no podrán obtenerla porque la autoridad ambiental deberá aplicar la legislación vigente al momento de su expedición.

- d. ¿De acuerdo a lo definido en el artículo 202 de la Ley 1450 de 2011, el Ministerio debe definir la delimitación del ecosistema conforme resulte de los elementos técnicos de las ciencias naturales, contando con la información social y económica para caracterizar el área?
- e. ¿Por el contrario, la definición del ecosistema debe hacerse combinando los elementos resultantes de las ciencias naturales con los aspectos sociales y económicos que se presentan en el área, lo que implicaría excluir de la delimitación del páramo zonas del ecosistema que han sido transformadas por actividades humanas?

La delimitación de los ecosistemas de páramo debe hacerse combinando los elementos técnicos, económicos, sociales y ambientales que se presentan en el

área. El uso de esta metodología no comporta necesariamente la posibilidad de excluir de los ecosistemas de páramo las zonas que han sido transformadas por las actividades humanas, pues en cada caso debe verificarse si tales áreas son necesarias para la recuperación y conservación del ecosistema de páramo. En todo caso, si existiera riesgo para la conservación de los ecosistemas de páramo, el criterio ambiental prevalecerá sobre los demás.

Remítase al señor Ministro del Interior 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.

8. Derogatoria tácita. Potestad reglamentaria.

Radicado 2143

Fecha: 18/06/2014

Consejero Ponente: *Augusto Hernández Becerra*

Levantamiento de la reserva mediante auto del 23 de enero de 2015

El señor Ministro de Justicia y del Derecho consulta a la Sala sobre la posibilidad de hacer expresas las derogatorias tácitas contenidas en las leyes por medio de decretos reglamentarios.

I. Antecedentes

La consulta cita el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, relativo al ejercicio de la potestad reglamentaria conferida al Presidente de la República, e ilustra su alcance con jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. Sostiene que para la cumplida ejecución de las leyes es fundamental que exista claridad sobre su vigencia, toda vez que solo es posible aplicar debidamente las normas del ordenamiento jurídico en la medida en que haya certeza sobre su vigencia o sobre su derogatoria, expresa o tácita, al tenor de los artículos 71 y 72 del Código Civil.

Respecto de la derogatoria tácita sostiene que resulta de la confrontación de dos normas contrapuestas, de tal manera que una norma posterior desvirtúa una anterior. En consecuencia esta última está llamada a desaparecer del ordenamiento jurídico por voluntad del mismo Legislador. A título de conclusión manifiesta el Ministro que en nuestro sistema legal abundan normas que han sido derogadas de manera tácita, lo cual origina dudas sobre su aplicabilidad y dificultades en el adecuado funcionamiento del sistema jurídico. La falta de claridad sobre la vigencia de las normas puede comprometer, por tanto, la debida ejecución de las leyes y contribuye al aumento de la “*litigiosidad*” en el país.

A partir de las premisas expuestas la consulta formula las siguientes **PREGUNTAS**:

“1. *¿Es posible que el Gobierno Nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria, y en busca de la cumplida ejecución de las leyes, hacer (sic) expresas las derogatorias tácitas contenidas en las leyes?*”

2. De no ser así, *¿Cuál es el instrumento para señalar de manera adecuada la derogatoria de leyes que ya no se encuentran vigentes por haber sido objeto de derogatoria tácita y garantizar de ese modo la seguridad jurídica?*”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Para resolver las preguntas formuladas la Sala analizará: *i)* la competencia constitucional para derogar las leyes; *ii)* el alcance de la derogatoria tácita, y *iii)* las limitaciones de la potestad reglamentaria.

A. La competencia constitucional del legislador para derogar las leyes

La Constitución Política (C.P) establece en su artículo 150 la cláusula general de competencia legislativa según la cual “*corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes*”. Surge de bulto la expresa facultad del Congreso de la República para dejar sin efecto una ley, esto es, para derogarla, tal como lo ha entendido la jurisprudencia constitucional⁵³⁴. Además del texto constitucional citado, la competencia del Congreso para derogar las leyes tiene fundamento en los principios democrático y de la soberanía popular (C.P., artículos 1 y 3), en virtud de los cuales las mayorías del órgano legislativo, actuando en representación del pueblo y encarnando la voluntad general, pueden modificar y contradecir las regulaciones legales precedentes con el fin de adaptarlas a las nuevas realidades históricas, con base en el juicio político de conveniencia que estas nuevas mayorías deberán efectuar⁵³⁵. En materia legislativa debe entenderse que la última voluntad de los representantes del pueblo, manifestada por los procedimientos señalados en la Carta, prevalece sobre las voluntades democráticas que en el pasado se expresaron para dar vida jurídica a las leyes vigentes. No es otro el fundamento constitucional del principio “*lex posterior derogat anteriori*”⁵³⁶.

Las razones expresadas permiten sostener que por definición, sin que se trate de un juego de palabras, la derogación de la ley es un asunto *de reserva de ley*, es decir, constitucionalmente sólo el Legislador es titular de la competencia para disponer sobre la derogación de las leyes.

B. Ejercicio de la competencia derogatoria. Clases de derogación

Sobre la derogación de las leyes el Código Civil dispone:

“Artículo 71. - La derogación de las leyes podrá ser *expresa o tácita*.

Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial.

Artículo 72.- La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, *todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley*”. (Resalta la Sala)

534 Entre otros pronunciamientos de la Corte Constitucional pueden consultarse las sentencias C – 443 de 1997 y C – 159 de 2004.

535 Al respecto la Corte Constitucional ha señalado: “La facultad para derogar la legislación preexistente por parte del órgano legislativo constituye entonces el ejercicio de una atribución constitucional que le fue asignada al Congreso expresamente por el constituyente, mediante la cual se le permite retirar del ordenamiento positivo disposiciones legales, ya sea en forma total o parcial, fundamentado en razones políticas, económicas, sociales o de cualquier otra índole, tales como la necesidad o la conveniencia”. Sentencia C-778 de 2001. Ver igualmente, Sentencia C-318 de 2007.

536 *Ibidem*.

En relación con esta materia la Sala ha señalado en múltiples conceptos que, en tratándose de la derogación expresa, el Legislador señala en forma precisa y concreta los artículos que deroga. Por consiguiente no es necesaria ninguna interpretación, pues simplemente uno o varios preceptos legales se excluyen del ordenamiento desde el momento en que así lo disponga la ley.⁵³⁷

En cambio la derogación tácita se deduce de una incompatibilidad de la ley anterior en relación con lo regulado en la nueva ley. En este caso se hace necesaria la interpretación de ambas leyes, para establecer cuál rige y determinar si la derogación es total o parcial. La Ley 153 de 1887 establece en su artículo 3° otra forma de derogación, la derogación orgánica, en los siguientes términos:

“Artículo 3°. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia expresó en sentencia de marzo 28 de 1984:

“La derogación orgánica, que para no pocos autores no pasa de ser una faz de la derogatoria tácita, sólo se da en verdad cuando la nueva ley “regule íntegramente la materia” que la anterior normación positiva regulaba. Empero, determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende de la intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre éstas y las de la ley anterior.”

En síntesis, la derogación tácita se produce cuando el Legislador no ha manifestado expresamente su voluntad de retirar del ordenamiento jurídico leyes anteriores, pero se deduce por la incompatibilidad entre la norma anterior y la nueva (antinomia), de manera que la aplicación de una de ellas conlleva necesariamente el desconocimiento de la otra. Por esta razón la derogatoria tácita es ante todo “un fenómeno de naturaleza eminentemente interpretativa o, si se prefiere, dependiente de la interpretación que se de a las normas hipotéticamente compatibles”. Se trata entonces de una derogatoria por comparación o contraste, que de acuerdo con la jurisprudencia se presenta en dos casos: “(i) cuando una norma jurídica posterior resulta incompatible con una anterior o (ii) cuando se produce una nueva regulación integral de la materia.”⁵³⁸

537 Pueden verse, entre otros, el 1675 de 2005, 1884 y 1926 de 2008, 1958 de 2009, 1999 de 2010, entre otros.

538 Sala de Consulta y Servicio Civil. “Estudio sobre los antecedentes y derogatorias y vigencia de la Ley 4 de 1913”, Bogotá, 2013. Imprenta Nacional de Colombia, página 35.

C. Potestad reglamentaria. Objeto y límites

Es abundante la doctrina y la jurisprudencia sobre la potestad reglamentaria y, por lo mismo, la Sala solo señalará los aspectos y características más relevantes atinentes directamente a la consulta formulada.

1. Marco Constitucional

La potestad reglamentaria se encuentra consagrada en la Constitución Política dentro del Título VII “De la Rama Ejecutiva”, Capítulo 1 “Del Presidente de la República”, en los siguientes términos:

“Artículo 189 Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...)”

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes (...)”

De la simple lectura de la norma se deduce que la potestad reglamentaria se ha atribuido al Presidente de la República como Suprema Autoridad Administrativa, por lo que su ejercicio corresponde al cumplimiento de una función administrativa que se sujeta, por definición, a la observancia de normas superiores como son la Constitución Política y la ley.

2. Objeto

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado⁵³⁹ ha sido reiterativa en el sentido de señalar que el objeto de la potestad reglamentaria consiste en la expedición de normas de carácter general destinadas a lograr la correcta ejecución, cumplimiento y efectividad de la ley para así volverla activa y plenamente operante, facilitando su inteligencia y cumplimiento de parte de la misma Administración y de los particulares al especificar su significado para el logro de los fines del Estado y de la función administrativa⁵⁴⁰. En consideración al objeto de la potestad reglamentaria, la Corte Constitucional destacó en Sentencia C-228 de 17 de junio de 1993 las diferencias entre la función legislativa y dicha potestad así:

“La ley por naturaleza prescribe en forma genérica, y ello es precisamente definir, distinto a describir, por cuanto la definición, propiamente hablando, es una proposición de validez genérica, apta para ser referida a las circunstancias específicas, y no generales, por la función ejecutiva, que también representa la voluntad general, pero en una atribución no declarativa, sino de cumplimiento y

⁵³⁹ Corte Constitucional, Sentencias C-228 de 1993 y C- 509 de 1999. Consejo de Estado: Expedientes 2529/02: 2241/00, 1714-99/99: 8971/99; 14983/98; 14634/98, entre otras.

⁵⁴⁰ Al respecto, el artículo 4 de la Ley 489 de 1998 dispone: “Artículo 4o. Finalidades de la función administrativa. La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política. // Los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general”.

realización del orden legal. Como se observa, la ley no agota toda la posibilidad jurídica sino que es el fundamento del proceso en el cual, obviamente, está la función ejecutiva, la que gira en torno a la ley (...)

“La potestad reglamentaria... no contradice la naturaleza de la rama ejecutiva del poder público, porque la función es la de reglamentar, como acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley. Si el legislador hace la ley, el ejecutivo tiene el derecho-deber de encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real... Y es que no están frente a frente la ley y la consecuencia de la potestad reglamentaria, porque ambas integran el concepto de norma, con la diferencia cualitativa de ser norma general la ley y norma particular el efecto de la reglamentación. El ejecutivo no puede legislar –salvo que se trate de facultades extraordinarias o de los estados de excepción de acuerdo con los términos de la Constitución– pero sí puede regular, porque toda legislación es normativa, pero no toda normatividad es legislativa, pues la norma es género y la ley es especie...”.

Así las cosas, la potestad reglamentaria, a diferencia de la función legislativa (consistente en hacer y derogar las leyes), se orienta a complementar la ley con las reglas que sean estrictamente necesarias para su eficaz ejecución y no admite la interpretación de sus contenidos, ni de su modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene.⁵⁴¹

En este contexto una disposición de carácter reglamentario no puede interpretar con autoridad la ley con el fin de considerar diferentes hipótesis susceptibles de regulación, toda vez que ello equivaldría a una flagrante violación del artículo 150, numeral 1, de la Constitución Política y del artículo 25 del Código Civil que dispone: “La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, solo corresponde al legislador”. Dicha imposibilidad de interpretación vía reglamento ha sido sostenida de tiempo atrás por la jurisprudencia del Consejo de Estado. La sentencia de la Sección Segunda del 25 de agosto de 1999, expediente 1714-99, por ejemplo, establece:

“La potestad reglamentaria que contempla el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política habilita al Presidente de la República para dictar los decretos, resoluciones y demás actos administrativos tendientes a la cumplida realización de la ley, en el entendido que tal facultad debe asumirse bajo los precisos lineamientos que emanan del contenido y alcance de la respectiva ley, al propio tiempo que reconociendo cómo, si bien a través de su labor subsidiaria y concurrente debe el presidente hacer de ella una regla más cercana y actuante en términos de singularidad, ningún mandato superior lo autoriza para entrar a interpretarla con autoridad, máxime si se considera que con arreglo al artículo 25 del Código Civil ‘La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, solo corresponde al legislador’. Pues bien, ocurre que en el sub lite, ni el inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 de 1993 es oscuro, ni el Presidente tiene facultades de glosador como para arrogarse una tal atribución

⁵⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente Martha Sofía Sanz Tobón, Sentencia de 25 de octubre de 2007, Número Interno 11001-03-24-000-2004-00109-01, Actor: Gustavo Gallón Giraldo.

que le permitiera definir el concepto de ‘régimen anterior’. Por ello mismo, debe advertirse que, siendo extraña al fuero presidencial la potestad de interpretar con autoridad la ley, la buena fe hermenéutica que pueda entrañar la norma combatida no convalida la extralimitación funcional del Ejecutivo, que a contrapelo de las facultades privativas del Congreso ha puesto en evidencia la nulidad del susodicho artículo 1 por incompetencia del emisor”.

El marco constitucional y el objeto de la potestad reglamentaria descritos permiten señalar que su ejercicio está sujeto a precisos límites destacándose, en primer término en lo tocante a este concepto, la subordinación a la ley, según se explica a continuación.

3. La subordinación a la ley como límite de la potestad reglamentaria

En nuestro sistema jurídico es claro que las leyes tiene una posición prevalente en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico. Tal situación se deriva del artículo 189 C.P. que establece los deberes y facultades que le corresponden al Presidente de la República frente a ley. En efecto, esta disposición le impone “*promulgar la leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento*” (numeral 10), y “*ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes*” (numeral 11). En este sentido el Consejo de Estado, Sección Tercera⁵⁴², ha señalado que el reglamento, como expresión de la potestad reglamentaria del Ejecutivo, es un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley. La sumisión jerárquica del reglamento a la ley en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda el reglamento suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos.⁵⁴³ Por este motivo, si el reglamento supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador, compromete su validez y por tanto deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 C.P.

En similares términos se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-037 de 2000, cuando dijo que “los actos administrativos de contenido normativo deben tener por objeto el obedecimiento y cumplimiento de la ley, de donde se deduce su sujeción a aquella. Igualmente, las normas superiores que organizan la jurisdicción contencioso-administrativa y señalan sus atribuciones (artículo 237 superior), encuentran su finalidad en la voluntad del constituyente de someter la acción administrativa al imperio de la ley”.

542 Sentencia del 3 de diciembre de 2007, radicados 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01 (25.206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01 (25.409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01 (24.524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00 (27.834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25.410); 1100-10-326-000-2003-000-71-01 (26.105); 1100-10-326-000-2004-000-34-00 (28.244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01 (31.447) –acumulados–.

543 Ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RAMÓN, Tomás. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I Duodécima Edición, Thomson Civitas, 2004, pág. 182 y ss.

D. Conclusiones

1. La potestad reglamentaria no le otorga al Presidente de la República la capacidad de modificar, limitar o extender la ley a situaciones no previstas en ella ni para hacerle producir efectos distintos de los establecidos en la ley. Esta regla se desprende necesariamente de la atribución constitucional exclusiva del Congreso de la República para dictar la ley, para modificarla o derogar la preexistente y para interpretarla con autoridad, de acuerdo con los artículos 150-1 de la Constitución política y 25 del Código Civil, según se ha explicado.⁵⁴⁴

2. De acuerdo con el principio de jerarquía la norma derogatoria debe ser de rango igual o superior al de la norma derogada. Por consiguiente un decreto reglamentario, que es por definición jerárquicamente inferior a la ley, mal podría prevalecer sobre ella como tampoco derogarla. Esta es posición unánime tanto de la Sala como de la Sección Tercera de esta Corporación y de la Corte Constitucional⁵⁴⁵.

3. Dado que únicamente el Legislador está facultado para derogar la ley, resultaría conforme con el principio de seguridad jurídica que este prefiriera siempre la derogatoria expresa a la tácita. En cuanto se refiere a la derogatoria tácita bien puede el legislador hacerla expresa por dos medios: *i)* Mediante la expedición de una ley interpretativa, que se entiende incorporada a la ley interpretada, caso en el cual interpreta por vía de autoridad de conformidad con el artículo 26 del Código Civil⁵⁴⁶; *ii)* Aplicando sistemáticamente, cuando la derogación de la ley sea parcial, el artículo 158 de la C.P., conforme al cual *"... La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas."*

4. Esta última es una disposición constitucional raramente aplicada, siendo uno de los pocos casos conocidos el de la Ley 811 de 2003 *"por medio de la cual se modifica la Ley 101 de 1993, se crean las organizaciones de cadenas en el sector agropecuario, pesquero, forestal, acuícola, las Sociedades Agrarias de Transformación, SAT, y se dictan otras disposiciones"*, que en su artículo 4 dispuso: *"Artículo 4º. Publicación de un solo texto. De conformidad con el artículo 195 de la Ley 5 de 1992, deberá publicarse en un solo texto la Ley 101 de 1993 que incorpore las presentes modificaciones"*.

En relación con este punto ha de llamarse la atención sobre lo dispuesto en el artículo 195 de la Ley 5a de 1992, *"por la cual se expide el reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes"*. Dicha norma le asignó concretamente la función que se comenta a los servicios técnicos y profesionales de las Cámaras en los siguientes términos: *"Artículo 195. Publicación en un solo texto. Los servicios técnicos y profesionales de las Cámaras tendrán a su cargo"*

544 Cfr. Consejo de Estado, expedientes 2560/01; 1280/01 12030/97; 7985/97; 4429/97;4211/97; 4179/97; 3628/97; 961/97; 10858/96; 7716/96; 7715/96; 3932/96; 3890/96; 3670/96; 3349/96; 6014/95; 3658/95; 3412/95; 3214/95;3070/95; 3045/95; 5983/94; 5908/94; 6010/92; 6139/92; 1567/92;1055/92;1063/92, entre otras.

545 Concepto 1958 de 2010, v.gr.

546 Si el Gobierno Nacional decidiera presentar a consideración del Congreso de la República un proyecto de ley en este sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil bien podría colaborar haciendo la revisión final del proyecto, de conformidad con las funciones que le asigna el artículo 112 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

la preparación y publicación de las leyes que, al haber sido objeto de reforma parcial, deban publicarse en un sólo texto que incorpore las modificaciones aprobadas”. Sobre el particular puede consultarse la sentencia C-161 de 1999 de la Corte Constitucional. En este sentido pueden seguirse orientaciones del derecho comparado que abogan por la aplicación de instrumentos de técnica normativa para la calidad de la legislación, bajo el propósito de preservar el valor superior de la seguridad jurídica⁵⁴⁷.

5. En relación con este último aspecto cabe recordar las funciones que le han sido asignadas a esta Sala en los numerales 2 y 4 de la Ley 1437 de 2011 en materia de elaboración y revisión de textos legales:

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

“(...) 2. Revisar o preparar a petición del Gobierno Nacional proyectos de ley y de códigos. El proyecto se entregará al Gobierno por conducto del Ministro o Director del Departamento Administrativo correspondiente, para su presentación a la consideración del Congreso de la República.

3. Preparar a petición de la Sala Plena del Consejo de Estado o por iniciativa propia proyectos de acto legislativo y de ley.

4. Revisar a petición del Gobierno los proyectos de compilaciones de normas elaborados por este para efectos de su diHvulgación.”

Se observa entonces que en el marco de una política pública de mejoramiento de la calidad y técnica normativa, el legislador extendió la función consultiva de la Sala a la elaboración y revisión de proyectos de normatividad, tanto por iniciativa propia como por solicitud del Gobierno Nacional.

En ese sentido debe recordarse, por ejemplo, la participación de la Sala en la revisión del Decreto 1345 de 2010, por el cual se establecen directrices de técnica normativa, o del proyecto de ley para la protección de la infancia y la adolescencia por violación de los deberes de los medios de comunicación, entre otros. Por tanto, si el Gobierno Nacional tiene interés en elaborar un cuerpo normativo que permita dar claridad sobre disposiciones legales derogadas - que como se ha señalado en este concepto debe tener rango de ley -, puede también como alternativa activar las competencias de esta Sala a que se ha hecho referencia.

547 El Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil se ha interesado en varias de sus iniciativas por la calidad de la legislación y al efecto ha organizado eventos académicos tales como el “Seminario Franco Colombiano sobre la reforma a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”, realizado en Bogotá entre el 7 y 11 de julio de 2008, y el Seminario Internacional “Función consultiva y calidad de la legislación. La experiencia de Francia, España y de la América Andina”, celebrado en Bogotá los días 5, 6 y 7 de mayo de 2009. Las deliberaciones y conclusiones de tales certámenes sirvieron de fundamento, en lo pertinente, a la reforma al Código Contencioso Administrativo en relación con las funciones de revisión de textos normativos asignadas a la Sala que se encuentran previstas hoy en día en el artículo 112 de la Ley 1437 de 2011.

LA SALA RESPONDE:

1. ¿Es posible que el Gobierno Nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria, y en busca de la cumplida ejecución de las leyes, hacer (sic) expresas las derogatorias tácitas contenidas en las leyes?

No puede el Presidente de la República recurrir a la potestad reglamentaria para ejercer competencias propias del Legislador, como son las de derogar o interpretar las leyes ni, por tanto, para hacer expresas por medio de decreto las derogatorias tácitas deducibles de las leyes según lo expuesto en este concepto.

2. De no ser así, ¿Cuál es el instrumento para señalar de manera adecuada la derogatoria de leyes que ya no se encuentran vigentes por haber sido objeto de derogatoria tácita y garantizar de ese modo la seguridad jurídica?

La seguridad jurídica aconseja que el Legislador, al ejercer su facultad de derogar las leyes, prefiera la derogatoria expresa a la tácita. En los casos de duda o controversia relacionados con la derogatoria tácita de determinadas leyes bien puede el legislador acudir a la interpretación por vía de autoridad, y expedir las leyes interpretativas correspondientes.

Para conjurar el fenómeno de las derogatorias tácitas parciales con alcances indeterminados, debe el legislador atender al artículo 158 de la Constitución Política, que ordena publicar en un solo texto la ley objeto de reforma parcial junto con las modificaciones aprobadas. Los proyectos de ley que presente el Gobierno Nacional a consideración del Congreso de la República, en los cuales se propongan reformas parciales a leyes preexistentes, deberán ajustarse en su redacción a este mandato constitucional.

Remítase al señor Ministro de Justicia y del Derecho 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.

9. Derecho de petición. Normatividad aplicable en la actualidad. Efectos de las sentencias de inexecutableidad proferidas por la Corte Constitucional. Revisión de normas derogadas.

Radicado 2243

Fecha: 28/01/2015

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Levantamiento de la reserva mediante oficio del 28 de enero de 2015

El señor Ministro de Justicia y del Derecho consulta a la Sala sobre la normatividad aplicable al derecho de petición ante la declaratoria de inexecutableidad de “*los artículos 13 a 32*” de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, proferida por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-818 de 2011, cuyos efectos se produjeron a partir del 31 de diciembre de 2014, debido a que en la fecha de la consulta no se había remitido para sanción presidencial el proyecto de Ley Estatutaria N° 65 de 2012 Senado - 227 de 2012 Cámara, “*por medio del cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye el título (sic) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”.

I. Antecedentes

La consulta indica que en el CPACA se regularon los aspectos generales y especiales relativos al trámite del derecho constitucional de petición (artículos 13 a 32), y agrega que el artículo 309 *ibidem* derogó expresamente el Decreto Ley 01 de 1984, que contenía el Código Contencioso Administrativo –CCA-, el cual reguló hasta el 2 de julio de 2012 similares aspectos del derecho de petición.

Posteriormente la Corte Constitucional, en la sentencia C-818 de 2011 declaró la inexecutableidad de los artículos 13 a 33 del CPACA, pero difirió los efectos de su decisión hasta el 31 de diciembre de 2014, pues, a juicio de la Corte, la inconstitucionalidad “*pura y simple*” produciría un grave vacío legal debido a la derogatoria del CCA ordenada por el artículo 309 del CPACA.

Por su parte, el Congreso de la República tramitó el proyecto de Ley Estatutaria 65 de 2012 Senado - 227 de 2012 Cámara, “*por medio del cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye el título (sic) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, el cual, una vez discutido y aprobado, fue remitido a la Corte Constitucional para su revisión previa, conforme a lo dispuesto en el artículo 153 de la Constitución Política.

En la consulta se asevera que mediante comunicado de prensa número 47 del 3 y el 4 de diciembre de 2014, divulgado el día 20 del mismo mes y año, la Corte

Constitucional informó que había efectuado la revisión previa del proyecto de ley estatutaria, pero que al momento de la consulta la Corte *“no ha publicado el texto completo de la sentencia ni ha comunicado al Gobierno Nacional y al Congreso de la República la decisión adoptada. Por esta razón, no se ha remitido el texto del proyecto con los ajustes ordenados por dicha corporación para sanción del Presidente de la República”*. De esta manera el Ministro plantea que ante el acaecimiento de los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad contenida en la sentencia C-818 de 2011, lo cual ocurrió el pasado 31 de diciembre, existe en la actualidad un posible *“vacío normativo en cuanto al ejercicio y trámite del derecho de petición”*.

Luego de exponer algunas dificultades prácticas que tal vacío generaría para el adecuado ejercicio del derecho de petición y ciertas consideraciones sobre la *“teoría de la reviviscencia”* de normas derogadas por disposiciones declaradas inexecutable, formula las siguientes **PREGUNTAS**:

“1. ¿Cuál es la normatividad aplicable para efectos de garantizar el derecho fundamental de petición?”

2. ¿Operó la reviviscencia de las normas que regulaban el derecho de petición en el Código Contencioso Administrativo, en particular si se tiene en cuenta que dicha norma fue derogada por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011?”

3. En caso de que el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011 impida que opere dicho fenómeno, ¿resulta procedente aplicar la figura de la excepción de inconstitucionalidad respecto del artículo 309 de la Ley 1437 de 2011, con fundamento en que se trata del ejercicio del derecho fundamental de petición?”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Llegada la fecha en la que dejaron de regir los artículos 13 a 33 del CPACA (31 de diciembre de 2014), como resultado de la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-818 de 2011, la Sala deberá establecer cuál es la normatividad legal que regula el derecho fundamental de petición desde el 1 de enero de 2015 y hasta cuando entre en vigencia la ley estatutaria “por medio del cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye el título (sic) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, según el proyecto número 65 de 2012 Senado - 227 de 2012 Cámara, es decir, hasta que dicha ley sea sancionada y publicada en el Diario Oficial.

Para tal efecto, la Sala debe analizar fundamentalmente si a partir del 1º de enero de 2015 resurgieron o “revivieron” las normas del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) que regulaban el derecho de petición, o si, por el contrario, dichas normas no se reincorporaron al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, existe un vacío legal en esta materia.

En consecuencia, la Sala abordará los siguientes temas: (i) los presupuestos fácticos de la consulta; (ii) la teoría de la reviviscencia de las normas derogadas y su aplicación al caso consultado, y (iii) la procedencia de aplicar la excepción de inconstitucionalidad al artículo 309 del CPACA, en relación con la derogatoria del Decreto 01 de 1984.

A. Presupuestos fácticos de la consulta

Estima la Sala que antes de entrar a resolver el problema jurídico de la consulta, es conveniente precisar los supuestos fácticos en que se fundamenta la misma, los cuales pueden sintetizarse así:

La Ley 1437 de 2011, “*por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*” -CPACA- fue promulgada el 18 de enero de ese año⁵⁴⁸ y, según lo dispuesto en el artículo 308 ibidem, comenzó a regir el 2 de julio de 2012. A su vez, el artículo 309 del CPACA derogó, a partir de su vigencia, “*todas las disposiciones que sean contrarias a este Código, en especial, el Decreto 01 de 1984...*”.

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, fueron demandados los artículos 10 (parcial), 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 y 309 (parcial) del CPACA, asunto que fue resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-818 de 2011⁵⁴⁹. Para mayor precisión sobre la decisión adoptada por la Corte, se transcribe textualmente su parte resolutive:

“RESUELVE: PRIMERO. - Declararse INHIBIDA para decidir de fondo, en relación con los apartes acusados del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, por ineptitud sustantiva de la demanda.

SEGUNDO.- Declarar INEXEQUIBLES los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 y 33 de la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

TERCERO.- Conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, los efectos de la anterior declaración de INEXEQUIBILIDAD quedan diferidos hasta 31 de diciembre de 2014, a fin de que el Congreso, expida la Ley Estatutaria correspondiente.

CUARTO - Declarar EXEQUIBLE, la expresión “el artículo 73 de la Ley 270 de 1996”, contenida en el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

548 Diario Oficial 47.956.

549 Corte Constitucional, sentencia C-818 del 1º de noviembre de 2011. Expedientes D- 8410 y AC D-8427.

Como la sentencia fue proferida siete (7) meses antes de que entrara a regir el CPACA, continuaba aplicándose en ese momento el Decreto Ley 01 de 1984 (CCA), vigente en ese entonces, hasta el 1 de julio de 2012, dado que a partir del 2 de julio cobraría vigencia el CPACA. En la citada fecha las normas sobre el derecho de petición consagradas en los artículos 13 a 33 del CPACA cobraron vigencia y comenzaron a producir plenos efectos, a pesar de haber sido declaradas inexecutable con anterioridad. Sin embargo, la vigencia de tales disposiciones cesó definitivamente al finalizar el **31 de diciembre de 2014**, por haberlo ordenado así la Corte Constitucional al diferir los efectos de la inexecutable hasta ese día, *“a fin de que el Congreso, expida la Ley Estatutaria correspondiente”*.

En el interregno, el Congreso de la República tramitó el proyecto de Ley Estatutaria 65 de 2012 Senado - 227 de 2012 Cámara, *“por medio del cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye el título (sic) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*, el cual, una vez discutido y aprobado, fue remitido a la Corte Constitucional para su revisión previa, de acuerdo con el artículo 153 de la Carta Política.

Mediante comunicado de prensa N° 47, fechado los días 3 y 4 de diciembre de 2014, la Corte Constitucional informó que mediante la sentencia C-951 de 2014 había efectuado la revisión previa del citado proyecto de ley. Adicionalmente, el 21 de enero de 2015 la Corte Constitucional divulgó una *“fe de erratas al comunicado de prensa No. 47”*, en la cual se afirma que *“por error involuntario, en el comunicado N° 47, correspondiente a las decisiones adoptadas los días 3 y 4 de diciembre de 2014, publicado el 19 del mismo mes, se omitieron dos puntos que según decisión de la Sala integran la parte resolutive de la sentencia C-951 de 2014. En consecuencia la información correcta en relación con esta sentencia es la siguiente: (...)”*.

Sin embargo, al momento de formularse la presente consulta, la Corte *“no ha publicado el texto completo de la sentencia ni ha comunicado al Gobierno Nacional y al Congreso de la República la decisión adoptada. Por esta razón, no se ha remitido el texto del proyecto con los ajustes ordenados por dicha corporación para sanción del Presidente de la República”*.

Por último, cabe advertir que si bien se tiene conocimiento de que el 27 de enero de 2015 la Corte Constitucional procedió a publicar el texto completo de la sentencia y a comunicar al Gobierno Nacional y al Congreso de la República la decisión adoptada, aún el Ejecutivo no ha sancionado el proyecto de Ley Estatutaria 65 de 2012 Senado - 227 de 2012 Cámara, *“por medio del cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye el título (sic) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*, de manera que, a la fecha, no se ha cumplido con el requisito previsto en el numeral 4 del artículo 157 de la Constitución Política para que sea Ley de la República.

B. La “reviviscencia” de normas derogadas. Reincorporación temporal de los capítulos II, III, IV, V, VI y VIII del Título I del Libro I del Código Contencioso Administrativo (Decreto Ley 01 de 1984)

Desde hace varias décadas, la jurisprudencia y la doctrina en Colombia se han planteado el problema de establecer si la declaratoria de inexecutable de una norma con fuerza de ley que, a su vez, ha derogado expresa o tácitamente otras disposiciones, “revive” los preceptos derogados, es decir, si produce el efecto de reincorporar tales normas al ordenamiento jurídico, dejando sin efectos su derogatoria. Esto es lo que se ha llamado “reviviscencia”.

En la sentencia C-402 de 2010⁵⁵⁰, reiterada en la C-251 de 2011⁵⁵¹, la Corte Constitucional hace un completo y minucioso recuento de lo que ha señalado la jurisprudencia y la doctrina nacional sobre este problema jurídico, desde que fue expuesta inicialmente por el Consejo de Estado⁵⁵² y luego por la Corte Suprema de Justicia, en los tiempos en los que a esta última le correspondía ejercer el control constitucional de las leyes.⁵⁵³ En aras de la brevedad y con el objeto de no ser reiterativos⁵⁵⁴, la Sala remite a lo explicado en dicha providencia, de la cual considera necesario transcribir solo las siguientes conclusiones, que sintetizan la posición actual de la Corte Constitucional sobre este tópico:

“7. Para la Corte, las sentencias en mención permiten identificar las reglas jurisprudenciales aplicables respecto de la procedencia de la reincorporación de normas derogadas por disposiciones declaradas inexecutable, como se explica a continuación:

7.1. La reincorporación o reviviscencia de normas derogadas por preceptos declarados inconstitucionales es una constante que hace parte de la tradición

⁵⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-402 del 26 de mayo de 2010. Expediente D-7846.

⁵⁵¹ Ídem, sentencia C-251 del 6 de abril de 2011. Expediente RE-179.

⁵⁵² Fue el Consejo de Estado el 7 de noviembre de 1958, el que por primera vez dijo que la declaratoria de inexecutable revive las normas que la ley inconstitucional había tratado de reemplazar. Se trataba de una consulta que el Ministro de Hacienda había formulado sobre este punto: “*Declarado inexecutable en sus artículos vigentes el Decreto 700 de 1954, el cual, por medio de su artículo 113 derogó los Decretos 2266 de 1952, con excepción de su artículo 1º, 3134 de 1952, artículo 1º, 2º, 3º, 6º, 7º y 8º del Decreto 2187 de 1953 y el artículo 7º del Decreto 2602 de 1951 desea el Ministerio de Hacienda saber si tales disposiciones derogadas por el Decreto 700 han vuelto a tener vigencia por causa de la declaratoria de inexecutable del Decreto 700*”. La Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Guillermo González Charry, conceptuó: “*Aplicando los conceptos y conclusiones precedentes al caso consultado por el señor Ministro de Hacienda, el Consejo de Estado considera que la derogatoria que hizo el Decreto-Ley número 700 de 1954 de preceptos pertenecientes a otros estatutos, debe tenerse por no hecha desde la fecha de ejecutoria del fallo de la Corte que declaró la inexecutable de tal decreto, y que, en consecuencia, tales normas deben aplicarse mientras no hubiesen sido derogadas por otros decretos-leyes no declarados inexecutable, o hasta cuando se cumpla la previsión contenida en el artículo 2º de la Ley 2ª de 1958*”. Anales del Consejo de Estado, Tomo LXII, págs. 905 – 916. Concepto reiterado por la misma Sala del Consejo de Estado el 2 de septiembre de 1961.

⁵⁵³ Al definir la acusación contra el artículo 146 del Decreto 294 de 1973, reconoció la Corte Suprema de Justicia que las normas derogadas por el Acto Legislativo N° 1 de 1979 reviven al ser inexecutable éste. Dijo entonces la Corte: “*Al ser declarada inexecutable la modificación introducida en el párrafo del artículo 208 de la Constitución por el acto Legislativo número 1 de 1979, y revivir el antiguo párrafo de dicha disposición, adoptada como artículo 67 del Acto Legislativo número 1 de 1968, recuperó también su vigencia el artículo 146 acusado y por tanto, la Corte puede ejercer su jurisdicción constitucional sobre la norma demandada*”. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 22 de junio de 1982, Magistrados Ponentes Luis Carlos Sáchica y Ricardo Medina Moyano, Gaceta Judicial T-171, págs. 311 y ss.

⁵⁵⁴ A propósito de la tesis de la “reviviscencia” ver entre otras sentencias de la Corte Constitucional: C-608 de 1992; C-145 de 1994; C-055 de 1996; C-562 de 1996; C-700 de 1999; C-010 de 2000; C-1548 de 2000; C-501 de 2001; C-672 de 2002; C-432 de 2004; C-464 de 2004; C-421 de 2006; T-043 de 2007; C-699 de 2007; T-1102 de 2008; C-1155 de 2008; C-801 de 2008; C-1155 de 2008; C-402 de 2010 y finalmente C-251 de 2011.

*jurídica nacional. Para ello, desde el periodo preconstitucional se tuvo en cuenta que las sentencias de inexequibilidad tenían efectos particulares, no asimilables a los de la anulación o a los de derogatoria. Antes bien, las sentencias de inexequibilidad, a pesar de tener efectos generales a futuro, incidían en la vigencia de las normas derogadas, **restituyendo sus efectos con el fin de evitar la existencia de vacíos normativos y, por ende, la inseguridad jurídica generada por la ausencia de regulación particular y específica.** En ese sentido, para la doctrina más tradicional, asumida íntegramente por la Corte en sus primeros fallos, la inexequibilidad de la expresión derogatoria implica la reincorporación de la normatividad derogada, predicable desde el momento en que se adopta dicha sentencia de inconstitucionalidad, dejándose con ello a salvaguarda las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la norma cuestionada. Esta solución, como se observa, es plenamente compatible con el efecto ordinario ex nunc de las sentencias judiciales, pues la reincorporación de la norma derogada no es incompatible con el reconocimiento de plenos efectos de la disposición declarada inexequible, desde su promulgación y hasta la sentencia de inconstitucionalidad.*

7.2. Las primeras decisiones de la Corte que asumieron la problemática de la reviviscencia asumieron para sí la conclusión que había sido propuesta por la Corte Suprema y el Consejo de Estado, según la cual la reincorporación operaba de manera automática. Sin embargo, fallos posteriores abandonaron esta postura, a través del establecimiento de condiciones para la procedencia de la reviviscencia. Tales presupuestos tienen que ver con (i) la necesidad de establecer el peso específico que les asiste a los principios de justicia y seguridad jurídica en el caso concreto, esto es, las consecuencias que se derivarían de la reincorporación frente a los principios y valores constitucionales; y (ii) la garantía de la supremacía constitucional y **los derechos fundamentales, lo que remite a la obligatoriedad de la reincorporación cuando el vacío normativo que se generaría sin ella involucraría la afectación o puesta en riesgo de los mismos.**

7.3. Ahora bien, **en lo que respecta a la oportunidad de la declaratoria de reincorporación,** la Corte ha optado por distintas alternativas a lo largo de su jurisprudencia. En la etapa inicial, que coincide con la defensa de la tesis de la reviviscencia automática, esta Corporación dispuso la procedencia de la misma, bien en la sentencia que declaraba la inexequibilidad del precepto derogatorio, o bien en la decisión que asumía el estudio de constitucionalidad de las normas reincorporadas, siendo el segundo el escenario más recurrente. Luego, en la etapa que coincide con la fijación de condiciones para la reviviscencia, la Corte optó progresivamente por poner de presente, generalmente en la parte motiva de las decisiones de inexequibilidad, los argumentos que sustentaban la mencionada reincorporación. Sin embargo, **debe tenerse en cuenta que tales previsiones no han sido contempladas por la jurisprudencia con carácter declarativo, sino que simplemente se han limitado a verificar si para el caso concreto se cumplen los requisitos descritos en el numeral anterior, que permiten predicar la reviviscencia de normas derogadas.** En cualquier caso, la Sala reconoce que la previsión de consideraciones expresas sobre la materia es una herramienta útil para el mantenimiento de la seguridad jurídica. **No obstante, la procedencia**

de la reincorporación deberá analizarse en cada caso concreto, a partir de los criterios antes anotados, puesto que un requisito de mención expresa por parte de la Corte en la sentencia que declara la inexecutable de las normas derogatorias no está previsto ni por la Constitución ni por la ley, por lo que no puede adscribirse naturaleza declarativa". (Se subraya).

Partiendo de lo anterior y, especialmente, de reconocer que la jurisprudencia constitucional no acepta ya la tesis de la reincorporación automática o *ipso jure* de las normas derogadas por disposiciones legales que son declaradas inexecutable, la Sala considera necesario analizar si en el caso concreto de la consulta se dan las condiciones expuestas por la Corte para que pueda predicarse la reviviscencia o el resurgimiento de las normas derogadas por la Ley 1437 de 2011 en relación con el derecho de petición, particularmente los capítulos respectivos del antiguo Código Contencioso Administrativo (CCA).

El primer requisito mencionado por la Corte Constitucional consiste en *"la necesidad de establecer el peso específico que les asiste a los principios de justicia y seguridad jurídica en el caso concreto, esto es, las consecuencias que se derivarían de la reincorporación frente a los principios y valores constitucionales"*.

En el pasaje transcrito no aparece explicado el significado ni la razón de ser de esta condición. Sin embargo, en otras partes de la sentencia, la Corte desarrolla este punto de la siguiente forma, haciendo alusión a fallos anteriores de la misma Corporación:

"6.3. La siguiente providencia que toca la cuestión es la sentencia C-055 de 1996, (M.P. Alejandro Martínez Caballero). (...) Debido a que uno de los intervinientes defendía la tesis que el precepto acusado no podía ser objeto de examen pues por tratarse de una disposición derogatoria había agotado sus efectos, y su declaratoria de inexecutable no reviviría las normas derogadas, la Corte Constitucional se pronuncia nuevamente sobre las diferencias entre la declaratoria de inexecutable y la derogatoria de una ley. Sobre este particular señaló:

"(...) Los efectos concretos de la sentencia de inexecutable dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: la supremacía de la Constitución -que aconseja atribuir a la decisión efectos ex tunc, esto es retroactivos- y el respeto a la seguridad jurídica -que, por el contrario, sugiere conferirle efectos ex nunc, esto es únicamente hacia el futuro-. Y, de otro lado, como la norma derogatoria no era válida, por estar en contradicción con la Carta, entonces es perfectamente lógico expulsarla del ordenamiento, por ministerio de la inexecutable, de forma tal que puedan revivir las disposiciones derogadas". (Negrillas del original).

"(...) Por otra parte en la misma decisión⁵⁵⁵ se afirma que en cada caso concreto el juez constitucional debe hacer un juicio de ponderación entre la supremacía

555 Esta vez se refiere a la sentencia C-501 de 2001.

constitucional y la seguridad jurídica, con el propósito de establecer los efectos retroactivos o hacia el futuro de la declaratoria de inexecutable de la ley, estudio que debe quedar plasmado en la sentencia de control de constitucionalidad de la disposición derogatoria.

“(...) En esta decisión se reitera la tesis prevista en fallos anteriores, según la cual “la declaratoria inexecutable de una norma implica la reincorporación al ordenamiento jurídico de las disposiciones por ella derogadas siempre que ello se requiera para asegurar la supremacía del Texto Fundamental. Para la Corte, “Esto es así en cuanto una declaratoria de inexecutable conlleva la expulsión del ordenamiento jurídico de una norma que ha sido encontrada contraria a la Carta y ante ello se debe determinar el peso específico que les asiste a los principios de justicia y seguridad jurídica y establecer si el fallo tiene efectos únicamente hacia futuro o si también cubre situaciones consolidadas en el pasado, evento en el cual restablecen su vigencia aquellas disposiciones que habían sido derogadas por la norma declarada inconstitucional.”

Como puede verse, aunque la Corte Constitucional vacila un poco en establecer si la revivencia de las normas derogadas es una consecuencia lógica y natural del efecto *ex nunc* (hacia el futuro) que se otorga como regla general a los fallos de inexecutable, o si, por el contrario, es una excepción a dicho efecto general, pues se trata en realidad de un efecto *ex tunc* (desde el pasado), como sucede con las sentencias de nulidad, lo que dicha Corporación quiere significar con este requisito, a juicio de la Sala, es que en cada caso debe hacerse un análisis de si la reincorporación de las normas derogadas mantiene el equilibrio que debe existir entre los principios de justicia y de seguridad jurídica, teniendo en cuenta que la aplicación aislada del principio de justicia haría “inclinarse la balanza” hacia el reconocimiento de efectos retroactivos a la sentencia de inexecutable, ya que la norma declarada inconstitucional lo ha sido desde su expedición o, según el caso, desde la entrada en vigencia de la Constitución Política (en el evento de la inconstitucionalidad sobreviniente), mientras que la aplicación solitaria del principio de seguridad jurídica llevaría a concluir que la sentencia de inexecutable debe tener efectos *ex nunc* absolutos y, en consecuencia, no podría revivir normas derogadas por la disposición que fue declarada inconstitucional.

Por lo tanto, en relación con esta exigencia, la revivencia de las normas derogadas sería procedente siempre que: (a) Las disposiciones derogadas que se restablecen no sean, a primera vista y en forma ostensible, contrarias a la Constitución; (b) la reincorporación de tales preceptos al ordenamiento jurídico se requiera para mantener la integridad y la armonía del sistema jurídico, especialmente en cuanto al efectivo desarrollo y aplicación de los principios y las normas constitucionales, y (c) la revivencia de esas normas no genere mayor inseguridad jurídica, sino que, por el contrario, permita suplir el vacío y, por lo tanto, la incertidumbre generada por la declaratoria de inexecutable de las disposiciones derogatorias. En el caso específico que nos ocupa, la Sala encuentra que:

Las normas del Código Contencioso Administrativo que regulaban en particular el derecho de petición no resultan ostensiblemente y a primera vista contrarias a la Constitución Política. Por el contrario, aunque dicha normatividad se expidió antes de la Carta de 1991, contenía un desarrollo razonable, y sistemático del derecho de petición.⁵⁵⁶

La principal objeción que podría hacerse a dicho estatuto, a la luz de la Constitución actual, sería la de que no podría estar contenido en un decreto expedido por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso, ya que: (i) desarrolla el núcleo esencial de un derecho fundamental, por lo cual debe ser expedido mediante una ley estatutaria (artículo 152), y (ii) además de su carácter estatutario, dicha regulación forma parte de un código, para cuya expedición el Congreso de la República no puede otorgar al Gobierno facultades extraordinarias (artículo 150, numeral 10).

Sin embargo, nótese que esta objeción, en sus dos aspectos, se refiere a requisitos de competencia y de procedimiento que, como es obvio, no podrían juzgarse a la luz de la Constitución Política que nos rige, sino frente a la Carta Fundamental que estaba vigente cuando se expidió el Decreto Ley 01 de 1984. Sobre este punto, la misma Corte dijo en la sentencia C-818 de 2011:

*“3.1.1.11 Por otro lado, en gracia de discusión, se podría señalar que el anterior Código Contencioso Administrativo, a pesar de contener una regulación sobre el ejercicio del derecho de petición, no fue tramitado por una ley estatutaria. Sobre el particular debe tenerse en cuenta que: (i) esta regulación se trataba de una norma preconstitucional- Decreto Ley 1 de 1984, proferida en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 11 de la Ley 58 de 1982-, y por tanto, dentro del ordenamiento constitucional colombiano no existía la figura de las leyes estatutarias. En consecuencia, **la norma fue expedida de conformidad con el procedimiento establecido para el momento de su expedición (...)**” (Se resalta).*

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la reincorporación del Código Contencioso Administrativo sería apenas **parcial y transitoria**. En efecto, solo podrían entenderse que las normas objeto de reviviscencia son las que regulaban específicamente el derecho de petición, en los mismos aspectos o temas a los cuales se refería el Título II de la Parte Primera del CPACA, y no otros capítulos ni disposiciones del CCA. Asimismo, las normas que resurgen solo podrían entenderse vigentes entre el 1º de enero de 2015 y el día anterior a aquel en que empieza a regir la ley estatutaria cuyo proyecto fue revisado por la Corte Constitucional en la sentencia C – 951 de 2014.

⁵⁵⁶ Dividió el Decreto Ley 01 de 1984 el derecho de petición en interés general y en interés particular (arts. 5 y ss.); señaló que las actuaciones administrativas podían iniciarse mediante su interposición ante las autoridades; fijó los términos para resolver, las consecuencias por la desatención de las peticiones, el desistimiento, los requisitos especiales, las peticiones incompletas, la solicitud de información o documentos adicionales, la citación de terceros, la publicidad, los costos de las citaciones y publicaciones, el derecho a la información y las excepciones a su obtención, el examen de documentos, las notificaciones, los costos de las copias, el derecho a formular consultas, la atención al público, el deber de responder peticiones, el trámite interno, la incompetencia del funcionario, las pruebas, la adopción de decisiones, entre otros asuntos. Dentro del contexto del Código adoptado en el Decreto Ley 01 de 1984, los procedimientos administrativos pueden ser consecuencia del derecho de petición, en tanto con él es posible iniciar las actuaciones ante las autoridades públicas.

La reincorporación de las normas pertinentes del CCA resulta necesaria para mantener la integridad del ordenamiento jurídico y, especialmente, la efectividad de las garantías consagradas en la Constitución Política en relación con el derecho de petición y otros derechos fundamentales.⁵⁵⁷ De no ser así, se generaría un grave vacío legal en esta materia, que fue justamente la situación que la Corte Constitucional quiso evitar en la sentencia C-818 de 2011, al diferir hasta el 31 de diciembre de 2014 los efectos de la inexecutable de los artículos 13 a 33 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA). En efecto, en dicha providencia manifestó:

*“3.2.4 Actualmente, el derecho de petición se encuentra regulado en los Capítulos II, III, IV, V, VIII y IX, “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”, “Normas comunes a los capítulos anteriores” y “Silencio administrativo”, del vigente Código Contencioso Administrativo (Decreto 1 de 1984). Por otro lado, **no existe otra regulación distinta a este Código que ofrezca a la administración los parámetros generales para la contestación de los requerimientos presentados por los asociados.** El Decreto 1 de 1984, dejará de regir el 2 de julio de 2012, por expresa disposición del artículo 308 de la Ley 1437 de 2011. Es decir, **si la inconstitucionalidad es pura y simple, a partir de dicha fecha se producirá un grave vacío legal, en razón a que no existe una regulación exhaustiva que consagre y establezca la forma en que, por regla general, deben presentarse, tramitarse y dar respuesta a las peticiones.***

3.2.5 Esta situación genera graves riesgos frente al goce efectivo del derecho fundamental de petición. En efecto, no existirá certeza por parte de los funcionarios públicos del trámite que debe imprimirse a las solicitudes presentadas por los ciudadanos. Además, ello podría afectar la garantía de otros derechos fundamentales, por cuanto no puede olvidarse que el derecho de petición es una garantía instrumental que permite a los asociados reclamar o exigir la vigencia de otras prerrogativas constitucionales”. (Negritas agregadas).

Si bien es cierto que existen diversas posiciones frente a la naturaleza del derecho de petición como i) derecho subjetivo, ii) libertad pública, iii) derecho natural, iv) derecho político, v) derecho de participación democrática, (vi) derecho instrumental para garantizar otros derechos, todas las cuales quizás pueden resultar válidas para entender aspectos relativos a su alcance, la Constitución Política de 1991 lo cataloga como derecho fundamental en el artículo 23, de aplicación inmediata, según el artículo 85 *ibídem*, y dispone que, ante su transgresión o amenaza por parte de sus destinatarios, puede ser amparado y protegido mediante la acción de tutela, de acuerdo con el artículo 86 superior.

⁵⁵⁷ Así la Corte Constitucional, en innumerables oportunidades (verbigracia, en sentencia C-542 de 2005, C-748 de 2011 y T-167 de 2013), ha indicado que únicamente la solución pronta, diligente, documentada y eficaz de la cuestión objeto del derecho de petición podrá contribuir a potenciar la democracia participativa y será capaz, como derecho instrumental, de garantizar otros derechos constitucionales fundamentales tan importantes el derecho a la participación en asuntos sociales, políticos, económicos y culturales; el derecho a la libertad de expresión; el derecho a la igualdad; el derecho al debido proceso; el derecho a la información; el derecho a la intimidad; el derecho a la educación; el derecho al trabajo; el derecho a la salud, todos estos, derechos cuya garantía se hace imprescindible para poder vivir una vida en condiciones de dignidad y de calidad. Es decir, el derecho de petición, a la vez de que constituye un mecanismo de participación con fines de interés general, es un valioso mecanismo de protección de derechos en sede administrativa y de eficacia de los principios constitucionales de la función administrativa, por cuando cumple la función de servir de instrumento a las personas para solicitar el reconocimiento de otros derechos ante las autoridades.

En efecto, de conformidad con el artículo 23 de la Constitución Política, el derecho de petición tiene el carácter de derecho fundamental, es de aplicación inmediata, y sus titulares son todas las personas (naturales, mayores o menores de edad, o jurídicas, nacionales o extranjeras), y en virtud del cual pueden presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y obtener pronta resolución, y también elevar solicitudes a organizaciones privadas para garantizar derechos fundamentales. Es decir, este es el instrumento más expedito y eficaz que tienen las personas para acudir, verbalmente o por escrito, ante la administración o ante los particulares, según el caso, para solicitar el reconocimiento de un derecho, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, el suministro de información, la consulta, examen y obtención de copias de documentos, la formulación de consultas, quejas, denuncias, reclamos o la interposición de recursos, entre otras peticiones, y respecto de las cuales está la autoridad o el particular en la obligación de dar respuesta oportuna y de fondo, aun cuando esta no resulte positiva.

Empero, el derecho de petición en Colombia, *“no obstante ser de aplicación inmediata (artículo 85 de la CP), requiere de reglamentación legal para su ejercicio eficaz en materia de oportunidad, términos, etc.”*, tal como lo anota la Corte Constitucional⁵⁵⁸, regulación que a términos del literal a) del artículo 152 de la Constitución Política, debe hacerse por medio de ley estatutaria. Por consiguiente la Sala es consciente de que el derecho de petición es uno de aquellos derechos fundamentales que, según el artículo 85 de la Carta, son de aplicación inmediata y los cuales, por ende, no pueden vulnerarse o amenazarse so pretexto de la inexistencia de una normatividad de inferior jerarquía que los desarrolle, toda vez que deben garantizarse los aspectos que conforman su núcleo esencial.

Pero tampoco soslaya –como tampoco lo hace la Corte Constitucional - que la falta de tal regulación genera una serie de dudas, vacíos e incertidumbres que pueden propiciar o facilitar la vulneración del derecho de petición y de otros derechos fundamentales en casos concretos, y además generar riesgos jurídicos innecesarios, tanto para los peticionarios como para los servidores públicos. Piénsese, por ejemplo, en la indefinición sobre los requisitos de fondo y de forma que deben tener las peticiones y las respuestas, o sobre los plazos en los que deben contestarse las solicitudes que se presenten a las autoridades públicas, según el objeto de la petición, o sobre el trámite que debe darse a las peticiones presentadas ante funcionarios incompetentes, etc.

Finalmente, y como se deriva del punto anterior, la reviviscencia de las normas pertinentes del CCA no genera mayor incertidumbre o inseguridad jurídica que la que ocasionaría la falta de reincorporación de tales disposiciones, especialmente si se tiene en cuenta que en esta segunda hipótesis sería forzoso concluir que no existe actualmente una regulación legal sobre el derecho de petición. Por el contrario, como se indicó en el literal anterior, con base en lo dispuesto por la misma

558 Corte Constitucional, sentencia C-621 de 1997.

Corte Constitucional en la sentencia C-818 de 2011, el resurgimiento de aquellas normas permite suplir el “grave vacío” legal que de otra forma se presentaría.

La segunda exigencia que hace la Corte para que una norma derogada se entienda revivida por la declaratoria de inexecutable de aquella que la derogó (expresa o tácitamente), consiste en la necesidad de verificar la “*garantía de la supremacía constitucional y los derechos fundamentales, lo que remite a la obligatoriedad de la reincorporación cuando el vacío normativo que se generaría sin ella involucraría la afectación o puesta en riesgo de los mismos*”. (Resaltamos).

No hace falta agregar mayores argumentos en este punto a lo expuesto en el numeral anterior. Solamente conviene reiterar que la reviviscencia de las normas pertinentes del CCA lo que busca justamente es garantizar la supremacía de la Constitución Política de 1991, en cuanto a la efectividad del derecho fundamental de petición y de otros derechos conexos, en la medida en que el vacío que se generaría si tales normas no se reincorporaran transitoriamente al ordenamiento jurídico, podría afectar gravemente la protección efectiva del derecho de petición.

En relación con la oportunidad para declarar o reconocer la reviviscencia de las normas mencionadas, la Sala observa que en la sentencia C-818 de 2011, mediante la cual se declaró la inexecutable de los artículos 13 a 33 de la Ley 1437 de 2011, la Corte Constitucional no manifestó nada sobre una eventual reviviscencia de las disposiciones pertinentes del Decreto Ley 01 de 1984, en el caso de que el Congreso de la República no alcanzara a expedir la ley estatutaria sobre el derecho de petición antes del 31 de diciembre de 2014. Tampoco hizo pronunciamiento alguno al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C-951 de 2014⁵⁵⁹, mediante la cual efectuó la revisión previa del proyecto de ley estatutaria.

Por el contrario, consultado el texto de la sentencia C-951 de 2014, se observa que la Corte, en consonancia y acatamiento a la decisión adoptada en la sentencia C-818 de 2011 de diferir los efectos de la inexecutable declarada solo hasta el 31 de diciembre de 2014, para permitir que el Congreso diera trámite a la respectiva ley estatutaria, con el fin de garantizar en el entretanto el goce efectivo del derecho de petición, señaló expresa e inequívocamente que “...*el proyecto de ley número 65 de 2012 Senado y número 227 de 2013 Cámara, objeto de examen, regulación de naturaleza estatutaria del derecho fundamental de petición, reemplazará al Título II del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que quedará excluido del ordenamiento jurídico el próximo 31 de diciembre...*”. (Cfr. pág. 75, subrayado por fuera del texto original).

Vale la pena recordar en este punto que los plazos señalados por la Corte Constitucional en la parte resolutoria de algunas sentencias, para diferir los efectos de la inexecutable de las normas que son halladas inconstitucionales, hacen tránsito a cosa juzgada con efectos *erga omnes*, como los demás aspectos contenidos en la parte resolutoria de dichas providencias. Por esta razón, los plazos

559 Corte Constitucional. Sentencia C-951 del 4 de diciembre de 2014. Expediente PE-041.

referidos no pueden ser modificados ni siquiera por la misma Corte, cuando la sentencia respectiva ya se encuentra en firme, tal como la misma Corporación ha tenido ocasión de explicarlo. Así por ejemplo, en el auto N° A078 de 2013⁵⁶⁰, en el cual la Corte Constitucional resolvió una solicitud elevada por el Gobierno Nacional para ampliar el plazo concedido por la Corte en una sentencia dictada previamente, mediante la cual se declaró inexecutable una ley con efectos diferidos, dicha Corporación concluyó lo siguiente:

“11. En conclusión, la Corte advierte la imposibilidad jurídica de atender lo solicitado, (...) la Corte carece de competencia para pronunciarse sobre la modificación del plazo en que opera la inexecutable diferida contemplada en la sentencia mencionada, puesto que ese asunto está sometido a los efectos de la cosa juzgada constitucional”.

En esa medida, es evidente que si ni siquiera la Corte Constitucional puede variar el plazo que haya establecido en una sentencia ejecutoriada para diferir los efectos de la declaratoria de inexecutable de una norma, mucho menos podría hacerlo el Gobierno Nacional o el Consejo de Estado, por la vía de un concepto, so pretexto de interpretar la referida providencia.

De manera que no se evidencia argumento que se oponga a las conclusiones que se han expresado sobre la exclusión del ordenamiento jurídico del Título II de la Parte Primera del CPACA y la reincorporación de las disposiciones pertinentes del Decreto Ley 01 de 1984 desde el 1° de enero de 2015, hasta el día anterior a la entrada en vigencia de la nueva ley estatutaria sobre el derecho de petición, máxime cuando en la sentencia C-951 de 2014 la Corte, por una parte, no hizo manifestación explícita acerca de que no reviven las normas sobre el derecho de petición contenidas en el Código Contencioso Administrativo y, por la otra, dejó claro que el Título II de la Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo quedó expulsado del ordenamiento jurídico al finalizar el 31 de diciembre de 2014, fecha hasta la cual difirió los efectos de la declaratoria de inexecutable de los artículos 13 a 33 de la Ley 1437 de 2011.

En efecto, en relación con la oportunidad para declarar o, mejor aún, reconocer la reviviscencia de las disposiciones señaladas, ya se explicó que la Corte Constitucional no ha establecido la obligación de hacerlo en un momento determinado, y solo ha recomendado efectuar dicha declaratoria en la sentencia con la cual se declara inexecutable una norma que haya derogado expresa o tácitamente otra.

La misma Corporación reconoce que unas veces ha declarado la reviviscencia de las normas derogadas en la sentencia que declara inexecutables las disposiciones que las derogaron, pero que en otros casos lo ha hecho en pronunciamientos posteriores, como por ejemplo, en la sentencia mediante la cual se decide una demanda de inconstitucionalidad contra alguna de las normas que presuntamente han revivido. En todo caso, la Corte manifiesta que *“la procedencia de la reincorporación deberá*

560 Corte Constitucional, auto N° A078 del 24 de abril de 2013. Expediente D-8250. Sentencia C-366/11.

analizarse en cada caso concreto, a partir de los criterios antes anotados, puesto que un requisito de mención expresa por parte de la Corte en la sentencia que declara la inexecutable de las normas derogatorias no está previsto ni por la Constitución ni por la ley...". (Se resalta).

En consecuencia, no se opone a la jurisprudencia constitucional reconocer o aceptar en este momento la reviviscencia de las normas pertinentes del Decreto 01 de 1984, fenómeno que, en últimas, podría ser analizado y resuelto definitivamente por la Corte Constitucional al estudiar una eventual demanda que cualquier ciudadano intentara contra alguna de dichas disposiciones, por el período durante el cual estas vuelven a producir efectos jurídicos, o en otra oportunidad distinta.

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.

Observa la Sala que el capítulo VII de la misma codificación, intitulado "*De las actuaciones administrativas iniciadas de oficio*", no podría revivir, como se sugiere en la consulta, porque dicho aparte se refiere, como su nombre lo indica, a las actuaciones administrativas que las autoridades inician de oficio y no con ocasión del derecho de petición. Por el contrario, existen algunas disposiciones del capítulo VIII que regulan aspectos del derecho de petición que fueron incorporados luego en el Título II de la Parte Primera del CPACA y que, por lo tanto, deberían entenderse también reincorporadas.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que el marco constitucional y legal que regía cuando se expidió el Decreto 01 de 1984 es diferente del que existe hoy en día. Por esta razón, la aplicación transitoria que en la actualidad se haga de las normas de dicho estatuto sobre el derecho de petición debe tener en cuenta y respetar dicho marco y, en particular:

- i. La Constitución Política, en especial, los artículos 23 y 74, y la jurisprudencia constitucional.
- ii. Los tratados internacionales sobre derechos humanos que hayan sido ratificados por Colombia (artículo 93 de la Constitución Política)⁵⁶¹.

⁵⁶¹ Por citar tan solo un ejemplo, el artículo 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, indica que "[l]oda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivos de interés general, ya sea de interés particular, y el de obtener pronta resolución".

- iii. Los principios⁵⁶² y las normas generales sobre el procedimiento administrativo⁵⁶³ contenidos en la Parte Primera, Título I del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), así como las demás normas vigentes de dicho código que se refieren al derecho de petición o que, de una u otra forma, conciernen al ejercicio del mismo (notificaciones, comunicaciones, recursos, silencio administrativo etc.).
- iv. Las leyes especiales que contienen regulaciones parciales sobre el derecho de petición, o que se refieren a este derecho para ciertos fines o materias determinadas, tales como el Estatuto Tributario, el Estatuto Aduanero, las Leyes 1266 de 2008 y 1581 de 2012 (sobre el “habeas data”), la Ley 142 de 1994 (sobre servicios públicos domiciliarios), la Ley Estatutaria 1712 de 2014 (sobre transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional), entre otras.
- v. Y finalmente, debe tenerse en cuenta los precedentes judiciales, cuya aplicación uniforme es una obligación de la Administración Pública, como lo disponen los artículos 10⁵⁶⁴, 102 y 269 del CPACA. El cumplimiento de dicha obligación permite mantener la confianza legítima que las personas depositan en la Administración, en el sentido que sus peticiones serán resueltas de fondo y comunicadas oportunamente, en condiciones de igualdad (artículos 13 y 83 CP).

562 El artículo 3 del CPACA, señala: “Artículo 3. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.// Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad”.

563 En lo pertinente a la consulta resultan importantes las siguientes: “Artículo 5. Derechos de las personas ante las autoridades. En sus relaciones con las autoridades toda persona tiene derecho a: // 1. Presentar peticiones en cualquiera de sus modalidades, verbalmente, o por escrito, o por cualquier otro medio idóneo y sin necesidad de apoderado, así como a obtener información y orientación acerca de los requisitos que las disposiciones vigentes exijan para tal efecto (...) // 2. Conocer, salvo expresa reserva legal, el estado de cualquier actuación o trámite y obtener copias, a su costa, de los respectivos documentos. //3. Salvo reserva legal, obtener información que repose en los registros y archivos públicos en los términos previstos en la constitución y las leyes.//4. Obtener respuesta oportuna y eficaz a sus peticiones en los plazos establecidos para el efecto...”. (...) Artículo 7. Deberes de las autoridades en la atención al público. Las autoridades tendrán, frente a las personas que ante ellas acudan y en relación con los asuntos que tramiten, los siguientes deberes: (...) 4. Establecer un sistema de turnos acorde con las necesidades del servicio y las nuevas tecnologías, para la ordenada atención de peticiones, quejas, denuncias o reclamos, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 6 del artículo 5 de este Código (...) //6. Tramitar las peticiones que lleguen vía fax o por medios electrónicos, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 5 de este Código...” (...) Artículo 9. Prohibiciones. A las autoridades les queda especialmente prohibido://1. Negarse a recibir las peticiones o expedir constancias sobre las mismas. // 2. Negarse a recibir los escritos, las declaraciones o liquidaciones privadas necesarias para el cumplimiento de una obligación legal, lo cual no obsta para prevenir al peticionario sobre eventuales deficiencias de su actuación o del escrito que presenta.// 3. Exigir la presentación personal de peticiones, recursos, o documentos cuando la ley no lo exija. (...) // 9. No dar traslado de los documentos recibidos a quien deba decidir, dentro del término legal. // 10. Demorar en forma injustificada la producción del acto, su comunicación o notificación...”.

564 “Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.” Declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-634 de 2011, “...en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad”. Sobre el deber de vinculación de la Administración al precedente judicial la Sala de Consulta y Servicio Civil profirió el Concepto 2177 de 2013 al cual se remite en su integridad.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional elaborada con fundamento en el artículo 23 C.P.⁵⁶⁵, prohijada en este punto por el Consejo de Estado⁵⁶⁶, ha identificado, entre otros aspectos, que el núcleo esencial del derecho de petición incluye⁵⁶⁷: a) la posibilidad cierta y efectiva de elevar en términos respetuosos solicitudes ante las autoridades públicas y los particulares que ejercen funciones públicas y el deber de éstos de recibirlas y tramitarlas⁵⁶⁸; b) la obligación de la administración y el derecho de las personas de obtener respuestas a sus peticiones dentro de los términos señalados por la ley; c) el deber de la administración de resolver de fondo, de forma clara, precisa y consecuente⁵⁶⁹, las peticiones que le son formuladas por los particulares, es decir, de contestar materialmente los aspectos planteados en las peticiones, lo que supone el rechazo de las respuestas evasivas; d) la pronta comunicación de lo resuelto al solicitante, independiente que el contenido de la respuesta sea favorable o desfavorable a lo pedido, siguiendo el procedimiento descrito en la ley para la notificación de los actos administrativos, en aras de garantizar el derecho fundamental al debido proceso.⁵⁷⁰

C. Análisis sobre la procedencia de aplicar la “excepción de inconstitucionalidad” en relación con el artículo 309 del CPACA

En la consulta que ocupa la atención de la Sala, el Ministro de Justicia y del Derecho pregunta también si *“en caso de que el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011 impida que opere dicho fenómeno (en alusión al resurgimiento de las normas pertinentes del CCA), ¿resulta procedente aplicar la figura de la excepción de inconstitucionalidad respecto del artículo 309 de la Ley 1437 de 2011...?”*

Con el propósito de resolver dicha inquietud en orden lógico, debe la Sala analizar, en primer lugar, si el artículo 309 del CPACA constituye un impedimento para concluir que las normas del Decreto Ley 01 de 1984 que regulaban el derecho de petición son materia de reviviscencia a partir del 1º de enero del presente año. Solo en el evento de ser afirmativa la respuesta a este interrogante tendría que adentrarse a considerar si la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en relación con la derogatoria de dichas disposiciones, efectuada por el artículo 309 del CPACA, es procedente o no, a la luz de las condiciones y requisitos que ha señalado la jurisprudencia.

A este respecto, vale la pena recordar que el fenómeno jurídico de la reviviscencia o reincorporación de normas derogadas, tal como ha sido desarrollado en la jurisprudencia desde hace varias décadas, consiste precisamente en que disposiciones legales o con fuerza de ley que han sido derogadas por otras, ya sea

565 Sentencias C-578 de 1992, C-003 de 1993, T-382 de 1993, T-553 de 1994, T-572 de 1994, T-133 de 1995, T-275 de 1995, T-474 de 1995, T-134 de 1996, T-141 de 1996, T-472 de 1996, T-517 de 1996, T-312 de 1999, T-415 de 1999, T-944 de 26 de 1999, T-377 de 200, T-1160A de 2001, T-630/02, T-1104 de 2002, T-695 de 2003, T-846/03, y T-251/08, entre otras.

566 Por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencias de 10 de julio de 1997, expediente AC-4888; 25 de enero de 2002, expediente AC-1988; 11 de marzo de 2004, expediente 76001-23-31-000-2012-00040-01(AC) de 2012, entre otras.

567 Sentencias T-814 de 2005, T-147 de 2006, T-610 de 2008, T-760 de 2009 y C-818 de 2011.

568 Sentencias T-737 de 2005, T-236 de 2005, T-718 de 2005, T-627 de 2005, T-439 de 2005, T-275 de 2006 y T-124 de 2007.

569 Sentencias T-610 de 2008 y T-814 de 2012.

570 Sentencias T-259 de 2004 y T-814 de 2005, entre otras.

de manera expresa o bien tácita (incluyendo la denominada derogación “integral o sistemática”), recuperan su vigencia y efectos jurídicos por obra de la declaratoria de inexecutable de las normas que las derogaron, pronunciada por el órgano judicial competente (Corte Constitucional o Consejo de Estado, según el caso).

Lo anterior permite deducir claramente que si se concluye, como lo hace la Sala de Consulta y Servicio Civil en este concepto, que las disposiciones del CCA que regulaban específicamente el derecho de petición revivieron o resurgieron como consecuencia de la declaratoria de inexecutable de los artículos 13 a 33 de la Ley 1437 de 2011, no puede considerarse simultáneamente que aquellos mismos preceptos estén derogados, pues tal manifestación implicaría una evidente contradicción, que desconocería el principio lógico de identidad (una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo).

En efecto, corolario de la afirmación según la cual las citadas disposiciones del Código Contencioso Administrativo se reintegraron al ordenamiento jurídico, es que tales normas no se encuentran actualmente derogadas. En esa medida, el obstáculo que supone lo preceptuado por el artículo 309 del CPACA, en cuanto derogó expresamente el Decreto Ley 01 de 1984 es puramente formal: según lo explicado en este concepto, las normas de dicho decreto que regulaban sistemáticamente el derecho de petición no pueden considerarse derogadas a partir del 1º de enero de 2015, dado que se entienden reincorporadas al ordenamiento jurídico en virtud del fenómeno de la reviviscencia.

Recuérdese que la derogatoria de las normas puede ser expresa o tácita, sin que ninguno de estos dos mecanismos genere efectos jurídicos distintos o superiores que el otro. En esa medida, bien podría suceder que el artículo 309 de la Ley 1437 no hubiera mencionado expresamente al Decreto 01 de 1984 entre las normas que derogaba, lo cual no hubiese sido suficiente para concluir que dicho decreto continuaba vigente, ya que al haberse regulado de nuevo, en forma completa y sistemática, el procedimiento administrativo (que incluye el derecho de petición) y los medios judiciales de control a la actividad de la Administración Pública, el Código Contencioso Administrativo (CCA) tendría que entenderse necesariamente derogado de forma tácita y, más específicamente, por el mecanismo que la jurisprudencia y la doctrina denominan “derogatoria integral o sistemática”.

Así, el hecho de que la derogación del CCA haya sido efectuada en forma expresa, por virtud de lo dispuesto en el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011, no altera la conclusión que se ha expresado, en el sentido de que, al ser declaradas inexecutable las disposiciones que regulaban el derecho de petición en el CPACA, sin que exista todavía una normatividad integral que las sustituya, deben resurgir los preceptos correspondientes del Decreto Ley 01 de 1984.

En todo caso, no está demás reiterar que la reviviscencia de las normas del Código Contencioso Administrativo a la cual se refiere este concepto es necesariamente **parcial y transitoria**. Parcial, por cuanto solamente se reincorporan aquellas disposiciones que regulaban el derecho de petición en los mismos aspectos o

temas contenidos en el Título II de la Parte Primera del CPACA, siempre que tales normas no sean manifiestamente opuestas a un precepto constitucional o a una disposición vigente del CPACA, como atrás se explicó. Y transitoria, porque dicha reincorporación de las normas derogadas solamente se produce entre el 1º de enero de 2015 y la fecha anterior al momento en que empiece a regir la nueva ley estatutaria sobre el derecho de petición.

Por lo tanto, en las demás cuestiones que regulaba el Código Contencioso Administrativo (entre ellas, los recursos en la “vía gubernativa”, el silencio administrativo, la revocatoria directa y las acciones judiciales), la derogatoria de tal estatuto contenida expresamente en el artículo 309 de la Ley 1437 continúa siendo plenamente eficaz. Lo mismo ocurrirá con las normas sobre el derecho de petición contenidas en el Decreto Ley 01 de 1984, a partir del momento en que entre en vigencia la referida ley estatutaria. Las consideraciones anteriores llevan a la Sala a concluir que el artículo 309 del CPACA no es un obstáculo o impedimento para concluir que las normas del antiguo Código Contencioso Administrativo que regulaban específicamente el derecho de petición revivieron desde el 1º de enero del año en curso.

Por otro lado la Sala, al estudiar la pertinencia de aplicar la excepción de inconstitucionalidad en relación con el artículo 309 del CPACA, encuentra que no se dan las condiciones y los requisitos que la jurisprudencia ha establecido para la procedencia de esta figura. En efecto y como ya se señaló en el concepto 1956 de 2009, de la Sala, la excepción de inconstitucionalidad requiere que la incompatibilidad entre la norma jurídica inferior y las disposiciones constitucionales sea palmaria, evidente, protuberante, flagrante, ya que en caso contrario, es decir, si el precepto genera dudas o discusión, o supone un razonamiento plausible sobre su constitucionalidad, *“no hay más remedio que aplicar la norma inferior; aunque se muestre contraria a los fundamentos del orden jurídico, a la espera de que el juez constitucional decida”*⁵⁷¹ en los términos del artículo 241 de la C. P.

La derogatoria prevista en el artículo 309 del CPACA de *“todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el Decreto 01 de 1984”*, no implica una incompatibilidad palmaria con los postulados constitucionales, por lo que resulta improcedente someterla a la excepción de inconstitucionalidad.

Con base en las anteriores consideraciones,

LA SALA RESPONDE

1. *“¿Cuál es la normatividad aplicable para efectos de garantizar el derecho fundamental de petición?”*

La normatividad aplicable en la actualidad para garantizar el derecho de petición está conformada por las siguientes disposiciones: (i) la Constitución Política, en

⁵⁷¹ Corte Constitucional sentencia T-556 del 6 de octubre 1998, reiterada en la sentencia C – 600 de ese mismo año.

especial sus artículos 23 y 74; (ii) los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia que regulan el derecho de petición, entre otros derechos humanos; (iii) los principios y las normas generales sobre el procedimiento administrativo, de la Parte Primera, Título I del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), así como las demás normas vigentes de dicho código que se refieren al derecho de petición o que, de una u otra forma, conciernen al ejercicio del mismo (notificaciones, comunicaciones, recursos, silencio administrativo etc.); (iv) las normas especiales contenidas en otras leyes que regulan aspectos específicos del derecho de petición o que se refieren a éste para ciertos fines y materias particulares; (v) la jurisprudencia vigente, especialmente aquella proveniente de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, y (vi) entre el 1° de enero de 2015 y la fecha anterior al momento en que empiece a regir la nueva ley estatutaria sobre el derecho de petición, las normas contenidas en los capítulos II, III, IV, V, VI y parcialmente el VIII del Decreto Ley 01 de 1984, por medio del cual se expidió el Código Contencioso Administrativo, en cuanto ninguna de tales disposiciones resulte evidentemente contraria a la Carta Política o a las normas del CPACA que permanecen vigentes.

2. “¿Operó la reviviscencia de las normas que regulaban el derecho de petición en el Código Contencioso Administrativo, en particular si se tiene en cuenta que dicha norma fue derogada por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011?”

Sí. Conforme a lo explicado en este concepto, desde el 1° de enero de 2015 y hasta fecha anterior al momento en que empiece a regir la nueva ley estatutaria sobre el derecho de petición, se presenta la reviviscencia de las mencionadas disposiciones del Código Contencioso Administrativo (Decreto Ley 01 de 1984).

3. *En caso de que el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011 impida que opere dicho fenómeno, ¿resulta procedente aplicar la figura de la excepción de inconstitucionalidad respecto del artículo 309 de la Ley 1437 de 2011, con fundamento en que se trata del ejercicio del derecho fundamental de petición?”*

La Sala considera que lo dispuesto en el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), en cuanto derogó expresamente el Decreto Ley 01 de 1984, no impide aceptar que las normas de dicho decreto que regulaban específicamente el derecho de petición revivieron en los términos en que se ha explicado. Adicionalmente, la Sala estima que no se dan los presupuestos para aplicar la excepción de inconstitucionalidad en relación con esta parte del artículo 309 del CPACA.

Remítase al señor Ministro de Justicia y del Derecho 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.

10. Reglas de proporcionalidad en la ocupación de ingenieros de petróleos extranjeros en las empresas colombianas.

Radicado 2226

Fecha: 22/01/2015

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Levantamiento de la reserva mediante auto del 23 de julio de 2015

El Viceministro de Relaciones Laborales e Inspección encargado de las funciones del Despacho del Ministro de Trabajo, consultó sobre aspectos referidos al alcance de la figura de proporcionalidad en ocupación de ingenieros extranjeros en las empresas colombianas, en particular a la exigencia que hace el Consejo Profesional de Ingeniería a los ingenieros de petróleos de otras naciones para el trámite de la Licencia Especial Temporal como requisito para el ejercicio de la profesión en el país. La consulta se formula con base en los siguientes:

I. Antecedentes

1. Señaló el señor Viceministro que la proporcionalidad laboral del artículo 74 del Código Sustantivo de Trabajo establecía el porcentaje o cuota entre trabajadores nacionales y extranjeros en las empresas y que el análisis para determinarla se hacía con base en la lista de trabajadores que presentaban los empleadores que lo solicitaran, teniendo como base solo el personal vinculado a las empresas con contrato de trabajo.

2. Manifestó que para dar cumplimiento al artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo surgió el “*certificado de proporcionalidad*” que era un documento que expedía la Dirección General de Promoción del Trabajo del antiguo Ministerio de Protección Social, en el que se certificaba el porcentaje de trabajadores nacionales con respecto a los extranjeros de una empresa, señaló que este requisito también servía para efectos de los trámites de las visas de trabajo ante el Ministerio de Relaciones Exteriores.

3. Anotó que la Ley 1429 de 2010 en su artículo 65 derogó entre otros artículos el 74 y 75 de Código Sustantivo del Trabajo en relación con la proporcionalidad entre trabajadores nacionales y extranjeros. En consecuencia infiere el señor Viceministro que los trámites concernientes a la expedición del certificado de proporcionalidad y de la autorización para variar la proporción entre trabajadores nacionales y extranjeros cuya base jurídica se sustentaba en los mencionados artículos, quedaron igualmente suprimidos.

4. Indicó también que desde el 29 de diciembre de 2010, fecha de publicación de la Ley 1429, el Ministerio de Trabajo no expide ni requiere el certificado de

proporcionalidad entre trabajadores nacionales y extranjeros para efectos de presentar la solicitud de visa de trabajo ante el Ministerio de Relaciones Exteriores.

5. De igual forma advirtió que la Ley 842 de 2003 en el artículo 22 fijó unas reglas de proporcionalidad laboral para el ramo de la ingeniería. Explicó que conforme a la Ley 20 de 1984, por la cual se reglamentó el ejercicio de la profesión de ingenieros de petróleos, se exige para su ejercicio una matrícula profesional definitiva que expide el Consejo, y en el caso de la matrícula de los ingenieros extranjeros, se debe convalidar el título profesional ante el Ministerio de Educación Nacional, y mientras se surte este proceso, el Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos puede conceder una licencia especial temporal para que ejerzan la profesión.

6. Agregó que la Resolución 990 de 2011, por la cual se expide el reglamento interno del Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos, y la Resolución 1512 de 2014⁵⁷² que la modifica, establecen tanto los requisitos como el procedimiento para el trámite de las licencias especiales temporales que expide el Consejo Profesional.

7. Adujo que dentro de los requisitos para obtener la licencia temporal se exige la certificación que expide la empresa con el listado de los ingenieros nacionales y extranjeros que trabajan en Colombia con su correspondiente número de matrícula profesional o licencia especial temporal, indicando la rama de la ingeniería a que pertenece cada uno y el cargo que desempeña. Y que dentro del procedimiento para el estudio de la licencia se establece que, en el evento en que la empresa cuente con una nómina de ingenieros de petróleos extranjeros superior al 20% de la nómina de ingenieros nacionales, podrá negar la solicitud de licencia especial temporal.

8. Coligió que el Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos, al exigir el trámite de la Licencia Temporal para el ejercicio de la ingeniería de petróleos en el país, aplica un porcentaje de proporcionalidad laboral que está derogado.

Con base en lo anterior se plantea la siguiente **PREGUNTA**:

“¿Cuál sería el alcance de la derogatoria contenida en el artículo 65 de la Ley 1429 de 2010 respecto de la vigencia y viabilidad de la aplicación de la proporcionalidad especial contenida en el artículo 22 de la Ley 842 de 2003 y en particular, la proporcionalidad exigida por el Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos-creado por Ley 20 de 1984- al aplicar un porcentaje o proporcionalidad laboral de ingenieros nacionales y extranjeros en las empresas al efectuar el trámite de la Licencia Especial Temporal para el ejercicio de la Ingeniería de Petróleos de extranjeros en el país?”

572 Al solicitar copia de la Resolución 1512 de 2014 al Consejo Profesional de Ingenieros la entidad manifestó que dicha resolución no existe y que “El Reglamento Interno vigente es la Resolución 990 de 2011 para lo pertinente con los requisitos para la Licencia Especial Temporal aplicada a extranjeros o para colombianos graduados en el exterior que no hayan convalidado el título”.

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

A. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en determinar si la derogatoria expresa que hizo el artículo 65 de la Ley 1429 de 2010, del artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo, que establecía una regla general de proporcionalidad laboral de extranjeros, afecta la vigencia del artículo 22 de la Ley 842 de 2003 y las respectivas reglamentaciones que para el caso de los profesionales del ramo de la ingeniería de petróleos regularon los porcentajes de ocupación de profesionales foráneos.

B. ANÁLISIS DE LA SALA

Teniendo en cuenta que el problema jurídico expuesto propone un conflicto en la interpretación entre el alcance de una norma (artículo 65 de la Ley 1429 de 2010) que deroga una regla general que le era aplicable a todos los trabajadores extranjeros que se rigieran por el Código Sustantivo del Trabajo, y el efecto de esa derogatoria sobre la vigencia de una disposición que contiene una regla especial para los profesionales del ramo de la ingeniería de petróleos de otras naciones (artículo 22 de la Ley 842 de 2003), resulta imperioso para responder la cuestión que la Sala aborde los siguientes aspectos: 1) los antecedentes de la regla general de la proporcionalidad laboral establecida para los extranjeros en el Código Sustantivo del Trabajo, 2) el cambio de la política en materia de proporcionalidad laboral y derogatoria de la regla, 3) el Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos-CPIP y la regulación de la proporcionalidad de ocupación en personal foráneo en el ramo de la ingeniería de petróleos, y 4) el estudio de vigencia de las normas especiales sobre proporcionalidad laboral en el ramo de la ingeniería frente a la derogatoria de la regla general.

1. Antecedentes de la regla general de la proporcionalidad laboral establecida para los extranjeros en el Código Sustantivo del Trabajo

Durante la década de los años 50, 60 y 70 el tema de la inmigración en Colombia no tuvo mayor desarrollo. Durante este período la estrategia de crecimiento económico se basó en la aplicación del modelo de sustitución de importaciones, que respondió a las restricciones del flujo comercial ocasionadas por la guerra, a los antecedentes de sustitución que ya se venían adelantando en diferentes áreas productivas, y a los esquemas proteccionistas que imponían las potencias⁵⁷³. Este panorama llevó al establecimiento de una serie de medidas que limitaron la inmigración, dentro de las que se destacan la fijación de los depósitos de garantía, la determinación de los cupos de inmigrantes, las tasas de proporcionalidad y los acuerdos de suspensión al otorgamiento de visas para el ejercicio en el país de algunas profesiones u

573 En los primeros años de la década de los cincuenta la sustitución de importaciones se convirtió en el modelo de desarrollo de la mayoría de los países latinoamericanos, el cual se formalizó teórica y conceptualmente por la escuela Cepalina, en cabeza de Raúl Prebisch. Al respecto ver: Ocampo, J. (2001, agosto). Raul Prebisch y la agenda del desarrollo en los albores del Siglo XXI. Documento presentado en el seminario: La teoría del desarrollo en los albores del siglo XX, organizado por la CEPAL para conmemorar el centenario de nacimiento de Raúl Prebisch, Chile. Consultado el 12 de noviembre de 2014. En <http://unila.edu.br/sites/default/files/files/OCAMPO.pdf>

ocupaciones específicas para extranjeros. Todo esto, con el ánimo de proteger la mano de obra nacional⁵⁷⁴.

Este es el contexto en el que se expidió en el año de 1950 el Código Sustantivo del Trabajo (CST)⁵⁷⁵. Dicha normatividad determinó la condición de proporcionalidad para la contratación de extranjeros en los diferentes sectores de la economía del país, términos de porcentaje, cuota, o número específico de trabajadores extranjeros que podían hacer parte de una empresa u organización. El Capítulo IX *eiusdem*, sobre trabajadores colombianos y extranjeros, señaló en el artículo 74:

“Artículo 74. Proporción e igualdad de condiciones. 1. Todo empleador que tenga a su servicio más de diez (10) trabajadores debe ocupar colombianos en proporción no inferior al noventa por ciento (90%) del personal de trabajadores ordinarios y no menos del ochenta por ciento (80%) del personal calificado o de especialistas o de dirección o confianza.

Los trabajadores nacionales que desempeñen iguales funciones que los extranjeros, en una misma empresa o establecimiento, tienen derecho a exigir remuneración y condiciones iguales”.

Esta norma reguló el flujo de trabajadores foráneos que ingresaban a trabajar en el país, fijando la cuota de proporcionalidad del personal calificado o de especialistas o de dirección o confianza, siempre y cuando la modalidad de vinculación fuera mediante contrato de trabajo, en un porcentaje que sería hasta del 20% de extranjeros contratados en las empresas y, en consecuencia, el 80% restante debe corresponder a personal colombiano.

Sin embargo, el artículo 75 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que el Ministerio de Trabajo podía *“disminuir la proporción anterior cuando se trate de personal estrictamente técnico e indispensable y solo por el tiempo necesario para preparar personal colombiano y cuando se trate de inmigraciones promovidas o fomentadas por el Gobierno”*, y agregó: *“los patronos que necesiten ocupar trabajadores extranjeros en una proporción mayor a la autorizada por el artículo anterior, acompañarán a su solicitud los documentos en que la funden”*.

574 Como antecedente de la proporcionalidad laboral de extranjeros la Organización Internacional para las Migraciones. Misión Colombia explicó que los lineamientos sobre política migratoria laboral en Colombia, por lo general, se han dado en función de los modelos de desarrollo vigentes, al respecto señaló: *“En el país se ha tenido conciencia sobre la necesidad de la inversión extranjera para lograr la expansión y el crecimiento de la economía, por lo que a principios del siglo XX se impulsó una política de fronteras abiertas, que facilitó el ingreso de extranjeros al país, particularmente en el sector agrícola (UNAD, 2010).// Según la UNAD (2010), a partir de 1950 y finales de la década del ochenta, debido al ingreso de empresas multinacionales en grandes proyectos de inversión, se establecieron medidas como la fijación de los depósitos de garantía, la determinación de los cupos de inmigrantes, las tasas de proporcionalidad, el Formulario de Descripción Ocupacional y el concepto del Ministerio de Trabajo, como requisito previo para la expedición de visas de trabajo. De igual manera, se establecieron los acuerdos de suspensión al otorgamiento de visas para el ejercicio en el país de algunas profesiones u ocupaciones específicas para extranjeros”*. Cfr. Organización Internacional para las Migraciones. Misión Colombia (2013). Migración Laboral. En: Perfil Migratorio de Colombia 2012. Consultado el 4 de noviembre de 2014, en <http://www.oim.org.co/publicaciones-oim/migracion-internacional/2576-perfil-migratorio-de-Colombia-2012.html> (Resalta la Sala)

575 Adoptado por el Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950 *“Sobre Código Sustantivo del Trabajo”*, publicado en el Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre de 1950, en virtud del Estado de Sitio declarado por el Decreto Extraordinario No 3518 de 1949.

La Corte Constitucional en la Sentencia C- 1259 de 2001 estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo, y al referirse al tratamiento diferenciado entre los trabajadores nacionales y los trabajadores extranjeros sostuvo:

“Ahora bien, nótese que esa diferenciación tiene fundamento constitucional pues el Artículo 100 del Texto Fundamental ha previsto la posibilidad de que el legislador establezca limitaciones a las garantías conferidas a los extranjeros. (...)

7. En cuanto a la existencia de un fin que explique esa diferencia de trato y a su validez constitucional, hay que indicar que ese fin está implícito en el enunciado normativo demandado: Al limitarse el derecho al trabajo de los extranjeros en aquellas empresas que ocupen más de diez trabajadores se fomenta la ocupación de mano de obra nacional. Ello quiere decir que el tratamiento diferenciado previsto en el artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo se orienta a proteger preferencialmente el derecho al trabajo de los nacionales. Esa protección es un recurso que hace parte de la política de empleo adoptada por el Estado y que debe compaginarse con las exigencias impuestas por el modelo de desarrollo para atender satisfactoriamente las demandas sociales.

Además, es constitucionalmente válido que el Estado proteja la ocupación de mano de obra nacional no sólo por las profundas implicaciones que la dinámica del mercado laboral tiene en todo el contexto social sino también porque la regulación del ejercicio del derecho al trabajo por parte de los extranjeros debe compaginarse con la política migratoria del país.(...)No obstante, tampoco el Estado está exonerado del deber que le asiste de fijar una política de inmigración coherente que no cause traumatismos en el mercado laboral ni en la economía nacional y que al tiempo propicie condiciones dignas y lícitas para el trabajador migrante y su familia.(...)

Adviértase que el legislador no sólo se preocupó por mantener la proporcionalidad de la diferenciación introducida sino que además previó la posibilidad de aumentar la proporción de trabajadores extranjeros cuando se esté ante circunstancias que así lo exijan y siempre que se satisfagan los presupuestos previstos para el efecto en el artículo 75 del Código Sustantivo del Trabajo.

Entonces, si bien la ley ha establecido un tratamiento diferenciado, él tiene una justificación objetiva y razonable; existe proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida y, por último, si bien se han afectado los derechos de los extranjeros, a la luz de la Constitución es mayor el beneficio reportado por los trabajadores nacionales que el perjuicio sobrellevado por aquellos. De todo ello se infiere que el legislador no ha desconocido el derecho al trabajo de los extranjeros ni les ha impuesto una discriminación injustificada pues simplemente se ha limitado a regular los porcentajes de aquellos que pueden laborar en las empresas que ocupen más de diez trabajadores. (...)”

Como puede apreciarse, la Corte Constitucional encontró ajustado a la norma fundamental el artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo el entendido de

que los supuestos de hecho contemplados, las reglas de derecho que contenía y el propósito que las alentaba, constituían un medio adecuado, proporcional y razonable para proteger el trabajo nacional.

A las normas de política laboral para los extranjeros que se consolidaron desde la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, se sumó un marco legal migratorio que reguló y regula su ingreso al territorio nacional, y que con el paso del tiempo y dados los cambios en la política y la economía se ha transformado, especialmente en los últimos años en los que se incrementó el flujo de inmigrantes a Colombia⁵⁷⁶. Para el año 2004, el Decreto 4000⁵⁷⁷, “[p]or el cual se dictaron disposiciones sobre la expedición de visas, control de extranjeros y otras disposiciones en materia de migración, señaló en su artículo 3°:

“Artículo 3°. El Ministerio de Relaciones Exteriores fijará la política migratoria. La Comisión Nacional Intersectorial de Migración, actuará como órgano coordinador y orientador del Gobierno Nacional en la ejecución de la política migratoria del país.

La planeación de la inmigración tendrá en cuenta los planes de desarrollo e inversión globales o sectoriales, públicos o privados, para determinar las actividades, las profesiones, las zonas de instalación, los aportes de capital y de otro orden que deban efectuar los extranjeros, cuando se considere conveniente su admisión al país a través de programas de inmigración planificada.

La inmigración se regulará de acuerdo con las necesidades sociales, demográficas, económicas, científicas, culturales, de seguridad, de orden público, sanitarias y demás de interés para el Estado colombiano. Preferentemente se fomentará el ingreso de inmigrantes en los siguientes casos:

3.1 Cuando se trate de personas que por su experiencia, su calificación técnica, profesional o intelectual, contribuyan al desarrollo de actividades económicas, científicas, culturales o educativas de utilidad o beneficio para el país o que se incorporen a actividades o programas de desarrollo económico o de cooperación internacional definidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores, para cuya ejecución no se cuente con nacionales capacitados en el país o sean insuficientes para satisfacer la demanda.

*3.2 Cuando aporten **capitales para ser invertidos** en el establecimiento de empresas de interés para el país o en actividades productivas que generen empleo,*

576 “En los últimos cinco años, Colombia se ha convertido en un país atractivo para los inversionistas, debido a que la economía del país ha tenido un crecimiento del 4% por año y en 2009 se registró un aumento en el PIB de 0,4%, lo que muestra un ascenso incluso en el momento de recesión. Se considera que Colombia es el segundo país en la región con la fuerza de trabajo más calificada y su ubicación estratégica le facilita el intercambio comercial con Estados Unidos, Europa, Asia, Latinoamérica y el Caribe. Además se considera que es uno de los países más amigables para realizar negocios en Latinoamérica, de acuerdo con el Banco Mundial, y ocupa el quinto lugar como uno de los países que mejor protegen a sus inversionistas (KPMG, 2010). Dentro de los sectores más rentables y productivos para invertir en Colombia, según KPMG (2010), se encuentran el sector petrolero y de gas; el sector energético, por sus reservas y su capacidad de producción, y el sector turístico”. Cfr. Organización Internacional para las Migraciones. Misión Colombia (2013). Migración Laboral. En: Perfil Migratorio de Colombia 2012. Consultado el 4 de noviembre de 2014, en <http://www.oim.org.co/publicaciones-oim/migracion-internacional/2576-perfil-migratorio-de-Colombia-2012.html>

577 Este Decreto fue Derogado por el Decreto Nacional 834 de 2013.

incrementen o diversifiquen las exportaciones de bienes y servicios o se consideren de interés nacional”. (Resalta la Sala)

De la lectura del artículo transcrito se deduce que esta política tenía en cuenta, entre otros asuntos, las actividades y profesiones que desempeñarían los extranjeros en el país y privilegiaba una inmigración calificada y eventualmente inversionista (artículo 3.1 y 3.2), al tiempo que buscaba defender la mano de obra nacional sobre la extranjera. Este principio se reforzó en el artículo 4° del mencionado decreto así:

“Artículo 4°. La política migratoria evitará el ingreso y permanencia irregular de extranjeros; así como la presencia de extranjeros que comprometa el empleo de trabajadores nacionales o que por su cantidad y distribución en el territorio nacional, configure un problema con implicaciones políticas, económicas, sociales o de seguridad que afecten al Estado colombiano”.

Ahora bien, dentro de la regulación de las visas, que son la autorización que se le otorga a un extranjero para ingresar y permanecer en el territorio nacional⁵⁷⁸, el Decreto 4000 de 2004 en su capítulo 1 estableció los casos en que los extranjeros podrían solicitar la denominada “*visa temporal trabajador*”, y señaló que sería expedida por el Grupo Interno de Trabajo que determinara el Ministro de Relaciones Exteriores o las Oficinas Consulares de la República (artículo 30), a solicitud y bajo la responsabilidad de la empresa, entidad, institución o persona natural que avalara la petición (artículo 31).

Para cumplir con las atribuciones que le otorgó el Decreto 4000 de 2004, el Ministerio de Relaciones Exteriores expidió la Resolución 0255 de 2005, “[p]or la cual se establecen los requisitos para todas y cada una de las clases y categorías de visas consagradas en el Decreto 4000 del 30 de noviembre de 2004, y se dictan algunas disposiciones sobre su expedición” y en el artículo 7° determinó los documentos que se requerían para la solicitud de la Visa Temporal Trabajador, dentro de los cuales incluyó el “*certificado de proporcionalidad*” entre trabajadores nacionales y extranjeros.

“Artículo 7°.- El extranjero que solicite Visa Temporal Trabajador, además de los requisitos indicados en el artículo 3° de la presente Resolución, deberá adjuntar los siguientes documentos: (...)

4. Certificación del Ministerio de la Protección Social, donde conste que con la incorporación del extranjero se respeta la proporcionalidad entre trabajadores nacionales y extranjeros, de acuerdo con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, salvo cuando se trate de grupos culturales, espectáculo público, deportivo o artístico. Así mismo se exonera de este requisito cuando la entidad contratante sea un órgano, entidad o institución del Estado. (...)”

578 Cfr. Artículo 5° Decreto 4000 de 2004.

Asimismo, en armonía con lo previsto en la Resolución 0255 de 2005, el Ministerio de la Protección Social, mediante Resolución 000977 de abril de 2009⁵⁷⁹ reglamentó el tema de la proporcionalidad y señaló:

“Artículo 1º. El Certificado de Proporcionalidad se deberá solicitar por escrito al Director General de Promoción del Trabajo del Ministerio de la Protección Social o a quien haga sus veces, directamente o a través de apoderado, indicando nombre, NIT o documento de identidad del empleador, así como nombre, sexo, nacionalidad, profesión y cargo del extranjero que se pretende contratar. La solicitud se deberá acompañar de los siguientes documentos:

1. Listado numerado consecutivamente del personal colombiano vinculado, indicando nombre, tipo y número de documento de identidad, cargo y sueldo. Igual listado se deberá allegar respecto de trabajadores extranjeros, informando nombre, cargo, sueldo, nacionalidad, sexo, profesión, número de pasaporte, número de cédula de extranjería, clase y vigencia de la visa.

2. Cuadro resumen de cargos, en el que se indique su denominación, el número de trabajadores que ocupan los cargos existentes en la empresa o empleador y su nacionalidad.

3. Certificado de Existencia y Representación Legal o fotocopia del documento de identidad, según el caso.(...)”.

Con el marco legal expuesto puede afirmarse que después de mucho tiempo se consolidó y reglamentó por completo la figura de la proporcionalidad laboral entre extranjeros y nacionales que surgió en los años cincuenta con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo como parte de la política proteccionista del empleo nacional.

2. Cambio de la política y derogatoria de la regla en materia de proporcionalidad laboral

En consideración a la permanente interdependencia con otros países por motivos económicos, sociales y políticos, a lo cual se sumó la globalización de la economía, el florecimiento de las empresas transnacionales y la adhesión a tratados y a jurisdicciones internacionales, se hizo notable que el contexto en que se expidió la medida de proporcionalidad laboral en Colombia entre trabajadores nacionales y extranjeros varió sustancialmente⁵⁸⁰. Es así como en el país se fueron adoptando nuevas políticas internacionales de migración; por ejemplo, en 1995, Colombia

⁵⁷⁹ Por la cual se establece el trámite para la expedición del Certificado de Proporcionalidad y para variar la proporcionalidad entre trabajadores nacionales y extranjeros.

⁵⁸⁰ En todo caso, es importante tener en cuenta que aun cuando Colombia se ha ido abriendo a la liberación del mercado y en gran parte al desmonte de la política proteccionista, todavía hay actividades sobre las que se mantienen regulaciones especiales, ejemplo de esto, es el recientemente expedido Decreto 2089 de 2014, sobre la inmigración laboral a las zonas de influencia petrolera, el cual establece que el 100% de la mano de obra no calificada contratada debe ser local, y en relación con la calificada debe ser de mínimo el 30% residente del municipio en que se encuentre el proyecto, en caso de no ser posible, se acudirá a la búsqueda en municipios vecinos y luego al territorio nacional.

ratificó la Convención sobre la protección de todos los derechos de los trabajadores migratorios y miembros de su familia, conocida también como la Convención de Naciones Unidas sobre Trabajadores Migratorios.

En los procesos de integración en la Comunidad Andina CAN⁵⁸¹ en materia migratoria, se aprobaron importantes Decisiones como el caso de la Decisión 545 de 2003 sobre migración laboral. Este acuerdo multilateral se viabilizó en Colombia a través del Decreto 0046 del 17 de enero de 2013⁵⁸², mediante el cual se establece una herramienta normativa concertada de carácter interinstitucional, que permite determinar un procedimiento estandarizado por el cual, el Estado colombiano, da aplicación a lo dispuesto en el acuerdo.

Hace parte del Decreto 0046 de 2013 una Guía que se aplica en el territorio colombiano por el Ministerio del Trabajo a trabajadores migrantes de la Subregión Andina con fines laborales, bajo relación de dependencia. Quedan excluidos de la Decisión 545 de la Comunidad Andina (CAN), los empleos en la administración pública y en aquellas actividades contrarias a la moral, a la preservación del orden público, a la vida y a la salud de las personas y a los intereses esenciales de la seguridad nacional⁵⁸³.

La guía establece, en el capítulo relacionado con el ingreso, registro y permanencia del trabajador migrante andino, entre otras, las siguientes pautas:

“6.2 La legislación nacional, las decisiones comunitarias andinas y los convenios internacionales ratificados por Colombia, establecen que el Trabajador Migrante Andino tiene derecho a laborar en condiciones que respeten su dignidad, salud, seguridad y bienestar personal y familiar y a gozar como mínimo, de los siguientes derechos y garantías, de conformidad con lo establecido en la Decisión Andina 545:

a) Ingreso y permanencia en el territorio colombiano.

b) Expedición y suministro de la documentación e información necesaria para el reconocimiento de su condición de Trabajador Migrante Andino.

*c) No discriminación, reconociendo el **principio de igualdad de trato y de oportunidades a todos los Trabajadores Migrantes Andinos** en el espacio comunitario. En ningún caso se les someterá a discriminación por razones de nacionalidad, raza, sexo, credo, condición social u orientación sexual.*

d) Sindicalización y asociación colectiva.

e) Protección de su familia y dependientes, (...)

581 La Comunidad Andina –CAN- integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú-tiene por objetivo “alcanzar un desarrollo integral, más equilibrado y autónomo, mediante la integración andina, suramericana y latinoamericana”. Cfr. <http://www.comunidadandina.org>

582 “Por el cual se adopta la Guía para la implementación de la Decisión 545 de la Comunidad Andina (CAN) Instrumento Andino de Migración Laboral”.

583 Cfr. Anexo del Decreto 0046 de 2013.

- f) Libre movilidad del trabajador migrante y su familia.
- g) Realización de transferencias de fondos y de sumas para cubrir obligaciones fiscales y órdenes judiciales o de cualquier índole, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Decisión Andina 545.
- h) Acceso a instancias administrativas y judiciales.
- i) Disfrute de las prestaciones sociales previstas en el derecho comunitario y la legislación nacional.
- j) En ningún caso la situación migratoria de un nacional andino ni la posible repatriación del mismo menoscabará sus derechos laborales frente a su empleador. (...)
- k) Cambio de la condición migratoria en el país cuando tenga o responda a una oferta laboral.
- l) Derecho a una remuneración conforme a los principios generales y normatividad laboral nacional vigente.
- m) Seguridad Social y Salud en el Trabajo, conforme a lo regulado por la normativa comunitaria y la legislación nacional vigente. (...)

De la norma trascrita se deduce que uno de los elementos más emblemáticos de estos derechos queda reflejado en el reconocimiento del **“trato de nacional”**⁵⁸⁴, es decir, que los trabajadores de los países miembros tienen los mismos derechos que el trabajador nacional, cuando se suscribe un contrato laboral bajo relación de dependencia en el territorio de cualquiera de los 4 países miembros, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

Como se sabe, las fuentes supranacionales son una realidad en el derecho público moderno⁵⁸⁵. En atención a este fenómeno y a las tendencias propias de la economía globalizada y de la obligatoriedad que cobran las normas internacionales, el Documento CONPES 3603/2009⁵⁸⁶, sobre la Política Integral Migratoria realizó un diagnóstico sobre el asunto en el que indicó:

584 Sobre el principio de trato nacional en los acuerdos comerciales señala la Organización Mundial del Comercio (OMC) lo siguiente: *“Principio de Trato nacional: igual trato para nacionales y extranjeros. Las mercancías importadas y las producidas en el país deben recibir el mismo trato, al menos después de que las mercancías extranjeras hayan entrado en el mercado. Lo mismo debe ocurrir en el caso de los servicios extranjeros y los nacionales, y en el de las marcas de fábrica o de comercio, los derechos de autor y las patentes extranjeras y nacionales. Este principio de “trato nacional” (dar a los demás el mismo trato que a los nacionales) figura también en los tres principales Acuerdos de la OMC (artículo 3 del GATT, artículo 17 del AGCS y artículo 3 del Acuerdo sobre los ADPIC), aunque también en este caso se aborda en cada uno de ellos el principio de manera ligeramente diferente”. Cfr. http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm*

585 Por ejemplo, en materia de derechos humanos el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia establece el denominado bloque de constitucionalidad, según el cual: *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.*

586 Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2009, agosto) *Política Integral Migratoria*. Consultado el 7 de noviembre de 2014, en <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/3603.pdf>.

“Inversión extranjera directa en Colombia y principio de trato nacional. La mundialización de la economía, la inversión extranjera directa y, en general, la tendencia hacia la liberalización del comercio de bienes y servicios trae consigo una presión legítima sobre el movimiento de personas. Así mismo, la migración calificada es una fuente valiosa del recurso humano necesario para el crecimiento sostenido. A partir de lo anterior, por un lado los desequilibrios en el grado de desarrollo entre economías similares –con mayor razón cuando éstas son vecinas o comparten algún grado histórico de integración- generan movimientos migratorios hacia la economía más pujante, flujos que pueden ser beneficiosos para la economía en crecimiento pero que a menudo, terminan creando dificultades en el país receptor; y por el otro, mientras las fronteras se abren al movimiento de capitales y mercancías, las mismas permanecen cerradas o solo abiertas de manera parcial a las personas que realizan negocios y sus familias. Con el objeto de coadyuvar a la necesaria atracción de capitales productivos, la inversión y, en general, de nuevos negocios, Colombia puede –bajo un principio de reciprocidad- tender hacia una mayor liberalización del factor trabajo”

Dentro de las recomendaciones que contempló el documento se resaltan las siguientes:

“VIII. RECOMENDACIONES (...) Solicitar al Ministerio de la Protección Social

- **Evaluar la pertinencia económica y política del artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo y su consistencia con el Principio de Trato Nacional contenido en los acuerdos internacionales de integración económica que ha suscrito Colombia y la posibilidad de simplificar el trámite de certificación de proporcionalidad laboral.**

- **Ampliar los instrumentos de acceso a mecanismos de protección social para colombianos en el exterior y extranjeros en el país.**

- **Establecer canales de migración regular que reduzcan la vulnerabilidad de la población migrante. (...)** Resalta la Sala

Ahora bien, aun cuando en el Documento CONPES 3603/2009 se sugirió evaluar la pertinencia política y económica del principio de proporcionalidad laboral entre nacionales y extranjeros en el país, y la posibilidad de simplificar el trámite del certificado de proporcionalidad laboral, dicha discusión se desconoce. Ni siquiera se vislumbra alguna reflexión o debate al respecto en el trámite y aprobación de la Ley 1429 del 29 de diciembre de 2010 de *“Formalización y Generación de Empleo”*⁵⁸⁷, que derogó de forma expresa los artículos 74 y 75 del Código Sustantivo de Trabajo que contemplaban la mencionada figura. La derogatoria aparece en los últimos artículos de la ley en los siguientes términos:

587 Cfr. Proyecto de Ley Senado 187 de 2010 y debate en el Senado Gacetas 932 de 2010, 1049 de 2010, 78 de 2011, 1119 de 2010, 1103 de 2010, 81 de 2011. Proyecto de Ley Cámara 57 de 2010, acumulado 003 de 2010, 008 de 2010, y debate en la Cámara Gacetas 932 de 2010, 945 de 2010, 1066 de 2010, 287 de 2011, 1143 de 2010, 1104 de 2010, 237 de 2011.

“Artículo 65. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y promulgación y deroga o modifica las disposiciones que le sean contrarias.

(...) Parágrafo 3°. Derogatorias del Código Sustantivo del Trabajo. Deróguese las siguientes disposiciones y artículos del Código Sustantivo del Trabajo 72, 74, 75, 90, 91, 93, 116, 117, 118, 120, 121, 123, 124 y 125. (...)” Resalta la Sala.

La Sala considera importante advertir que, a pesar de la ausencia de debate en la adopción de la disposición transcrita, se debe respetar el efecto jurídico general producido por la derogatoria dispuesta por el parágrafo 3° del artículo 65 de la Ley 1429 de 2010, lo cual significa que, mientras este no sea declarado inexecutable por la Corte Constitucional, los artículos 74 y 75 del Código Sustantivo del Trabajo perdieron vigencia.

Así las cosas, la derogatoria de los artículos 74 y 75 del Código Sustantivo del Trabajo, trajo consigo un escenario legal en el que desaparece la regla general de proporcionalidad laboral entre trabajadores nacionales y extranjeros que se estableció desde el año de 1950, y cuyos requisitos se consolidaron a través de las normas de naturaleza migratoria en el año 2004⁵⁸⁸ y con la reglamentación del certificado de proporcionalidad laboral que apenas expidió el Ministerio de la Protección Social en el año 2009⁵⁸⁹.

De ahí que el marco jurídico migratorio previsto en el Decreto 4000 de 2004 y la Resolución 0255 de 2005 -antes expuesto-, fue derogado por el Decreto 834 del 2013⁵⁹⁰ y la Resolución 4130 del 2013⁵⁹¹, disposiciones promulgadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores que actualmente regulan lo concerniente al ingreso de los ciudadanos de otras naciones con el propósito de desempeñarse como trabajadores en el territorio nacional y en las cuales dejó de ser requisito previo para la expedición de la visa el certificado de proporcionalidad laboral de nacionales y extranjeros. No obstante lo anterior, surge la duda sobre la vigencia de otras normas que en el país exigen una proporción máxima de personal foráneo en las plantas de personal, como es el caso de las regulaciones que sobre proporcionalidad laboral existen en el ramo de la ingeniería de petróleos, aspecto que se estudiará a continuación.

El Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos-CPIP y la regulación especial de la proporcionalidad de ocupación a personal foráneo en el ramo de la ingeniería de petróleos

Tanto en la vigencia de la Constitución de 1886 y sus reformas, como en la Constitución Política de 1991, la libertad de escoger profesión u oficio se consagró

588 Decreto 4000 de 2004 y Resolución 0255 de 2005.

589 Resolución 000977 de 2009.

590 “Por la cual se establecen disposiciones en materia migratoria de la República de Colombia”.

591 “Por la cual se adoptan los requisitos para todas y cada una de las clases de visas contempladas en el Decreto 834 del 24 de abril de 2013, y se dictan otras disposiciones sobre su expedición”.

como un derecho sujeto en su ejercicio a la regulación legal y a la inspección y vigilancia de las autoridades. Estatuye el artículo 26 de la Carta vigente:

“Artículo 26: Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquéllas que impliquen riesgo social. / Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.”

Así, de conformidad con el artículo 26 superior la libertad para escoger profesión u oficio constituye la regla general; no obstante, el libre ejercicio de la profesión elegida según esta misma disposición no es absoluto y el legislador puede llegar a limitarlo exigiendo “títulos de idoneidad”, si se requiere determinada formación académica o si la actividad implica un riesgo social.

Cabe precisar que, con fundamento en la norma constitucional mencionada, el Congreso de la República expidió la Ley 20 de 1984, mediante la cual reglamentó el ejercicio de la profesión de Ingeniero de Petróleos y creó el Consejo Nacional de Ingeniería de Petróleos⁵⁹². Se resaltan de la ley las siguientes disposiciones:

“(…)

*Artículo 2o.- Para poder ejercer la profesión de Ingeniería de Petróleos en el territorio de la República de Colombia, **se requiere obtener la matrícula expedida por el Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos**, el cual se crea en la presente ley.*

(…)

*Artículo 4o.- **Se concederán licencias especiales temporales para ejercer la profesión de Ingeniero de Petróleos en Colombia a extranjeros cuando según concepto del Consejo de Profesionales de Ingeniería de Petróleos, sea conveniente o necesario su concurso, especialmente cuando se trate de especialidades que no existan en el país, o que existan en grado muy limitado.** Estas licencias tendrán una duración de un año, renovable por período de un año y los interesados adquieren la obligación de entrenar personal colombiano en su respectiva especialidad por el cual se le otorgó la licencia; el Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos podrá cancelar su licencia temporal cuando lo juzgue conveniente.”* (Resalta la Sala)

⁵⁹² Los Consejos Profesionales, por regla general, son organismos creados por la ley, sin personería jurídica, adscritos a un ministerio, los cuales se conforman con autoridades administrativas y personas particulares en representación de quienes ejercen la respectiva profesión, y a los que se confieren atribuciones de inspección y vigilancia del ejercicio de las profesiones. Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos 1924 de 2 de diciembre de 2008, entre otros.

Posteriormente, la Ley 842 de 2003 sistematizó e integró la reglamentación del ejercicio de la ingeniería, de sus profesiones afines y de sus profesiones auxiliares. Esta ley estableció, entre otros aspectos, los requisitos mínimos que se deben cumplir para su ejercicio y en el artículo 22 consagró una regla de proporcionalidad laboral entre profesionales nacionales y extranjeros así:

*“Artículo 22. En las construcciones, consultorías, estudios, proyectos, cálculos, diseños, instalaciones, montajes, interventorías, asesorías y demás Trabajos relacionados con el ejercicio de las profesiones a las que se refiere la presente ley, **la participación de los profesionales extranjeros no podrá ser superior a un veinte por ciento (20%) de su personal de ingenieros o profesionales auxiliares o afines colombianos, sin perjuicio de la aplicación de las normas laborales vigentes.***

Parágrafo. Cuando previa autorización del Ministerio de Trabajo y tratándose de personal estrictamente técnico o científico indispensable, fuere necesaria una mayor participación de profesionales extranjeros que la establecida anteriormente, el patrono o la firma o entidad que requiera tal labor, dispondrá de un (1) año contado a partir de la fecha de la iniciación de labores, para suministrar adecuada capacitación a los profesionales nacionales, con el fin de reemplazar a los extranjeros, hasta completar el mínimo de ochenta por ciento (80%) de nacionales. (Resalta la Sala).

Sobre los permisos temporales que requieren las personas extranjeras para ejercer sin matrícula en Colombia, el artículo 23 de la Ley 842 de 2003 preceptúa:

*“Artículo 23. Permiso temporal para ejercer sin matrícula a personas tituladas y domiciliadas en el exterior. Quien ostente el título académico de ingeniero o de profesión auxiliar o afín de las profesiones aquí reglamentadas, esté domiciliado en el exterior y pretenda vincularse bajo cualquier modalidad contractual **para ejercer temporalmente la profesión en el territorio nacional, deberá obtener del Consejo Profesional Nacional de Ingeniería, Copnia, un permiso temporal para ejercer sin matrícula profesional, certificado de inscripción profesional o certificado de matrícula, según el caso el cual tendrá validez por un (1) año y podrá ser renovado discrecionalmente por el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería, Copnia, siempre, hasta por el plazo máximo del contrato o de la labor contratada, previa presentación de solicitud suficientemente motivada, por parte de la empresa contratante o por el profesional interesado o su representante título o diploma debidamente consularizado o apostillado, según el caso fotocopia del contrato que motiva su actividad en el país y el recibo de consignación de los derechos respectivos.***

Parágrafo 1o. La autoridad competente otorgará la visa respectiva, sin perjuicio del permiso temporal de que trata el presente artículo.

Parágrafo 2o. Se eximen de la obligación de tramitar el Permiso Temporal a que se refiere el presente Artículo, los profesionales extranjeros invitados a dictar conferencias, seminarios, simposios, congresos, talleres de tipo técnico o científico, siempre y cuando no tengan carácter permanente.

Parágrafo 3o. Si el profesional beneficiario del permiso temporal pretende laborar de manera indefinida en el país, deberá homologar o convalidar el título de acuerdo con las normas que rigen la materia y tramitar la matrícula profesional o el certificado de inscripción profesional, según el caso”⁵⁹³.

Asimismo, de conformidad con lo previsto en artículo 4º de la Ley 20 de 1984 y en los artículos 22 y 23 de la Ley 842 de 2003, el Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos- CPIP, mediante Resolución 990 del 4 de octubre de 2011,⁵⁹⁴ fijó los requisitos y el procedimiento para el trámite de la Licencia Especial Temporal. De los requisitos exigidos por esta resolución se destacan los siguientes:

“Artículo 30º.- Requisitos para el trámite de la Licencia Especial Temporal.

El ingeniero extranjero, interesado en obtener una licencia especial temporal para el ejercicio de la ingeniería de petróleo en el país, deberá presentar, personalmente o mediante apoderado, los siguientes documentos ante el Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos en la ciudad de Bogotá D.C: (...)

d. Carta de la empresa que contrata al extranjero, justificando la necesidad de incorporación del mismo, el cargo a ocupar y las funciones a desarrollar. (...)

f. Contrato de trabajo, prestación de servicios o su equivalente entre la empresa domiciliada en Colombia y el extranjero. En el evento de no existir tal contrato por escrito, certificación de la empresa sobre la futura vinculación del extranjero.

g. Certificación de la empresa con el listado de los ingenieros nacionales y extranjeros, que trabajan para la empresa en Colombia con su correspondiente número de matrícula profesional o licencia especial temporal, indicando la rama de la ingeniería a que pertenece cada uno y el cargo que desempeña.

h. Carta del extranjero que solicita la licencia especial temporal, dirigida al Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos, comprometiéndose a capacitar ingenieros de petróleo colombianos en las actividades a realizar. (...)

Parágrafo 2.- Los documentos a que hacen referencia los literales d, f y g del presente artículo deberán venir suscritos por el representante legal de la empresa o por la persona autorizada para ello en el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio”.

Una vez que el interesado ha presentado los documentos que se establecieron en el artículo 30, el Consejo Profesional analiza la solicitud y podrá, “[e]n el evento en que la empresa cuente con una nómina de ingenieros de petróleo extranjeros

593 Este artículo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C570 del 8 de junio de 2004 “... en el entendido de que los profesionales titulados y domiciliados en el exterior en disciplinas relacionadas con la ingeniería y que deseen obtener un permiso temporal para trabajar deberán acudir al COPNIA, siempre y cuando su especialidad no cuente con un consejo profesional propio encargado de esa función. La declaración se restringe al cargo analizado”. Resalta la Sala

594 “Por la cual se expide el Reglamento Interno del Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos”.

superior al veinte por ciento (20%) de la nómina de ingenieros nacionales”, negar la solicitud de licencia especial temporal.

4. La vigencia de la norma especial sobre proporcionalidad laboral entre nacionales y extranjeros en el ramo de la ingeniería frente a la derogatoria de la regla general

Como quedó señalado, el legislador, atendiendo el mandato del artículo 26 de la Constitución Política, a través de las Leyes 20 de 1984 y 842 de 2003 expidió normas relativas al ejercicio de la profesión de la ingeniería en el país y, en particular, estableció una regla de proporcionalidad de ocupación de personal foráneo dedicado a esta actividad, cuyo cumplimiento se controla mediante la verificación de los requisitos que los extranjeros deben acreditar a efectos de que el Consejo Profesional expida una licencia especial temporal, para que puedan ejercer su profesión en el país.

Estos preceptos implicaron la coexistencia durante un tiempo determinado de dos reglas en el ordenamiento jurídico: la primera, prevista en el artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo, disposición de carácter general y, por tanto, más amplia, puesto que contempla a todos los trabajadores extranjeros como sujetos de la restricción; y la segunda, consagrada en el artículo 22 de la Ley 842 de 2003, norma de carácter especial y, por lo mismo, menos extensa, en tanto afecta exclusivamente a una especie de dicho género, esto es, a los profesionales de la ingeniería extranjeros.

Posteriormente, la Ley 1429 de 2010 sobre “*Formalización y Generación de Empleo*”, en el párrafo tercero del artículo 65, derogó expresamente los artículos 74 y 75 del Código Sustantivo de Trabajo. Sin embargo, la Sala considera que el artículo 22 de la Ley 842 de 2003 se encuentra vigente, por cuanto no puede entenderse que desapareció del ordenamiento jurídico en virtud de la derogatoria expresa que de los artículos 74 y 75 del Código Sustantivo de Trabajo hizo la Ley 1429 de 2010, conclusión a la que se llega luego de la aplicación de las pautas de interpretación legal, en particular, con base en los criterios hermenéuticos de especialidad y cronológico.

En efecto, en primer lugar se observa que el artículo 22 de la Ley 842 de 2003 es una norma especial y, en consecuencia, a partir de su vigencia su aplicación resulta preferente respecto de cualquier disposición de carácter general existente sobre la materia que ella regula, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley 57 de 1887, según el cual, entre dos normas incompatibles, la una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda, pues “*lex specialis derogat generali*”⁵⁹⁵. Por tanto, siguiendo este criterio, cualquier problema de interpretación

595 El artículo 5° de la Ley 57 de 1887 preceptúa que si en los códigos que se adoptaron en virtud de la misma ley (entiéndase también entre leyes) se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, “*la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general*”. Bobbio, al explicar los distintos criterios para resolver los conflictos de leyes en sus diversos espacios de validez, esto es: i. temporal, ii. espacial, iii. material, y iv. personal, sobre el de especialidad señaló: “(...) De acuerdo con el tercer criterio, precisamente el de la *lex specialis*, de dos normas incompatibles, la una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda: *lex specialis derogat generali*. También aquí la razón del criterio es clara, puesto que la ley especial es aquella que deroga una ley más general, o sea que

se resolvería dando prevalencia a la norma especial, de manera que, en el caso concreto objeto de la consulta, los efectos derogatorios de la norma general (artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo) no implican la desaparición en el orden jurídico del artículo 22 de la Ley 842 de 2003, porque, precisamente, se supone que, por tratarse de un precepto especial, ya había sido substraída la materia que el mismo contempla, esto es, la proporcionalidad laboral exigida entre nacionales y extranjeros en el ramo de la ingeniería, de la regulación general, para someterla a una reglamentación específica, diversa, autónoma e independiente en sus aspectos material y temporal, de suerte que su vigencia no está ligada o condicionada a la existencia de aquella. Esta regla hermenéutica *“es la que mejor responde a la voluntad del legislador, porque si el mismo legislador dicta dos normas, una general y otra especial, es porque el legislador quiso dar preferente aplicación a la ley especial, pues de otro modo no tendría sentido su promulgación”*.⁵⁹⁶

En segundo lugar se advierte que, a la luz del criterio cronológico o temporal, que implica el estudio de la derogatoria de normas por incompatibilidad, como consecuencia de la expedición de leyes en el tiempo y cuyo conflicto resultante se soluciona con aplicación del principio *“lex posterior derogat priori”*, no se presenta una derogatoria expresa, tácita u orgánica del artículo 22 de la Ley 842 de 2003⁵⁹⁷, por cuenta del párrafo tercero del artículo 65 de la Ley 1429 de 2010.

En este sentido cabe anotar que, de acuerdo con el artículo 2º de Ley 153 de 1887⁵⁹⁸, la norma posterior se impone sobre la norma precedente que le es opuesta o contraria y, por lo mismo, se entiende que es la que debe ser aplicada. Este análisis de la temporalidad, que permite concluir que la ley posterior prevalece sobre la anterior, requiere del estudio y verificación de que se haya derogado o no a la norma antigua expresa o tácitamente, parcial o totalmente.

Sobre la derogación de leyes, el Código Civil, en sus artículos 71 y 72, establece:

“Artículo 71. - La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita.

subtrae de una norma una parte de la materia para someterla a una reglamentación diversa (contraria o contradictoria). El paso de una regla más amplia (que abarque un cierto genus) a una regla derogatoria menos amplia (que abarca una species del genus) corresponde a una exigencia fundamental de justicia, entendida como igual tratamiento a las personas que pertenecen a una misma categoría. El paso de la regla general a la especial corresponde a un proceso natural de diferenciación de las categorías y a un descubrimiento gradual por parte del legislador de esta diferenciación. Dada o descubierta la diferenciación, persistir en la regla general comportaría dar igual tratamiento a personas que pertenecen a categorías diversas, lo que implicaría una injusticia. En este proceso de especialización gradual, llevada a cabo mediante leyes especiales, opera una de las reglas fundamentales de la justicia, la regla suum cuique tribuere.//“Se comprende entonces que la ley especial debe prevalecer sobre la general porque aquella representa un momento que no se puede eliminar en el desarrollo de un ordenamiento. Bloquear la ley especial ante la ley general sería bloquear ese desarrollo.// (...)”. Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1999, p.195.

596 Ver: Tardío, Pato, J. Antonio. *“El principio de Especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales”* Revista de Administración Pública Número 162, septiembre-diciembre de 2003, Pág. 193, Madrid.

597 En nuestro sistema normativo una característica general de la ley es su vigencia indefinida (sobre la vigencia indefinida de las leyes ver Díez-Picazo, Luis María. *La Derogación de las leyes*. Madrid, Civitas, 1990, p.143); es decir su obligatoriedad sine die, una vez que la misma entra a regir. Expedida una ley, su vigencia se mantendrá hasta el día que la misma norma lo establezca; hasta que sea derogada expresa o tácitamente por otra disposición posterior de igual o superior categoría; o hasta que la autoridad judicial competente la haya declarado inexecutable a través de una decisión con efectos erga omnes. Dicho de otro modo, la seguridad jurídica impone que las leyes desplieguen sus efectos hasta tanto no se produzca alguna circunstancia que el mismo ordenamiento repute apta para hacer cesar su vigencia.

598 Que al efecto dispuso: *“Artículo 2. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior”*.

Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial.

Artículo 72.- La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley". (Resalta la Sala)

Como puede apreciarse, en la derogación expresa, el legislador señala en forma precisa, directa, clara y concreta las normas que deroga o deja sin efecto en el mismo texto legal. En este evento no es necesario realizar un esfuerzo interpretativo, pues simplemente queda excluido y abolido del ordenamiento el precepto legal desde el momento en que el legislador así lo disponga y declare explícita e inequívocamente en ese sentido en el cuerpo normativo correspondiente. Esto fue lo que ocurrió con los artículos 74 y 75 del Código Sustantivo del Trabajo, en tanto la Ley 1429 de 2010 expresamente los derogó en el párrafo tercero del artículo 65.

Por su parte, la derogación tácita supone un cambio de legislación por incompatibilidad de lo regulado en la nueva ley frente a lo que antes regía según la ley precedente. Para determinar su ocurrencia, se hace necesaria una interpretación profunda y aguda de ambas leyes, mediante un cotejo o comparación reflexiva y razonada a partir de la cual se pueda inferir que las disposiciones de la ley nueva no pueden conciliarse con las de la ley antigua y, por tanto, que esta resulta insubsistente total o parcialmente.

Adicionalmente, la Ley 153 de 1887, en su artículo 3, estatuye la denominada derogatoria orgánica, para cuando una ley nueva regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería⁵⁹⁹. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de marzo 28 de 1984, explicó que “[l]a derogación orgánica, que para no pocos autores no pasa de ser una faz de la derogatoria tácita, sólo se da es verdad cuando la nueva ley “regule íntegramente la materia” que la anterior normación positiva regulaba. Empero, determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende de la intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre éstas y las de la ley anterior”.

Al aplicar los criterios anteriores al caso bajo estudio, se observa en primer lugar, que no se da la derogación expresa del artículo 22 de la Ley 842 de 2003, que es la que establece un porcentaje de ocupación laboral para personal foráneo en la profesión de ingeniería, por cuanto no hay norma legal que así lo declare

⁵⁹⁹ “Artículo 3. Estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”. (Resalta la Sala)

explícitamente. El párrafo tercero del artículo 65 de la Ley 1429 de 2010 únicamente derogó en forma expresa los artículos 74 y 75 del Código Sustantivo del Trabajo, pero no dispuso ese efecto en relación con otras normas.

Tampoco se presenta una derogación tácita de la norma indicada, pues la regulación del artículo 22 de la Ley 842 de 2003 no entraña una contradicción con lo dispuesto por el artículo 65 de la Ley 1429 del 29 de diciembre de 2010 de “*Formalización y Generación de Empleo*”, que derogó de forma expresa los artículos 74 y 75 del Código Sustantivo de Trabajo. Estas disposiciones no entran en pugna, pues la norma derogatoria si bien desaparece la regla general del mundo jurídico sobre proporcionalidad laboral entre trabajadores nacionales y extranjeros no crea una nueva prohibición sobre la materia que pueda hacerla incompatible con la legislación especial preexistente, por tanto, es posible afirmar que el párrafo 3° del artículo 65 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 22 de la Ley 842 de 2003 no son excluyentes, y lo dispuesto en esta última subsiste además bajo la regla de especialidad.

Por último, no se configura una derogación orgánica, toda vez que el legislador en la Ley 1429 de 2010 sobre “*Formalización y Generación de Empleo*”, no expidió una regulación integral en el tema de la proporcionalidad laboral entre nacionales y extranjeros. De hecho, la única mención al tema está en la derogatoria del artículo 65 *ibidem*.

En este orden de ideas, concluye la Sala que el artículo 22 de la Ley 842 de 2003 no fue derogado por el párrafo 3° del artículo 65 de la Ley 1429 de 2010 y, en consecuencia, subsiste y goza de plena vigencia, de manera que el Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos, creado por Ley 20 de 1984, al efectuar el trámite de la Licencia Especial Temporal para el ejercicio de la Ingeniería de Petróleos de extranjeros en el país, debe exigir y aplicar la regla de proporcionalidad contenida en dicha disposición en materia del porcentaje de ingenieros nacionales y extranjeros en las empresas.

No obstante, advierte la Sala que conforme a los compromisos internacionales adquiridos por Colombia, estarían exentos del control de proporcionalidad laboral los trabajadores extranjeros que según lo contemplado en los tratados y convenios internacionales se les deba aplicar el principio de “*trato nacional*”, es decir, aquellas personas de otra nacionalidad que deban ser tenidos en cuenta en la misma o igual forma que a los nacionales colombianos, en virtud de la reciprocidad que emana de dichos instrumentos internacionales.

Conforme a lo expuesto,

LA SALA RESPONDE

“¿Cuál sería el alcance de la derogatoria contenida en el artículo 65 de la Ley 1429 de 2010 respecto de la vigencia y viabilidad de la aplicación de la proporcionalidad especial contenida en el artículo 22 de la Ley 842 de 2003 y en particular, la

proporcionalidad exigida por el Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos-creado por Ley 20 de 1984- al aplicar un porcentaje o proporcionalidad laboral de ingenieros nacionales y extranjeros en las empresas al efectuar el trámite de la Licencia Especial Temporal para el ejercicio de la Ingeniería de Petróleos de extranjeros en el país.?”

El artículo 22 de la Ley 842 de 2003 no fue derogado por el párrafo 3° del artículo 65 de la Ley 1429 de 2010 y, en consecuencia, subsiste y goza de plena vigencia, de manera que el Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos, creado por Ley 20 de 1984, al efectuar el trámite de la Licencia Especial Temporal para el ejercicio de la Ingeniería de Petróleos de extranjeros en el país, debe exigir y aplicar la regla de proporcionalidad contenida en dicha disposición en materia del porcentaje de ingenieros nacionales y extranjeros en las empresas.

No obstante, advierte la Sala que conforme a los compromisos internacionales adquiridos por Colombia, estarían exentos del control de proporcionalidad laboral los trabajadores extranjeros que según lo contemplado en los tratados y convenios internacionales debidamente ratificados se les deba aplicar el principio de “*trato nacional*”, es decir aquellas personas de otra nacionalidad que deban ser tenidos en cuenta en la misma o igual forma que los nacionales colombianos, en virtud de la reciprocidad que emana de dichos instrumentos internacionales.

Remítase al Ministro de Trabajo 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.

11. Certificación de antecedentes judiciales y derechos fundamentales a la intimidad, buen nombre, honra y hábeas data.

Radicado 2031

Fecha: 10/08/2011

Consejero Ponente: *Augusto Hernández Becerra*

Levantamiento de la reserva mediante auto del 4 de septiembre de 2015

El señor Director del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, doctor Felipe Muñoz Gómez, solicita concepto a la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre la leyenda incorporada en el certificado de antecedentes judiciales que expide el departamento administrativo a su cargo.

I. Antecedentes

Fundamenta la consulta en las normas y situaciones que a continuación se sintetizan:

Hace referencia, en primer lugar, a las disposiciones constitucionales que establecen la imprescriptibilidad de las penas y las medidas de seguridad (Art. 28) y la presunción de inocencia (Art. 29); al requisito de inexistencia de antecedentes judiciales, en todo tiempo, para el acceso a determinados empleos o cargos públicos (Art. 122, modificado por el artículo 4º del Acto Legislativo 01 del 2009), y a la norma según la cual únicamente las sentencias judiciales tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales (Art. 248).

Invoca normas de carácter legal, como el artículo 166 del Código de Procedimiento Penal, que ordena a los funcionarios judiciales informar a las autoridades, relacionadas en la misma norma, sobre las sentencias ejecutoriadas que impongan pena o medida de seguridad, “en el entendido de que sólo en estos casos se considerará que la persona tiene antecedentes judiciales”. Cita igualmente el artículo 447 del mismo Código, que incluye los antecedentes para efectos de la individualización de la pena y la sentencia en el caso de fallos condenatorios.

Agrega que, en el Código Penal, la carencia de antecedentes penales es una circunstancia de menor punibilidad (Art. 55) y uno de los requisitos para suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad (Art. 63).

Precisa que el párrafo del artículo 1 de la ley 190 de 1995 exige la presentación del certificado de antecedentes expedido por el DAS para ocupar un cargo o empleo público y para celebrar contratos de prestación de servicios.

En particular cita el decreto reglamentario 3738 del 2003, el cual indica que el DAS es la entidad encargada de expedir los certificados judiciales a nivel nacional, con base en la información que repose en sus archivos (Art. 1) y de mantener y

actualizar los registros delictivos y de identificación nacionales, de acuerdo con los avisos e informes que le envíen las autoridades competentes (Art. 3). Norma esta que fija en el Director del mismo Departamento la función de establecer y adoptar el modelo de certificado judicial, y de modificarlo de acuerdo con los avances tecnológicos de la entidad (Art. 2).

Explica que, en ejercicio de la atribución conferida por el citado decreto 3738, el Director del DAS, mediante la resolución 1157 del 2008, reglamentó el modelo de certificado, y para el caso de las personas con antecedentes judiciales se dispuso la siguiente leyenda: “REGISTRA ANTECEDENTES PERO NO ES REQUERIDO POR AUTORIDAD JUDICIAL”. Afirma la entidad consultante que esa leyenda generó inconformidad y que, por vía de tutela, varios ciudadanos solicitaron su retiro aduciendo violación de los derechos a la intimidad, la honra, el buen nombre o el trabajo.

Informa la consulta que, en un primer momento, un fallo de tutela de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia estimó que la leyenda adoptada en la Resolución 1157 no vulneraba derechos fundamentales, pues se limitaba a recoger el comportamiento del ciudadano.

Sin embargo, a partir de mayo del 2010, los fallos de tutela proferidos por la misma Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia consideraron la expresión “REGISTRA ANTECEDENTES” como altamente discriminatoria en los casos de pena cumplida o de declaración de prescripción de la pena. Dichos fallos hicieron la distinción entre la petición de las autoridades judiciales para aplicación de beneficios, y la hecha por los particulares a través del certificado judicial, y reiteraron que el DAS, en todo caso, debe conservar las anotaciones de los antecedentes en sus archivos por su incidencia en las decisiones judiciales.

El Director del DAS expidió entonces la resolución 750 del 2010, disponiendo que en los casos en los que el ciudadano registrara antecedentes, la leyenda del certificado judicial sería “NO ES REQUERIDO POR AUTORIDAD JUDICIAL”.

Así las cosas, formula a la Sala las siguientes **PREGUNTAS**:

“1. ¿Cuál es la posición jurisprudencial que debe acatar la entidad, teniendo en cuenta que las decisiones tomadas en ambas posiciones son fallos de tutela con efectos inter partes?”

“2. ¿Como consecuencia de lo anterior debe o no retirarse la frase REGISTRA ANTECEDENTES de los certificados de antecedentes judiciales que se expidan a los ciudadanos?”

“3. En caso que la posición jurisprudencial adoptada sea la segunda, ¿la modificación realizada con base en dicha posición por el parágrafo 1º del artículo 1º de la Resolución 750 de 2010 al parágrafo del artículo primero de la Resolución 1157 de 2008 se encuentra debidamente realizada?”

“4. ¿Cómo debe expedirse el certificado judicial en el caso que una persona allegue constancia de que su pena fue cumplida o le fue declarada prescrita pero el delito que cometió fue el de las llamadas inhabilidades intemporales⁶⁰⁰ establecidas en los artículos 122, 179 numeral 1, 197, 232, 249, 264 y 267 de la Constitución Política de Colombia?”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

1. Planteamiento del problema jurídico

De lo expuesto en los antecedentes y del análisis de las preguntas arriba transcritas, la Sala encuentra que la consulta plantea dos principales cuestiones de orden jurídico: i) ¿Dada la diversidad de posiciones adoptadas por los jueces, en instancia de tutela, en relación con el alcance de las constancias que se consignan en el certificado de antecedentes judiciales, cuál es la posición jurisprudencial que debe acatar el DAS? y ii) ¿Cómo debe expedirse el certificado judicial en el caso de las denominadas inhabilidades intemporales?.

2. Línea jurisprudencial que debe ser acatada por la administración

La pregunta principal inquiriere sobre “la posición jurisprudencial que debe acatar” el DAS consideración a las providencias judiciales que en sede de tutela han resuelto las solicitudes de particulares que se sienten afectados en sus derechos fundamentales a la intimidad, habeas data, buen nombre, honor y otros, en virtud de las leyendas “REGISTRA ANTECEDENTES PERO NO ES REQUERIDO POR AUTORIDAD JUDICIAL”, y “NO ES REQUERIDO POR AUTORIDAD JUDICIAL”, que aparecen en los certificados de antecedentes judiciales expedidos por el DAS. Enfatiza la consulta que dichos fallos sólo tienen efectos inter partes.

Al respecto, la Sala reitera en primer lugar lo expresado en los conceptos 1878 y 1878 A de abril 29 y noviembre 13 de 2008, 1956 de septiembre 10 de 2009 y 2029 del 16 de febrero de 2011, en el sentido de que los fallos judiciales en firme son obligatorios y, por ende, su cumplimiento no se encuentra sujeto a la evaluación de conveniencia de sus destinatarios, más aún cuando éstos son servidores públicos, quienes con mayor razón están especialmente obligados a acatar las decisiones de los jueces.

Si bien los fallos de tutela referidos en la consulta solo tienen efecto inter partes, tienen todos fundamento en la interpretación que sobre los derechos constitucionales fundamentales a la intimidad, habeas data y buen nombre han realizado los máximos tribunales de las jurisdicciones ordinaria, contencioso administrativa y constitucional, razón por la cual se estima que, en aplicación de los derechos a la igualdad y a la confianza legítima, la línea jurisprudencial uniforme, dados los mismos supuestos de hecho y de derecho, debe servir de fundamento para casos

600 [Esta cita es de la consulta formulada por el Director del DAS] “Corte Constitucional. Sentencias C-1066 de 2001 M.P. Jaime Araújo Rentería, la C-952 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis, la C-1212 de 2001 M.P. Jaime Araújo Rentería, la C-373 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño y la C-948 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis”.

idénticos o similares, correspondiéndole a la Administración, en virtud del deber de obediencia al ordenamiento jurídico, observar tales orientaciones.

La Corte Constitucional reiteradamente ha señalado que las autoridades administrativas no pueden apartarse del precedente judicial trazado por la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales:

*“Conforme a las reglas que regulan el manejo del precedente judicial, el juez puede, bajo determinadas circunstancias, apartarse de la decisión de la Corte. No así la administración, que se encuentra sujeta a los parámetros definidos por la Corte Constitucional en esta materia y los jueces ordinarios en sus respectivos ámbitos de competencia. Sólo así se asegura que la administración esté sujeta al derecho.”*⁶⁰¹

Por su parte, en relación con las decisiones de los órganos de cierre, como es el caso del Consejo de Estado, la jurisprudencia constitucional ha sostenido:

“8.1. El carácter vinculante de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes. *Una interpretación literal del artículo 230 constitucional indicaría que la jurisprudencia elaborada por las Altas Cortes es sólo un criterio auxiliar de interpretación, es decir, una mera guía u orientación para los jueces, carente por tanto de verdadero efecto vinculante. La anterior hermenéutica resulta inaceptable, por las razones que pasan a explicarse. Desde un punto de vista de dogmática constitucional, autores clásicos como Chamberlain, sostienen que el respeto por los precedentes se funda en un tríptico: protección de las expectativas patrimoniales, seguridad jurídica y necesidad de uniformidad de los fallos. Sin embargo, en últimas, todas ellas se subsumen tanto en el principio de seguridad jurídica como en aquel de igualdad: casos iguales deben ser resueltos de la misma forma.*

*De allí que, reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redunde en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares.”*⁶⁰²

Así las cosas, a continuación se hará el análisis de la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre esta materia, para finalmente identificar la línea jurisprudencial

601 Corte Constitucional, Sentencia T-116/04. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

602 Sentencia C-335 de 2008.

consolidada que debe ser acatada por las autoridades administrativas y dar, así, respuesta a la pregunta principal formulada en la consulta.

2.1 Posición jurisprudencial en relación con la leyenda “REGISTRA ANTECEDENTES, PERO NO ES REQUERIDO POR AUTORIDAD JUDICIAL” (Resolución 1157 de 2008)

2.1.1 Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal

El 8 de abril de 2010, una sala de decisión de tutelas se abstuvo de tutelar el derecho al habeas data presuntamente violado por la citada leyenda considerando que la acción no era procedente contra actos administrativos de carácter general y abstracto, como quiera que estos tienen sus propios mecanismos de impugnación y, por tanto, la anotación en el certificado obedecía “al cumplimiento estricto de un acto que goza de presunción de legalidad”.⁶⁰³

Posteriormente, otra sala de tutela de la citada Sala de Casación Penal adoptó la decisión de amparar los derechos fundamentales, en especial el habeas data, con sustento en argumentos que, a partir de entonces, se han mantenido invariables, en lo esencial, tanto en la Corte Suprema de Justicia como en el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, y en la Corte Constitucional.

En efecto, en el fallo del 29 de abril, tutela No. 47.449, se consideró que el derecho al habeas data, consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política, era extensivo a la base de datos de los antecedentes judiciales y demandaba del DAS la obligación de operar con fidelidad los datos negativos o positivos reportados por las autoridades judiciales, pues sin duda al enjuiciado “hacia el futuro le aparecerá como antecedente la condena impuesta por la autoridad judicial”. Se refirió también a la necesidad de conservar el dato negativo porque eventualmente será requerido por las autoridades judiciales, caso en el cual “no hay lugar a suprimir el antecedente penal” en el certificado. Pero, en los casos en que la pena se declara extinguida o se cumplió, dado que el certificado “tiene fines meramente particulares, comporta una grave discriminación” incluir ese dato y hacerlo público, pues el sujeto “*se convierte en blanco, esencialmente en el ámbito laboral, de distinción, estigmatización y exclusión ante el resto de la sociedad.*” De esta manera, la Corte Suprema de Justicia estableció que la leyenda “Registra antecedentes, pero no es requerido por autoridad judicial”, es inconstitucional y, en consecuencia, con fundamento en el artículo 4° de la Constitución Política, inaplicó en el caso concreto lo dispuesto en la resolución 1157 de 2008.⁶⁰⁴

603 Cfr. Tutela aprobada mediante acta No. 106 de esa fecha, M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

604 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Cfr.: Tutela 47.449, fallo del 29 de abril del 2010. Esta doctrina fue reiterada en las siguientes providencias: Tutela No. 47546, fallo del 4 de mayo del 2010; Tutela No. 47.830, fallo del 20 de mayo del 2010; Tutela No. 49325, del 10 de agosto del 2010; Tutela No. 52.402, fallo del 8 de febrero del 2011, entre otras.

2.1.2 Consejo de Estado - Sección Segunda.

La sección segunda, subsecciones A⁶⁰⁵ y B⁶⁰⁶ coinciden en que la anotación “registra antecedentes, pero no es requerido por autoridad judicial”, en el certificado judicial, es discriminatoria y atenta contra el derecho a la intimidad, aunque ello no significa que la autoridad competente no deba conservar tal información en sus bases de datos. Los fundamentos de dichas conclusiones se basan en i) La expedición del certificado con la correspondiente anotación de los antecedentes para las autoridades judiciales y administrativas competentes es legítima, pues la información contenida en el certificado sólo será utilizada por dichas autoridades para el cumplimiento de sus funciones; ii) en cambio, cuando es el titular de la información el que la solicita con fines particulares, como presentarla para acceder a un empleo, el hecho de ventilar a terceros tal información resulta discriminatorio y atenta contra el derecho a la intimidad del tutelante. Igualmente inaplicó para el caso concreto, en lo pertinente, la resolución 1157 de 2008⁶⁰⁷.

En conclusión, las referidas decisiones judiciales, a juicio de esas Subsecciones, “sentaron la regla de derecho, según la cual no existe justificación constitucional válida alguna para que la entidad estatal encargada de la custodia de los antecedentes penales de los ciudadanos por medio alguno los divulgue con destino a terceros sin autorización para conocerlos, aclarando que la violación sobre este asunto consiste en la publicidad de aquellos y no en el mantenimiento de los mismos en las bases de datos”.

2.2 Posición jurisprudencial sobre la leyenda “NO ES REQUERIDO POR AUTORIDAD JUDICIAL” (Resolución 750 de 2010)

2.2.1 Consejo de Estado - Sección Segunda

El 4 de noviembre de 2010, radicación número 68001-23-31-000-2010-00618-01(AC), la subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado reitera la conclusión transcrita en precedencia, e indica que el cambio introducido por la resolución 750 y la nueva leyenda, “no es requerido por autoridad judicial”, también resulta violatoria de los derechos fundamentales y de la regla jurisprudencial establecida.

En efecto, afirma el Consejo de Estado en esta oportunidad que la resolución citada discrimina nuevamente entre las personas que registran antecedentes, identificadas en el Certificado Judicial con la expresión “no es requerido por autoridad judicial”, y quienes no tienen historial delictivo, identificados con la frase “no registra antecedentes”. De esta manera el certificado da publicidad, con una fórmula distinta, a aquella información que la jurisprudencia de la Sala

605 Radicado No. 05001 23 31 000 2010 01273 01.

606 Radicado No. 05001-23-31-000-2010-01246-01

607 Cfr., en el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Expedientes N° 2010-00986-01, N° 2010-01295-01, y 2010-00279-01.

ha determinado como reservada, haciendo inocua la protección constitucional deprecada en oportunidades anteriores.

Aclara la Sección Segunda que la fórmula gramatical utilizada por el DAS para la expedición del Certificado Judicial de quienes tienen historial delictivo no es violatoria de los derechos fundamentales referidos por sí sola, sino por el contraste que fácilmente se puede realizar con: i) la leyenda que sobre ese mismo documento se reporta para quienes no han sido condenados penalmente y ii) la Resolución N° 750 de 2 julio de 2010, que indica claramente lo que en términos de antecedentes penales traduce dicha norma, lo cual no es otra cosa que publicar con destino a terceros sin autorización, para permitirles conocer información reservada de quien registra historial delictivo, actuación que fue precisamente la que resultó prohibida en las sentencias de amparo previamente citadas.

Por la aludidas razones la subsección B de la Sección Segunda inaplicó por inconstitucional, para el caso concreto, el párrafo 2° del artículo 1° de la Resolución N° 750 de 2 de julio de 2010 proferida por el DAS, y exhortó a dicha entidad para que en atención a los considerandos de la providencia, tome las medidas administrativas necesarias a fin de evitar que por cualquier medio, directo, indirecto, referencial o fórmula gramatical, en el Certificado Judicial de quienes hayan sido condenados penalmente se informe, con destino a terceros no autorizados para conocer tal información, la existencia del historial delictivo.

Por su parte, la subsección A de la Sección Segunda al resolver la tutela radicada bajo el Radicado No. 25000-23-15-000-2011-00031-01, acogió y reiteró la tesis expuesta, subrayando que “el antecedente no debe ser eliminado, pues es valioso para las autoridades al momento de cuantificar penas o conceder beneficios legales, porque en todo caso, lo que le afecta es la publicidad de los antecedentes y no su conservación por parte de la autoridad competente”.

2.3 Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal

Mediante radicación 52402 del 8 de febrero de 2011, refiriéndose a la leyenda “NO ES REQUERIDO POR AUTORIDAD JUDICIAL”, la Sala de Casación Penal expuso similares argumentos a los sostenidos por la Sección Segunda del Consejo de Estado, por lo que consideró que dicha constancia no es suficiente para efectos de superar el trato inconstitucional de allí derivado, pues lo único que hace es confirmar una distinción entre aquellos que tienen antecedentes –a los cuales se les certifica: “NO REGISTRA ANTECEDENTES”- y los que no, de tal manera que pronto socialmente podrá establecerse que quienes tienen la leyenda: “NO ES REQUERIDO POR AUTORIDAD JUDICIAL”, es porque sí tienen antecedentes y, de esa forma, el impacto social que la diferencia implica, simplemente se mantendría.

En ese orden de ideas, el DAS debe adoptar una medida que no implique un estigma social para aquellas personas con antecedentes penales. Aclara que no se trata de borrar la información de la base de datos del DAS, sino de que esta, por cualquier motivo o medio, no se exteriorice para fines particulares de quien la

solicita, de tal manera que permitan discriminar a la persona respecto de aquellos que nunca han sido afectados con decisiones condenatorias, pues esto les impediría su reincorporación laboral y social, frustrando así una de las funciones de la pena como es la resocialización.

2.2.3 Corte Constitucional – Sala de Revisión de Tutelas

En la sentencia T-632 del 13 de agosto de 2010, la Corte Constitucional advierte que la expedición de un documento público –como el certificado judicial-, con una configuración tal que le permita a un tercero inferir la existencia de antecedentes penales a nombre del titular, interfiere en el ámbito prima facie de al menos dos derechos fundamentales: el derecho al buen nombre y el derecho al habeas data.

Se da lo primero porque, en las condiciones precitadas, estudios criminológicos demuestran que quien ha sido considerado social e institucionalmente como delincuente, además de que está obligado según las normas estatales a pagar una condena formal, recibe por parte de la sociedad –si es que esta se entera de la falta- una especie de condena adicional, de carácter informal, y es la de llevar consigo el estigma (la etiqueta) de delincuente, a pesar incluso de que cumpla todos los esfuerzos encaminados a insertarse en el orden legal y a respetar escrupulosamente las normas de convivencia.

Considera la Corte que la expedición del certificado, de tal suerte que suponga la divulgación de un dato con información relativa a los antecedentes penales, es al mismo tiempo una interferencia en el derecho prima facie al habeas data (art. 15, C.P.). Cuando se trata de divulgar un dato como los antecedentes penales, que tiene cuando menos un carácter semi-privado,⁶⁰⁸ y esa divulgación tiene lugar sin el *consentimiento del titular*, se produce una intromisión en su derecho prima facie al habeas data.

Al analizar de manera específica la Resolución 750 del 2010, la Corte observó que como en ella se dispone publicar que la persona “NO REGISTRA ANTECEDENTES”, cuando en efecto no los tiene, la leyenda para el caso contrario, que dice “NO ES REQUERIDO POR AUTORIDAD JUDICIAL”, deja en evidencia que la persona de que se trata sí tiene antecedentes, con lo cual se afectan, en principio, los derechos al buen nombre y al habeas data. Lo anterior sin perjuicio de sostener que es posible que el “Estado tenga la competencia para registrar determinados datos de una persona pero no para publicarlos”.

En síntesis, para la Corte la “divulgación de la información relativa a la tenencia de antecedentes penales, en un documento público como el certificado judicial, cuando el titular de la información no desea que otras personas conozcan esos datos, viola la Constitución en tanto no están justificadas las interferencias que ella produce en los derechos al buen nombre y al habeas data (art. 15, C.P)”. (Resalta la Sala). Al igual que lo hizo el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia,

608 Pues pertenece a una esfera de la personalidad que si bien no es íntima o reservada, tampoco es pública ya que no puede ser divulgada indiscriminadamente y sin propósitos constitucionalmente aceptables, o en todo caso de forma desproporcionada.

en los casos arriba relatados, la Corte Constitucional decidió inaplicar para el caso concreto la resolución 750 de 2010.

La posición jurisprudencial que debe acatar el DAS. Conclusiones y recomendaciones

El estudio de las decisiones judiciales comentadas, que en sede de tutela han permitido a las tres Altas Cortes definir unánimemente el efecto de las constancias del certificado de antecedentes judiciales sobre los derechos fundamentales, permite llegar a las siguientes conclusiones:

2.3.1. En materia de antecedentes judiciales la ley asigna al DAS dos funciones principales: mantener y actualizar una base de datos sobre los antecedentes judiciales de todas las personas en Colombia, y certificar lo que sobre dichos antecedentes conste en sus registros respecto de personas determinadas, de conformidad con la Constitución y la ley.

La problemática sobre tales registros y certificaciones tiene una dimensión constitucional que involucra los derechos fundamentales a la intimidad, habeas data, buen nombre, todo dentro del contexto de la dignidad humana y con especial referencia a la garantía real de resocialización o reinserción social.

Los fallos de tutela coinciden en afirmar que las leyendas adoptadas por el DAS en las resoluciones 1157 de 2008 y 750 de 2010 para dar fe de la información sobre antecedentes judiciales que reposa en sus archivos, son violatorias de tales derechos fundamentales en aquellos casos en que la pena es una situación superada o fue cumplida o declarada prescrita. En esta medida, no existe justificación constitucional válida para que la entidad estatal encargada de la custodia de los antecedentes penales de los ciudadanos, los divulgue o publicite con destino a terceros no autorizados por la ley para conocerlos, razón por la cual, en cada caso, se han tutelado los derechos fundamentales de los peticionarios e inaplicado las citadas resoluciones.

El DAS está facultado constitucional y legalmente para llevar el registro de los antecedentes judiciales de todas las personas, y en ningún caso cabe eliminar la correspondiente información, pues es valiosa para las autoridades al momento de cuantificar penas o conceder beneficios legales.

Si el certificado de antecedentes judiciales se expide para fines particulares o a solicitud de terceros, no puede contener ninguna anotación que directa ni indirectamente dé noticia sobre la existencia de antecedentes judiciales, pues ello atentaría contra los derechos constitucionales fundamentales que reiteradamente han sido amparados judicialmente por vía de tutela. Por el contrario, el certificado de antecedentes judiciales debe hacer constar todos los registros existentes cuando sea solicitado por las autoridades en los casos en que constitucional o legalmente esté previsto que deban recabar esta información para los asuntos de su competencia.

Estima la Sala que la regulación de esta materia, de tanta relevancia constitucional, debe ser objeto de una ley estatutaria, lo cual en efecto ya ocurrió con la aprobación por parte del Congreso de la República del Proyecto de ley No. 046 de 2010 – Cámara – y No. 184 de 2010 – Senado-, “por el cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”, cuyo artículo 29 se expone a continuación.

3. Proyecto de ley estatutaria “por el cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”.

El proyecto fue aprobado en su trámite legislativo en el período de sesiones que culminó el 16 de diciembre de 2010 y actualmente se encuentra para revisión de la Corte Constitucional (proceso PE 032), en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 153 de la Constitución Política. En dicho proceso de revisión el señor Procurador General de la Nación rindió concepto el 23 de mayo de 2011, en el que solicita que se declare la constitucionalidad del artículo 29 del proyecto, que es del siguiente tenor:

“Artículo 29. *Certificación de antecedentes judiciales. El Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o quien ejerza esta función, mantendrá y actualizará los registros delictivos y de identificación nacional de acuerdo con los informes y avisos que para el efecto deberán remitirle las autoridades judiciales, conforme a la Constitución Política y a la ley. Al expedir certificados judiciales por petición ciudadana, el Departamento Administrativo de Seguridad o quien ejerza esta función, se **abstendrá de incluir como antecedente penal los registros delictivos del solicitante cuando éste haya cumplido su pena o la misma haya prescrito.***

Parágrafo 1º. Los archivos del Departamento Administrativo de Seguridad, o de quien ejerza esta función en esta materia, tendrán carácter reservado y en consecuencia solo se expedirán certificados o informes de los registros contenidos en ellos.

Parágrafo 2º. El Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o quien ejerza esta función, garantizará la disponibilidad de manera gratuita y permanente la información electrónica sobre el Certificado de Antecedentes Judiciales para ser consultados por el titular, interesado o por terceros a través de la página web de la entidad y los mismos gozarán de plena validez y legitimidad.

Par. 3...”. (Se subraya)

La Sala concluye de la simple lectura del inciso primero del proyecto, que allí se recoge la línea jurisprudencial que en sede de tutela ha sido analizada en el presente concepto, cuyas conclusiones más relevantes se expusieron en el punto 2.3.

En efecto, el proyecto de ley parte de distinguir entre la función de mantener los registros sobre antecedentes delictivos y la de certificar tales antecedentes. E

igualmente indica que existe la obligación de actualizar la información. Sin embargo, el DAS se “abstendrá de incluir como antecedente penal los registros delictivos del solicitante cuando éste haya cumplido su pena o la misma haya prescrito”, tal como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional establecida por las tres Altas Cortes en sede de tutela. De esta manera, si bien la competencia para decidir sobre la exequibilidad o no del proyecto recae exclusivamente en la Corte Constitucional (art. 153 C.P.), lo cierto es que el Congreso de la República, al discutir la mencionada iniciativa, tuvo en cuenta la línea jurisprudencial que ha sido examinada en este concepto, tal como consta en la Gaceta del Congreso 1023 del 12 de diciembre de 2010⁶⁰⁹. Resuelto lo anterior, pasará la Sala a dilucidar el segundo problema jurídico planteado en la consulta.

4. ¿Cómo debe expedirse el certificado judicial en las llamadas inhabilidades intemporales?

La última de las preguntas formuladas a la Sala se refiere concretamente a la expedición del certificado judicial cuando la pena fue cumplida o declarada prescrita, pero el delito corresponde a una causal intemporal de inhabilidad.

Brevemente se recuerda que la Constitución y la ley identifican como inhabilidades aquellas situaciones concretas que impiden, a quienes estén incurso en ellas, inscribirse y ser elegidos para cargos y empleos públicos o vincularse al Estado por nombramiento o contrato. Por regla general las inhabilidades tienen un límite en el tiempo. Sin embargo, por expreso mandato constitucional, aquellas relacionadas con antecedentes penales, relativos por ejemplo a delitos contra el patrimonio del Estado, son permanentes y configuran las denominadas intemporales⁶¹⁰.

La proporcionalidad y razonabilidad de dichas inhabilidades, ha dicho la Corte Constitucional, proviene del mismo texto constitucional, por cuanto “su consagración no reposa en la salvaguarda de derechos individuales, sino en la manifiesta necesidad de garantizar y hacer prevalecer el interés general”⁶¹¹, propio de la función pública.

La Sala resalta que, a partir del artículo 122, inciso 5, de la Constitución Política, que originalmente establecía: *“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas”*, dos sucesivas reformas a esta disposición han hecho más riguroso y omnicomprensivo el estatuto constitucional de las inhabilidades relacionadas con antecedentes judiciales.

En efecto, mediante el Acto Legislativo 1 de 2004, el citado inciso 5 quedó de la siguiente manera: *“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la*

609 Consultada en la sede electrónica www.senado.gov.co el 17 de junio de 2011.

610 Cfr. Artículo 122, 179 num. 1, 197, 232, 249, 264 y 267 de la Constitución Política, entre otros.

611 Corte Constitucional, sentencia C- 209 de 2000. Pueden consultarse también las sentencias C-037 de 1996, C-111 de 1998, C-952 y 1212 de 2001, C-372 y 948 de 2002.

ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”.

Posteriormente, mediante Acto Legislativo 1 de 2009, artículo 4, el aludido inciso fue objeto de una nueva modificación en los siguientes términos, siendo esta la norma hoy vigente:

“ARTICULO 4. El inciso final del artículo 122 de la Constitución Política quedará así:

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”.

Es evidente que la inclusión de nuevas conductas punibles que dan lugar a la inhabilidad intemporal (pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico), tiene el propósito de que se cumplan cabalmente los principios constitucionales de transparencia y moralidad, así como materializar la prevalencia del interés general sobre el particular (art. 1°), todo con el ánimo de lograr la excelencia e idoneidad del servicio público y la contratación estatal, “mediante la certidumbre acerca de los antecedentes intachables de quien haya de prestarlo”.⁶¹² En consecuencia, ¿cómo debe expedirse el certificado judicial cuando la pena fue cumplida o declarada prescrita, pero el delito corresponde a una causal intemporal de inhabilidad?

Lo que la Constitución exige para los fines mismos de la norma es que en los casos de inhabilidades intemporales, uno de los requisitos constitucionales para ser inscrito o elegido, o para el ejercicio de cargos públicos o para contratar con el Estado, es la ausencia de antecedentes judiciales. Es claro, por tanto, que la

612 Corte Constitucional, sentencia C – 952.

certificación sobre la ausencia o no de tales antecedentes no obedece a un propósito de interés particular, sino que se relaciona directamente con el ejercicio de la función pública, así como con el interés público ínsito en la contratación estatal. Motivo por el cual lo que necesariamente subyace a la regla constitucional que consagra las inhabilidades intemporales por antecedente judicial es la publicidad de tales antecedentes, ya que no de otra manera podría cumplirse la guarda de la “inobjetabilidad del servidor público, especialmente en cuanto se trate de funciones de gran responsabilidad”⁶¹³.

Así las cosas, el fundamento jurídico del certificado de antecedentes judiciales que debe expedir el DAS, en los casos de la inhabilidades intemporales como las previstas en el artículo 122 inciso final de la Constitución, es cada una de las normas constitucionales que las establecen⁶¹⁴. En estos casos, y a solicitud de autoridad competente, el DAS deberá certificar la existencia de antecedentes judiciales, aún en el caso de que la pena se haya cumplido o declarado prescrita.

Con base en las premisas anteriores,

LA SALA RESPONDE

“1. ¿Cuál es la posición jurisprudencial que debe acatar la entidad, teniendo en cuenta que las decisiones tomadas en ambas posiciones son fallos de tutela con efectos inter partes?”

“2. ¿Cómo consecuencia de lo anterior debe o no retirarse la frase REGISTRA ANTECEDENTES de los certificados de antecedentes judiciales que se expidan a los ciudadanos?”

“3. En caso que la posición jurisprudencial adoptada sea la segunda, ¿la modificación realizada con base en dicha posición por el párrafo 1º del artículo 1º de la Resolución 750 de 2010 al párrafo del artículo primero de la Resolución 1157 de 2008 se encuentra debidamente realizada?”

Los fallos de tutela analizados en el presente concepto coinciden en afirmar que las leyendas adoptadas por el DAS en las resoluciones 1157 de 2008 y 750 de 2010 para certificar la información sobre antecedentes judiciales que reposa en sus archivos, son violatorias de los derechos fundamentales a la intimidad, habeas data y buen nombre, por lo que no existe justificación constitucional válida para que la entidad estatal encargada de la custodia de los antecedentes penales de los ciudadanos, los divulgue o publicite con destino a terceros no autorizados por la ley para exigirlos ni para conocerlos.

“4. ¿Cómo debe expedirse el certificado judicial en el caso que una persona allegue constancia de que su pena fue cumplida o le fue declarada prescrita pero

613 Ibid.

614 Cfr. Artículo 179 num. 1, 197, 232, 249, 264 y 267 de la Constitución Política, entre otros.

el delito que cometió fue el de las llamadas inhabilidades intemporales establecidas en los artículos 122, 179 numeral 1, 197, 232, 249, 264 y 267 de la Constitución Política de Colombia?”

En tratándose de las denominadas inhabilidades intemporales, que por su régimen constitucional se encuentran vigentes en todo momento, el certificado de antecedentes judiciales deberá hacerlos constar con toda fidelidad, aún en el caso de que la pena haya sido cumplida o declarada prescrita, siempre y cuando dicho certificado sea solicitado o exigido por las autoridades competentes, y únicamente en aquellos casos en que constitucional o legalmente esté previsto que deban recabar esta información para los asuntos de su competencia.

Por el contrario, si el certificado de antecedentes judiciales se expide para fines particulares o a solicitud de terceros, el DAS debe abstenerse de incluir cualquier anotación que directa ni indirectamente dé noticia sobre la existencia de antecedentes judiciales, so pena de atentar contra derechos constitucionales fundamentales.

Transcribese al señor Director del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y 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. Luís Fernando Álvarez Jaramillo, Consejero. William Zambrano Cetina Consejero. Jenny Galindo Huertas, Secretaria de la Sala.

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

Fecha: 12/10/2011

Consejero Ponente: *Luis Fernando Álvarez Jaramillo*

Levantamiento de la reserva mediante auto del 9 de noviembre de 2015

El Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, solicitó a la Sala absolver una consulta relacionada con los acuerdos de procedimiento simplificado que puede celebrar el Presidente de la República en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y, en particular, sobre el marco jurídico que debe observar el titular del Ejecutivo para atender, de ser el caso, la exhortación que el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas (en adelante CSONU), realizó a los Estados Miembros a través de resolución 1386 de 2001, para el aporte de: “...*personal, equipo y otros recursos de asistencia para la seguridad...*” en Afganistán.

I. Antecedentes

Con base en la resolución 1386 del CSONU y sus posteriores renovaciones y modificaciones⁶¹⁵, el Gobierno Nacional evalúa la posibilidad de vincular a Colombia a las operaciones de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad en Afganistán (en adelante “ISAF”, por sus siglas en inglés).

En este sentido indicó que la ISAF es una alianza internacional de Estados que tuvo origen en las disposiciones provisionales para Afganistán⁶¹⁶, documento suscrito en Bonn el 5 de diciembre de 2001 (en adelante el Acuerdo de Bonn). En el anexo 1 de ese instrumento se solicita a la comunidad internacional la conformación de una Fuerza Internacional de Seguridad para asistir en: i) el establecimiento y entrenamiento de las nuevas fuerzas armadas de seguridad afganas, ii) el mantenimiento de la seguridad en Kabul y sus alrededores⁶¹⁷ y, iii) la rehabilitación de la infraestructura de Afganistán.

Seguidamente alude a la resolución 1383 de 2001 del CSONU que “*hizo suyo*” el Acuerdo de Bonn, y a la resolución 1386 de 2001 del CSONU que estableció el mandato y los aportes de la ISAF, cuyos aspectos más relevantes se transcribirán y analizarán por la Sala en la parte motiva de este concepto.

⁶¹⁵ Resoluciones 1413 de 2002, 1444 de 2002, 1471 de 2003, 1510 de 2003, 1536 de 2004, 1563 de 2004, 1588 de 2005, 1623 de 2005, 1659 de 2006, 1662 de 2006, 1707 de 2006, 1746 de 2007, 1776 de 2007, 1806 de 2008, 1817 de 2008, 1833 de 2008, 1868 de 2009, 1890 de 2009, 1917 de 2010 y 1943 de 2010.

⁶¹⁶ El denominado “Acuerdo de Bonn” de 2001 fue supervisado por el Secretario General de la ONU entre los participantes de las Conversaciones de la ONU sobre Afganistán, cuyo objeto fue crear una Administración Interina que sucediera al depuesto régimen Talibán.

⁶¹⁷ La resolución 1510 de 2003 del Consejo de Seguridad de la ONU amplió el mandato de la ISAF a todo el territorio de Afganistán.

Relató que con posterioridad a las mencionadas resoluciones, la Administración Interina de Afganistán e ISAF suscribieron el “Acuerdo Técnico Militar” de enero de 2002, que desarrolló las atribuciones, privilegios e inmunidades que se reconocen al personal de ISAF, aplicable a todos los países participantes de esa Fuerza.

Afirmó que el artículo 5 del mismo instrumento, denominado “TAREAS ILUSTRATIVAS DE ISAF”, permite inferir que su misión, comprende, entre otras, a) asistencia para el establecimiento de futuras estructuras de seguridad, b) asistencia para la reconstrucción y, c) identificación, coordinación de entrenamiento y asistencia de tareas para las futuras fuerzas de seguridad de Afganistán, así como la posibilidad de realizar “*patrullaje de protección*”. Sobre esto último, la consulta textualmente señala:

“El término patrullaje de protección, por su evolución internacional, es conocido hoy en doctrina militar colombiana como ‘operaciones de control territorial’. En su definición corresponde a aquellas actividades ejecutadas por las unidades militares de combate, con el fin de neutralizar al adversario, con presencia en determinadas áreas, con miras a su continuidad a fin de brindar protección de forma permanente en el área establecida. En tal sentido, en doctrina militar colombiana el ejercicio del control territorial en un área comprende: Actividades de Ocupación, Registro, Desminado y Control Militar de Área”.

Manifestó el señor Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República que a partir de agosto de 2003 el liderazgo de ISAF, que venía rotándose cada seis meses entre los diferentes Estados de la coalición, fue asumido de manera permanente por la Organización del Tratado del Atlántico Norte -OTAN. En ese sentido, precisa que ISAF no es administrada directamente por el Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas. En consecuencia, de concretarse la vinculación de Colombia a ISAF, los arreglos pertinentes tendrían lugar entre la OTAN (administradora de esa operación) y el Estado Colombiano y no entre la ONU y Colombia.

Informó que el Gobierno de la República de Colombia ha entrado en contacto con los mandos militares y políticos de la OTAN para integrar la ISAF y de esta manera contribuir al esfuerzo de estabilización y seguridad de Afganistán. Para esto, se hace necesaria la suscripción de los respectivos Acuerdos de Participación y Financiación con la OTAN tendientes a formalizar la participación colombiana.

Aclaró que de conformidad con lo estipulado en el numeral 2 de la resolución 1386 ya citada, en septiembre de 2010 el Comando Aliado de OTAN solicitó a Colombia como aporte a la ISAF el envío de personal de la Fuerza Pública de Colombia para realizar las siguientes actividades:

Entrenamiento, asesoría y supervisión de misiones a las Fuerzas de Defensa y Seguridad afganas.

Participación en misiones de mantenimiento de la seguridad “(*incluye actividades relacionadas con patrullaje de protección*)”.

Sostuvo que la ISAF es una Fuerza Multinacional de Seguridad que se encuentra conformada por aporte militar y financiero de Estados miembros⁶¹⁸ y no miembros⁶¹⁹ de la OTAN. Así mismo, los Acuerdos de Participación y Financiación necesarios para formalizar la participación colombiana, son documentos que ya han sido suscritos por países No - OTAN contribuyentes a dicha Fuerza Internacional.

En estas condiciones y en consideración a que el Estado colombiano no pertenece a la OTAN, en la consulta se interroga sobre lo siguiente: “(i) si el marco jurídico de la Carta de Naciones Unidas ampara la decisión de integrar ISAF y, en este último supuesto, cuáles serían los procedimientos que habrían de agotarse para el efecto, o (ii) si su participación en ISAF podría formalizarse a través de acuerdos de procedimiento simplificado celebrados con esa organización y suscritos por el Presidente de la República en ejercicio de sus atribuciones constitucionales”.

Después de referirse a lo que denominó “marco jurídico vigente”, relativo a los tratados internacionales, los acuerdos simplificados y las facultades del Presidente de la República para dirigir las relaciones internacionales y como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República, acudiendo a jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, la solicitud de consulta presenta los siguientes antecedentes históricos que, no obstante ser anteriores a la Constitución Política de 1991, a juicio del consultante ilustran el asunto sometido a estudio:

Participación de un batallón de infantería y una fragata en la Guerra de Corea, materializada por el decreto 3230 de 1950, los cuales fueron puestos al servicio de “*las Fuerzas Armadas de las Naciones Unidas*”.

Participación del Batallón Colombia en la Fuerza Multilateral de Observación de Naciones Unidas -MFO- en el Sinaí con motivo de los acuerdos de Camp David, operación de paz que no surgió directamente de las Naciones Unidas sino del protocolo al Tratado de Paz suscrito por Egipto e Israel en 1981.

Afirmó que en su momento el Presidente de la República expidió el decreto 692 de 1982 y se suscribió un “*acuerdo de cooperación con Naciones Unidas perfeccionado mediante canje de notas suscrita por el entonces ministro de Defensa Nacional*”. Advierte que la más reciente modificación de este acuerdo se surtió por los canales diplomáticos en el año 2001.

Finalmente, es preciso manifestar que si bien en la consulta se anunciaron unos documentos como sustento de la misma, estos no fueron allegados al momento

618 Albania, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Croacia, República Checa, Dinamarca, Estonia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovaquia, Eslovenia, España, Turquía, Reino Unido y Estados Unidos de América.

619 Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bosnia Herzegovina, Finlandia, Georgia, Irlanda, Jordania, República de Corea, Malasia, Mongolia, Montenegro, Nueva Zelanda, Singapur, Suecia, Macedonia, Tonga, Ucrania, Emiratos Árabes Unidos

de su radicación en la Sala, por lo que el Consejero Ponente los solicitó por Auto del 13 de julio 2011. Mediante oficio del 21 de ese mismo mes y año se respondió ese requerimiento pero dado que los documentos remitidos no estaban traducidos oficialmente se exigió cumplir con tal requisito mediante Auto del 17 de agosto de 2011, el cual fue resuelto mediante oficio del 25 de agosto del año en curso, emanado de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Con base en los antecedentes mencionados en precedencia, se formula a la Sala las siguientes **PREGUNTAS**:

“¿Qué clase de acuerdos o convenios internacionales de procedimiento simplificado puede suscribir y poner en vigor el Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones que la Constitución Política le otorga y cuáles serían los requisitos y el alcance de esos instrumentos que por su naturaleza no precisan el trámite constitucional previsto para los tratados?”

“Considerando que la operación de ISAF fue autorizada por resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU expedidas en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas que, además, hicieron ‘suyo’ el Acuerdo de Bonn, si bien esa operación está bajo coordinación de la OTAN: ¿Cabe interpretar que la participación de Colombia en ISAF puede desarrollarse en el marco del sistema de la ONU?”

“¿Puede Colombia, bajo el marco de la ISAF, realizar tareas de asistencia, entrenamiento y supervisión de misiones para consolidar las futuras fuerzas de seguridad de Afganistán?”

“¿Podría Colombia, como miembro de la ISAF, participar en actividades operacionales de mantenimiento de seguridad que involucren un posible uso de la fuerza legítima en Afganistán?”

“¿Se puede concretar esa participación mediante la suscripción de un acuerdo simplificado de carácter derivado en desarrollo de la Carta de las Naciones Unidas, en particular del Capítulo VII de ese instrumento y/o de la propia Resolución del Consejo de Seguridad que autorizó el establecimiento de ISAF?”

“En sentido similar: ¿Podría interpretarse que la participación en ISAF se puede llevar a efecto en el marco de la Carta de Naciones Unidas en aplicación del artículo 23 de la Ley 137 de 1994?”

“¿Es posible formalizar la vinculación de Colombia a la referida fuerza internacional mediante un acuerdo de procedimiento simplificado que se suscriba al margen de un tratado solemne?”

“En el mismo sentido: ¿Cabe interpretar que la decisión de formar parte de la ISAF se puede llevar a efecto con la suscripción por parte del señor Presidente de

la República de un acuerdo con fundamento en los numerales 2 y 3 del artículo 189 de la Constitución Política?”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

1. Delimitación del problema jurídico.

Los antecedentes de la consulta y las preguntas formuladas indican que el Gobierno Nacional evalúa la posibilidad de vincular a Colombia a las operaciones de la ISAF, para lo cual ha considerado acudir a instrumentos jurídicos como los acuerdos simplificados y/o el marco que para el caso concreto se ha establecido en las resoluciones del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas (CSONU).

De esta manera, la Sala deberá establecer si tales instrumentos le permiten al Estado colombiano adquirir los compromisos internacionales que se derivarían de su participación en la ISAF.

Con el fin de tener claridad y certeza sobre el marco jurídico aplicable, la metodología que seguirá la Sala para solucionar el asunto planteado implica analizar inicialmente: *i)* la noción, alcance y límites de los acuerdos simplificados, *ii)* el alcance del Capítulo VII de la Carta de la ONU, y *iii)* la naturaleza jurídica y carácter vinculante de las resoluciones emitidas por el CSONU. Con base en tal análisis se determinará la forma en que jurídicamente resultaría viable la participación en la ISAF, lo cual permitirá absolver las preguntas formuladas.

2. Los acuerdos simplificados. Noción, características, alcance y límites.

La Corte Constitucional al asumir el conocimiento del “Acuerdo complementario para la cooperación y la asistencia técnica en defensa y seguridad entre los gobiernos de la República de Colombia y los Estados Unidos de América”⁶²⁰ suscrito en Bogotá el 30 de octubre de 2009, emitió el Auto – 288 de agosto 17 de 2010.

En esa providencia se hace un recuento de la jurisprudencia de la Corte sobre la materia⁶²¹, reiterándose que los acuerdos simplificados se justifican en la necesidad de “dinamizar las relaciones internacionales, especialmente en asuntos de cooperación técnica o económica”, sujetos a las siguientes limitaciones:

A través de ellos el Presidente de la República no puede *adquirir obligaciones internacionales* que excedan, amplíen, rebasen o superen las que han sido previamente asumidas mediante un tratado celebrado con las formalidades que exigen esos instrumentos;

⁶²⁰ En virtud a las acciones públicas que contra dicho instrumento presentaron diferentes ciudadanos.

⁶²¹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-130/95, C-170/95, C-400/98, C-710/98, 363/00, C-303/01, C-533/04, C-1144/04, C-154/05 y C-239/06, entre otras.

Los acuerdos simplificados no pueden generar *nuevas obligaciones* sino limitarse a desarrollar las *adquiridas previamente* a través de un tratado solemne, caso en el cual no requieren aprobación parlamentaria ni control previo de constitucionalidad, y

Como son un instrumento de ejecución de un tratado previamente celebrado y sometido a todas las formalidades, los acuerdos simplificados no pueden implicar la modificación o adición del tratado que les sirve de fundamento.

La Corte Constitucional insiste en la posición sostenida en la sentencia C – 379 de 2009 en donde afirmó que si los acuerdos simplificados (también conocidos como convenios complementarios), exceden los fines del tratado inicial, o lo modifican, o *crean compromisos nuevos, distintos o adicionales*, deberán someterse a los procedimientos constitucionales de aprobación del Congreso y revisión de constitucionalidad por la Corte Constitucional, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 150 numeral 16 y 241 de la Constitución Política.

Es clara la jurisprudencia de la Corte sobre la noción, alcance, características y limitaciones de los acuerdos simplificados. Ahora, comoquiera que es clara la prohibición para que a través de los acuerdos simplificados se asuman nuevas obligaciones internacionales, cabe preguntarse qué se entiende por tales.

En el Auto 288 de 2010 la Corte Constitucional reitera los criterios que la jurisprudencia de esa Corporación ha identificado para determinar si un acuerdo simplificado regula asuntos propios de un “tratado solemne”⁶²², en aquellos eventos en los cuales impone obligaciones diferentes o que exceden el alcance de los compromisos adquiridos con anterioridad, a saber:

Quando el acuerdo no es “desarrollo directo de un tratado negociado, suscrito, aprobado y revisado en la forma prevista en la Constitución Política”⁶²³;

Quando el acuerdo no busca “dar cumplimiento a las cláusulas sustantivas de un tratado vigente”, de manera que excede “las ya contraídas por el Estado colombiano”⁶²⁴;

622 En el derecho internacional, la Convención de Viena de 1969 define los tratados en el artículo 2, en los siguientes términos:

“a) Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. (Resaltado fuera de texto).

Concepto similar acoge el artículo 2° de la Convención de Viena de 1986, sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales. Dice la norma:

“a) Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito:

i) Entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; o

ii) Entre organizaciones internacionales,

ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

623 Corte Constitucional, Sentencia C-363 de 2000.

624 Corte Constitucional, Sentencia C-363 de 2000. Ver también la Sentencia C-303 de 2001

Cuando el acuerdo se refiere a materias que no corresponden a la “órbita exclusiva del Presidente de la República, directamente o por delegación, como director de las relaciones internacionales”⁶²⁵;

Cuando el acuerdo no es un instrumento de ejecución de un proyecto específico dentro del marco de un tratado ratificado por Colombia, sino que implica “la asunción de compromisos adicionales a los estipulados en el tratado principal”⁶²⁶;

Cuando el acuerdo no se enmarca “dentro de los propósitos y objetivos” del tratado principal⁶²⁷, y

Cuando el acuerdo pretenda modificar el alcance del tratado principal⁶²⁸ o alterar una obligación en él definida para convertirla en una sustancialmente distinta de la originaria. Lo mismo ocurre en asuntos sometidos a reserva de ley o respecto de los cuales la Constitución señala un trámite específico para su aprobación, porque ello implicaría modificar el contenido del tratado sin las formalidades que la propia Constitución exige.

Expuesta la noción, características, alcances y límites de los acuerdos simplificados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pasará la Sala a examinar lo dispuesto en la Carta de la ONU y, en particular su Capítulo VII, que constituye el tratado principal ratificado por Colombia.

3. La Carta de la Organización de Naciones Unidas (ONU).

Colombia es miembro fundador y signatario de la Carta de la ONU, aprobada por la ley 13 de 1945⁶²⁹. La Carta de la ONU es un tratado multilateral y en el artículo 1, relativo a los propósitos de la Organización, establece:

“Artículo 1. Los propósitos de las Naciones Unidas son:

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;

2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;

⁶²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-363 de 2000.

⁶²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-1439 de 2000.

⁶²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-301 de 2001, C-154 de 2005 y C-241 de 2005.

⁶²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-301 de 2001, C-154 de 2005 y C-241 de 2005.

⁶²⁹ Publicada en el Diario Oficial 25972 del 27 de octubre de 1945.

3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y

4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes”.

Por su parte, el artículo 2 señala los principios aplicables para la realización de los propósitos de la ONU:

“Artículo 2. Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios:

1. La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros.

2. Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta.

3. Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.

4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

5. Los Miembros de la Organización prestarán a ésta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva.

6. La Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales.

7. Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII”.

Del texto de las normas transcritas, puede inferirse sin dubitación alguna que el propósito de la ONU es mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal

fin puede tomar decisiones colectivas para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz. Tales medidas pueden ser preventivas y coercitivas para lo cual los Estados miembros “prestarán toda clase de ayuda”, destacándose que estas últimas se adoptarán de acuerdo con lo prescrito en el Capítulo VII de la Carta de la ONU.

Ahora, de una manera más concreta el artículo 25 de la Carta de la ONU dispone que “los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las *decisiones* del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta”. Y el Artículo 48 indica en el numeral 1 que “la acción requerida para llevar a cabo las *decisiones* del Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales será ejercida por todos los Miembros de las Naciones Unidas o por algunos de ellos, según lo determine el Consejo de Seguridad”, y el numeral 2 que “dichas **decisiones** serán llevadas a cabo por los Miembros de las Naciones Unidas directamente y mediante su acción en los organismos internacionales apropiados de que formen parte”.

Lo expuesto permite sostener que de acuerdo con la Carta de la ONU, el Consejo de Seguridad puede adoptar decisiones para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, que se sujetarán a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta y que las decisiones así adoptadas obligarían a los Estados miembros de la ONU.

Por tanto, le corresponde a la Sala revisar las funciones del Consejo de Seguridad de la ONU, así como lo previsto en el Capítulo VII de la Carta de la ONU.

4. El Consejo de Seguridad de la ONU y sus funciones.

De conformidad con el Capítulo V de la Carta de la ONU, el Consejo de Seguridad está integrado por 15 Estados miembros, cinco de ellos permanentes (China, Francia, la Federación de Rusia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América) y otros diez que son elegidos para un período de dos años siguiendo un criterio que garantice una distribución geográfica equitativa. La responsabilidad primordial del Consejo es mantener la paz y la seguridad internacionales, tal como lo dispone el artículo 24 del citado Capítulo:

“Artículo 24

“1. A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad.

2 En el desempeño de estas funciones, el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas. Los poderes otorgados al Consejo de Seguridad para el desempeño de dichas funciones quedan definidos en los Capítulos VI, VII, VIII y XII.

3. *El Consejo de Seguridad presentará a la Asamblea General para su consideración informes anuales y, cuando fuere necesario, informes especiales”.*

Analizando lo dispuesto en el Capítulo V de la Carta de la ONU, las funciones y facultades del Consejo de Seguridad son:

- Mantener la paz y la seguridad internacionales de acuerdo con los principios y propósitos de las Naciones Unidas;
- Investigar toda controversia o situación susceptible de conducir a fricción internacional;
- Recomendar los métodos de ajuste de tales controversias o las condiciones de un arreglo pacífico;
- Elaborar planes para el establecimiento de un sistema de regulación de los armamentos;
- Determinar la existencia de una amenaza a la paz o un acto de agresión y recomendar las acciones que deben adoptarse;
- Exhortar a los Estados Miembros a aplicar sanciones económicas y otras medidas que no impliquen el uso de la fuerza para impedir o detener dicha agresión;
- Adoptar acciones militares contra un país agresor;
- Recomendar la admisión de nuevos Estados Miembros;
- Recomendar a la Asamblea General el nombramiento del Secretario General y, junto con la Asamblea, elegir los jueces de la Corte Internacional de Justicia.

Como puede verse, son múltiples las funciones que puede cumplir el Consejo de Seguridad de la ONU como “investigar”, “recomendar”, “elaborar”, “exhortar”, “determinar”, etc. No obstante, dado los antecedentes y el contexto de la consulta formulada, resulta necesario acudir al Capítulo VII de la Carta de la ONU con el fin de determinar su alcance para los efectos de la consulta formulada.

5. El Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

Se titula “Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión”. Comienza su normativa con el artículo 39 que dispone:

“Artículo 39. El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará

recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

Esta norma permite sostener que las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU pueden contener recomendaciones (derecho blando) o decisiones de obligatorio cumplimiento. Sobre el particular la doctrina en el derecho comparado insiste: “debe tenerse en cuenta a este respecto, que la distinción entre decisiones y recomendaciones presenta una importancia capital, ya que solamente las primeras serán obligatorias para todos los estados miembros, según previene el artículo 25”⁶³⁰ de la Carta de la ONU.

Ahora, frente a las medidas a adoptar remite a los artículos 41 y 42 que son del siguiente tenor:

“Artículo 41. El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas”.

“Artículo 42. Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas”.

Como puede advertirse con la simple lectura de las normas transcritas, las determinaciones que en cada caso adopte el Consejo de Seguridad pueden conllevar medidas o sanciones que no impliquen el uso de la fuerza armada (artículo 41) o medidas que sí involucran dicho uso (artículo 42).

Dado que de los antecedentes y el contexto relatado en la consulta, se parte del supuesto del uso de la fuerza en el territorio de Afganistán, estima la Sala que el artículo 43 de la Carta de la ONU, resulta de la mayor importancia:

“Artículo 43.

Todos los Miembros de las Naciones Unidas, con el fin de contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, se comprometen a poner a disposición del Consejo de Seguridad, cuando éste lo solicite, y de conformidad con un convenio especial o con convenios especiales, las fuerzas

630 GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ Luis I. y SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz Andrés. Curso de derecho internacional público. Editorial Civitas, Madrid. Sexta Edición, 1998. Páginas 882 y 883.

armadas, la ayuda y las facilidades, incluso el derecho de paso, que sean necesarias para el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales.

Dicho convenio o convenios fijarán el número y clase de las fuerzas, su grado de preparación y su ubicación general, como también la naturaleza de las facilidades y de la ayuda que habrán de darse.

El convenio o convenios serán negociados a iniciativa del Consejo de Seguridad tan pronto como sea posible; serán concertados entre el Consejo de Seguridad y Miembros individuales o entre el Consejo de Seguridad y grupos de Miembros, y estarán sujetos a ratificación por los Estados signatarios de acuerdo con sus respectivos procedimientos constitucionales”. (Resalta la Sala).

De la norma transcrita se pueden extraer los siguientes elementos:

Es claro que para contribuir al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales puede recurrirse al uso de la fuerza y para ello el Consejo de Seguridad podrá solicitar el concurso de los Estados Miembros;

Si bien los Estados Miembros se comprometen a poner a disposición del Consejo de Seguridad la fuerza armada por él solicitada, no es menos cierto que dicha obligación queda supeditada a la celebración de convenio o convenios especiales que para el efecto se suscriban;

Tales convenios están referidos a aspectos que no están estipulados en la Carta de la ONU como tratado principal y que constituyen obligaciones nuevas que asume el Estado participante de la operación armada, entre otras: *i)* el número y clase de las fuerzas; *ii)* su grado de preparación; *iii)* su ubicación general; *iv)* la naturaleza de las facilidades y de la ayuda que habrá de darse, y *v)* el derecho de paso, por sólo citar las que de manera enunciativa trae la norma en comento.

El convenio o convenios especiales serán concertados entre el Consejo de Seguridad y Miembros individuales o entre el Consejo de Seguridad y grupos de Miembros;

Por mandato mismo de la Carta de la ONU, el convenio especial estará sujeto a ratificación por los Estados signatarios de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.

El análisis anterior permite sostener que aún si la decisión de utilizar la fuerza constituyera un mandato obligatorio, por estar contenido en una resolución del Consejo de Seguridad que empleara un lenguaje coercitivo, tal determinación se encuentra supeditada a la celebración de un convenio especial. Y dichos convenios en modo alguno pueden ser considerados como el “desarrollo directo de un tratado” o “un instrumento de ejecución de un tratado”, como sería el

caso de los acuerdos simplificados, sino que son instrumentos internacionales calificados por la misma Carta de la ONU como “especiales”, en virtud de los cuales, por la naturaleza de los compromisos que se adquieren, se constituyen en *obligaciones nuevas* que asume el Estado participante de la operación armada, y por tanto estarán sujetos a *ratificación* por los Estados signatarios observando sus respectivos procedimientos constitucionales, según el expreso mandato del artículo 43 de la Carta de la ONU, que no sobra reiterar, fue incorporada a la legislación interna por la ley 13 de 1945.

En conclusión, la ausencia de los convenios especiales previstos en el artículo 43 de la Carta de la ONU, en donde se establezcan claramente las nuevas obligaciones que el Estado colombiano asumiría, imposibilita su participación en una operación armada.

Ahora, si eventualmente se pactara dicho convenio entre el Consejo de Seguridad y el Estado colombiano, tal instrumento deberá cumplir con el trámite constitucional previsto para los tratados, que requieren en el caso colombiano, como se ha explicado, de la participación de las tres ramas del poder público, cada una en el ámbito de su competencia, tal como afirma la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la materia, cuyo último pronunciamiento se encuentra en el Auto 288 de 2010, comentado en este concepto.

La eventual celebración de tales acuerdos tendría sustento en el artículo 9 de la Constitución, según el cual las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. Igualmente, el artículo 226 Superior establece que el Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.

Por supuesto que la iniciativa para negociar tales convenios o acuerdos corresponde al Presidente de la República de conformidad con el numeral 2o. del artículo 189 de la Carta Política, comoquiera que es el Presidente, como Jefe de Estado, quien dirige las relaciones internacionales y en desarrollo de las mismas está facultado para “...celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios”, para lo cual, podrá otorgar plenos poderes a plenipotenciarios para que adelanten las negociaciones y suscriban los mencionados instrumentos.

Lo expuesto permite concluir que la ausencia de los precitados convenios especiales impide que el Estado colombiano envíe tropas o participe en la ISAF, tal como se plantea en la consulta formulada.

Ahora, y sin perjuicio de lo ya expuesto, dado que la consulta alude a resoluciones emanadas del Consejo de Seguridad de la ONU, se estima procedente analizar ese marco jurídico.

6. Las resoluciones del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas (CSONU). Naturaleza jurídica y carácter vinculante.

6.1. Las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU. Carácter obligatorio de algunas de ellas.

Según la doctrina extranjera⁶³¹, se debe estudiar el tratado constituyente de las organizaciones internacionales para determinar si las resoluciones de sus órganos son obligatorias o no. Para el caso de la consulta, como se ha expuesto, el tratado constituyente es la Carta de la ONU, el cual fue ratificado por Colombia, y en donde se encuentran las cláusulas sustantivas que deben observarse por los Estados Miembros.

De conformidad con el estudio que en este concepto se ha realizado de la Carta de la ONU, las resoluciones del Consejo de Seguridad serían obligatorias siempre y cuando sean adoptadas conforme a esa Carta, pero en todo caso, habrá de analizarse su contenido, toda vez que es posible que dichas resoluciones contengan decisiones obligatorias u otro tipo de determinaciones que no lo son.

La anterior posición ha sido acogida por la misma ONU, como consta en el documento elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –UNODC–, titulado “cuestiones de derecho internacional de la lucha contra el terrorismo”⁶³², cuyo numeral 1.1.6. se transcribe in extenso por constituir un aporte central para la solución de la presente consulta:

“Las resoluciones del Consejo de Seguridad pueden ser de carácter estricto o flexible (derecho blando) y es frecuente que incluyan ambos elementos. Las resoluciones del Consejo de Seguridad basadas en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas que utilizan un lenguaje coercitivo son vinculantes para todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Esto incluye, por ejemplo, la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, que fue aprobada a raíz de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 y, entre otras cosas, obliga a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas a tomar las medidas necesarias para impedir la comisión de actos de terrorismo, a tipificar como delito la ayuda para llevar a cabo actividades terroristas, denegar apoyo financiero y refugio a los terroristas, y a ‘prestarse el mayor grado posible de asistencia en relación con investigaciones o procesos penales relativos a actos de terrorismo’.

El fundamento del carácter vinculante de algunas resoluciones del Consejo de Seguridad radica en la especial naturaleza del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. De acuerdo con ese Capítulo, el Consejo de Seguridad puede adoptar medidas coercitivas para mantener o restaurar la paz y la seguridad

631 PASTOR RIDRUEJO, José A. Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales. Editorial Tecnos, Madrid. Octava edición, 2001. Página 152.

632 Disponible en la sede electrónica www.unodc.org/unodc/en/terrorism/technical-assistance-tools.html. Consultada el 16 de septiembre de 2011.

internacionales. Con arreglo a esos artículos de la Carta⁶³³ los Estados Miembros están obligados por el derecho internacional a aplicar las decisiones del Consejo de Seguridad, incluso en el caso de que dichas disposiciones estuvieran en conflicto con el derecho interno.

Según lo expuesto, las resoluciones del Consejo de Seguridad basadas en el Capítulo VII pueden contener elementos de derecho vinculante y derecho blando⁶³⁴. Para determinar si un elemento concreto es vinculante para todos los Estados Miembros, es preciso analizar los términos que se han utilizado al expresarlo. Son de obligado cumplimiento para los Estados las disposiciones que comienzan por la frase de que el Consejo de Seguridad ‘decide que los Estados...’, mientras que en las disposiciones no vinculantes el Consejo de Seguridad emplea verbos como ‘exhorta’, ‘insta’, ‘alienta’, ‘toma nota’, etc.’. (Los paréntesis son textuales. Las notas al pie de página y las negrillas son de la Sala).

Visto como está que sólo las resoluciones dictadas por el Consejo de Seguridad de la ONU en virtud del Capítulo VII de la carta de esa organización en las que se adopten *decisiones* que tengan un lenguaje *coercitivo*, resultan obligatorias para los Estados Miembros, y sin perjuicio de lo expuesto en el punto 5 de este concepto, la Sala examinará el texto de la resolución citada en la consulta, con el fin de determinar si ella tendría carácter obligatorio para Colombia.

6.2. La resolución 1386 de 2001 del Consejo de Seguridad de la ONU.

Previo el Capítulo de consideraciones, el Consejo de Seguridad “Actuando a estos efectos de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas,

“1. Autoriza, como se prevé en el anexo 1 del Acuerdo de Bonn, el establecimiento durante 6 meses de una Fuerza internacional de asistencia para la seguridad que apoye a la Autoridad Provisional afgana en el mantenimiento de la seguridad en Kabul y las zonas circundantes, para que la Autoridad Provisional afgana y el personal de las Naciones Unidas puedan realizar sus actividades en un entorno seguro;

⁶³³ Cita los artículos 25 y 48 comentados en el punto 3.1. de este concepto.

⁶³⁴ Sobre la locución “derecho blando” (también conocida en la doctrina como *soft law*), el documento en cita señala: “La mayoría de resoluciones, declaraciones, recomendaciones y actos similares de las organizaciones internacionales no son jurídicamente vinculantes pero pueden ser fuentes útiles de compromisos políticos y a menudo también de normas emergentes del derecho internacional. En su conjunto, ese tipo de instrumentos se denominan ‘derecho blando’. Los instrumentos de derecho blando, incluidas las resoluciones de la Asamblea General, son negociados de buena fe por las partes interesadas que en cierto modo esperan que los compromisos no vinculantes adquiridos se cumplan lo más razonablemente posible. Es importante señalar que las declaraciones de derecho blando suelen contener un lenguaje que invita a confiar en que servirán para mejorar la formulación de políticas. Entre los ejemplos de ese tipo de instrumentos figuran las reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal, los principios normativos y reglas relativas a la prevención del delito y justicia penal elaborados por la comunidad internacional en las últimas décadas, como por ejemplo el Tratado modelo de extradición y el Tratado modelo de asistencia recíproca en asuntos penales, ambos aprobados por la Asamblea General en su 68ª reunión plenaria celebrada el 14 de diciembre de 1990”. (Notas al pie suplidas).

2. Exhorta a los Estados Miembros a que aporten personal, equipo y otros recursos a la Fuerza internacional de asistencia para la seguridad e invita a esos Estados Miembros a que informen al mando de la Fuerza y al Secretario General;

3. Autoriza a los Estados Miembros que participen en la Fuerza internacional de asistencia para la seguridad a que adopten todas las medidas necesarias para cumplir su mandato;

4. Exhorta a la Fuerza internacional de asistencia para la seguridad a que trabaje en estrecha consulta con la Autoridad Provisional afgana y con el Representante Especial del Secretario General en el cumplimiento del mandato de la Fuerza;

5. Exhorta a todos los afganos a que cooperen con la Fuerza internacional de asistencia para la seguridad y con las organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales pertinentes, y acoge con satisfacción el compromiso de las partes en el Acuerdo de Bonn de hacer todo lo que esté a su alcance y ejercer su influencia para garantizar la seguridad, con inclusión de la seguridad y la libertad de circulación de todo el personal de las Naciones Unidas y de todo el personal de otra índole de las organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales desplegado en el Afganistán;

6. Toma nota del compromiso contraído por las partes afganas en el Acuerdo de Bonn, en el anexo 1 de ese Acuerdo, de retirar todas sus unidades militares de Kabul y las exhorta a que cumplan ese compromiso en cooperación con la Fuerza internacional de asistencia para la seguridad;

7. Alienta a los Estados vecinos y a otros Estados Miembros a que proporcionen a la Fuerza internacional de asistencia para la seguridad toda la asistencia necesaria que pueda solicitarse, incluidos la autorización de sobrevuelos y el tránsito;

8. Subraya que los gastos de la Fuerza internacional de asistencia para la seguridad serán sufragados por los Estados Miembros participantes de que se trate, pide al Secretario General que establezca un fondo fiduciario para poder encauzar las contribuciones hacia los Estados Miembros o las operaciones pertinentes y alienta a los Estados Miembros a que aporten contribuciones a ese fondo;

9. Pide al mando de la Fuerza internacional de asistencia para la seguridad que, por intermedio del Secretario General, presente informes periódicos sobre los avances logrados en el cumplimiento de su mandato;

10. Exhorta a los Estados Miembros que participen en la Fuerza internacional de asistencia para la seguridad a que presten su asistencia para ayudar a la Autoridad Provisional afgana en el establecimiento de nuevas fuerzas armadas y de seguridad afganas y en su entrenamiento;

11. Decide seguir ocupándose activamente de esta cuestión”.

Como se dijo en el punto anterior, en cada caso concreto debe observarse si la resolución del Consejo de Seguridad emplea un lenguaje coercitivo, para determinar si contiene una decisión obligatoria para los Estados Miembros.

Para el caso de la resolución 1386 de 2001 ese lenguaje brilla por su ausencia y, por el contrario, lo que utiliza son verbos tales como ‘*exhorta*’, ‘*insta*’, ‘*alienta*’, ‘*toma nota*’, etc.’, lo cual significa que se trata de disposiciones no obligatorias, también conocidas como “derecho blando”, según se explicó en ese acápite.

En consecuencia, la exhortación a los Estados Miembros para que “aporten personal, equipo y otros recursos a la Fuerza internacional de asistencia para la seguridad” y la invitación “a esos Estados Miembros a que informen al mando de la Fuerza y al Secretario General”, previstas en el numeral 2 de la resolución 1386, por su lenguaje de “derecho blando”, no es obligatoria.

Por tanto, si la participación en la ISAF solicitada en la resolución 1386 no obliga a los Estados Miembros de la ONU, entre ellos Colombia, la eventual participación de nuestro país en la ISAF no podría tener como fuente para asumir dicho compromiso internacional la citada resolución, por el simple hecho de que ésta, se reitera, no lo obliga.

Observa la Sala que esta interpretación es concordante con lo que ocurre en el derecho comparado: es el caso de España cuyo gobierno tenía la intención de celebrar un acuerdo con Afganistán para el patrocinio de una unidad del Ejército Nacional Afgano. En el preámbulo de dicho acuerdo se hacía referencia a la resolución 1386 de 2001, particularmente a que allí se “*insta*” a los estados miembros a tomar parte de la ISAF.

El gobierno español elevó consulta a su Consejo de Estado con el fin de conocer si existía la necesidad de que dicho acuerdo contara con la autorización de las Cortes Generales (Parlamento de ese país). El Consejo de Estado español en el dictamen 1481 del 16 de octubre de 2008, señaló lo siguiente:

“...La relevancia en materia militar del acuerdo a que se refiere el expediente es evidente ya que su objeto es apoyar por un periodo no inferior a dos años el establecimiento de una unidad militar Afgana que habrá de ser radicada en la provincia de Badghis. Se incluye por lo tanto en el supuesto del artículo 94.1 b) de la Constitución por lo que requiere la previa autorización de las Cortes Generales.

Además, el acuerdo queda comprendido en el artículo 94. 1 d) de la Constitución ya que el Estado español deberá efectuar los gastos de construcción de una base operativa avanzada para acoger el batallón del Ejército Nacional Afgano y del mantenimiento de la vida de dicha unidad militar. El Ministerio de Defensa considera que la financiación del acuerdo requerirá un desembolso de 14.565.114 euros”⁶³⁵.

635 Constitución Española: “Artículo 94.- 1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de Tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:
Tratados de carácter político.

Nótese cómo a pesar de que el Reino de España hace parte de Naciones Unidas y es integrante de la OTAN, su ordenamiento interno exige que acuerdos de cooperación militar como el arriba mencionado, aspecto sin duda sensible, cumplan con los procedimientos constitucionales internos para que el Estado se obligue internacionalmente, siendo insuficiente que la resolución 1386 de la ONU lo “*inste*” o “*exhorte*” para tal efecto.

Lo expuesto es suficiente para concluir que la exhortación o invitación que la resolución 1386 de 2001 del Consejo de Seguridad de la ONU realiza a los Estados Miembros para participar en la ISAF, no tiene alcance obligatorio y, por lo mismo, Colombia no tiene el deber de integrar la ISAF.

7. Antecedentes relacionados con la participación de Colombia en misiones que conllevaron el aporte de fuerza armada.

Siguiendo el orden planteado en la consulta la Sala abordará los eventos históricos allí citados, no con el ánimo de hacer un juicio de valor sobre los mismos, sino para confrontar dichos acontecimientos con la situación actual que se propone en la consulta.

7.1. Participación de un batallón de infantería y una fragata en la Guerra de Corea, materializada por el decreto 3230 de 1950.

Observa la Sala, en primer término, que dicho decreto, “*por el cual se destina la fragata ARC ‘Almirante Padilla’, junto con su personal y material, al servicio de las Fuerzas Armadas de las Naciones Unidas*”, se expidió con base en las facultades del artículo 121 de la Constitución Política de 1886, es decir, bajo la figura del Estado de Sitio. El citado antecedente no se ajusta a la legislación colombiana actualmente vigente, pues las amplias facultades que en su momento otorgaba el Estado de Sitio al Presidente de la República ya no existen.

7.2. Participación del Batallón Colombia en la Fuerza Multilateral de Observación de Naciones Unidas -MFO- en el Sinaí.

El decreto 692 de 1982 “*por el cual se destina una Unidad Táctica del Ejército*”, fue dictado por el Presidente de la República en “uso de sus facultades legales”, sin mencionar a cuáles se refería.

En lo que hace al “*acuerdo de cooperación con Naciones Unidas perfeccionado mediante canje de notas suscrita por el entonces ministro de Defensa Nacional*”, que según la entidad consultante sirvió de fundamento a dicha participación, la Sala no tiene constancia del mismo y, además, no es mencionado en el citado decreto. Con

Tratados o convenios de carácter militar.

Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título primero.

Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.

Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna Ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

2. El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes Tratados o convenios”.

todo, si dicho acuerdo existió, sería la confirmación de la necesidad de celebrar los convenios especiales previstos en el artículo 43 de la Carta de la ONU para que un Estado participe con su fuerza armada en una operación de esa Organización.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala estima que dicho caso no puede servir de precedente para justificar lo que sería la participación de Colombia en la ISAF, en primer lugar, porque si dicho “acuerdo de cooperación” con la ONU existió, sólo estaría referido a ese caso concreto, y en segundo término, porque la situación fáctica y jurídica del presente asunto difiere diametralmente de la mencionada participación, por el simple hecho de que la misma se dio en vigencia de la Constitución de 1886.

8. El artículo 23 de la ley 137 de 1994.

La consulta plantea el análisis de la mencionada ley, “Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia”, que dispone en el artículo 23 lo siguiente:

“ARTÍCULO 23. ENVÍO DE TROPAS AL EXTERIOR. En cumplimiento de tratados internacionales, el Gobierno podrá enviar tropas al exterior para coadyuvar la defensa de un Estado que sufra una agresión armada, sin que para ello sea necesario declarar el Estado de Guerra Exterior. En este caso, deberá rendir un informe al Senado de la República”.

Mediante sentencia C- 179 de 1994, la Corte Constitucional ejerció el control de constitucionalidad correspondiente al proyecto de ley estatutaria que se convertiría en la ley 137, y respecto del artículo 23 sostuvo lo siguiente:

*“La Corte considera que esta disposición legal es **superflua**, pues no sólo en periodos de normalidad, sino también durante los estados de excepción, el Gobierno está en la obligación de **dar cumplimiento a lo pactado en los Tratados o Convenios Internacionales que celebre, y a acatar las normas que regulan esta clase de actos jurídicos.***

Ahora bien, el Presidente de la República como director de la Fuerza Pública y Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas (art. 189-3 C.N.), está autorizado por la Constitución para disponer de ella, actividad que puede ejecutar en toda época.

Por tanto resulta obvio afirmar, que cuando el Gobierno decida enviar tropas a un Estado que está sufriendo una agresión armada, no es necesario declarar el estado de guerra exterior en Colombia, pues las hostilidades militares, además de realizarse en territorios ajenos al nuestro, no atentan contra la independencia, seguridad, estabilidad o soberanía colombiana, y por consiguiente no se dan las circunstancias que permiten hacer uso de ese mecanismo excepcional, se trata simplemente de una labor de apoyo y solidaridad con el país al que se le presta la ayuda.

En lo que atañe al informe que, según la norma que se estudia, debe rendir el Presidente de la República al Senado, es asunto que encaja dentro del numeral 5o. del artículo 201 de la Carta, que ordena al Gobierno “rendir a las Cámaras los informes que éstas soliciten sobre negocios que no demanden reserva”.

El artículo 23 del proyecto de ley, será entonces declarado exequible, por no vulnerar los cánones constitucionales”.

Como es obvio y expresamente lo señala la Corte, el envío de tropas al exterior está supeditado a lo previsto en los tratados o convenios internacionales celebrados por Colombia. Es decir, la facultad del Presidente de la República de dirigir la fuerza pública y disponer de ella como Comandante de las Fuerzas Armadas de la República, está sometida al ordenamiento jurídico, lo cual también incluye el caso de envío de tropas al exterior, comoquiera que para ello deberá atender lo dispuesto en los tratados internacionales celebrados por Colombia, que como se sabe hacen parte del ordenamiento interno en virtud de la ley aprobatoria correspondiente.

Ello es concordante con lo establecido en la Carta de la ONU, norma que como ya se ha explicado, exige la celebración de convenios especiales para que un Estado aporte su fuerza armada a las operaciones que están bajo su mandato.

Con base en las anteriores consideraciones,

LA SALA RESPONDE:

“¿Qué clase de acuerdos o convenios internacionales de procedimiento simplificado puede suscribir y poner en vigor el Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones que la Constitución Política le otorga y cuáles serían los requisitos y el alcance de esos instrumentos que por su naturaleza no precisan el trámite constitucional previsto para los tratados?”

Los acuerdos simplificados se enmarcan dentro de los propósitos y objetivos del convenio o tratado que le sirve de fundamento y no pueden contener obligaciones diferentes a las pactadas en el tratado principal. De esta manera constituyen simplemente la ejecución de unos compromisos ya acordados, los cuales en manera alguna implican la asunción de nuevas obligaciones para el Estado colombiano.

A través de ellos el Presidente de la República no puede adquirir obligaciones internacionales que excedan, amplíen, rebasen o superen las que han sido previamente asumidas mediante un tratado celebrado con las formalidades que exigen esos instrumentos.

“Considerando que la operación de ISAF fue autorizada por resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU expedidas en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas que, además, hicieron ‘suyo’ el Acuerdo de Bonn, si bien esa operación está bajo coordinación de la OTAN: ¿Cabe interpretar que la

participación de Colombia en ISAF puede desarrollarse en el marco del sistema de la ONU?”.

Aún en el caso de que se entendiera que la operación bajo la coordinación de la OTAN ha sido avalada por la ONU, la participación del Estado colombiano en la ISAF, por expreso mandato del artículo 43 de la Carta de la ONU, sólo es posible mediante la celebración de un convenio especial el cual estará sujeto a ratificación de conformidad con el procedimiento establecido en la Constitución Política para los tratados, comoquiera que la simple alusión al Capítulo VII de la Carta de la ONU no basta para obligar al Estado colombiano a participar de la ISAF.

La exhortación a los Estados Miembros para que “aporten personal, equipo y otros recursos a la Fuerza internacional de asistencia para la seguridad” y la invitación “a esos Estados Miembros a que informen al mando de la Fuerza y al Secretario General”, previstas en el numeral 2 de la resolución 1386 de 2001 del Consejo de Seguridad de la ONU, no obligan al Estado colombiano para actuar en el sentido allí indicado, según se explicó en la parte motiva de este concepto.

“¿Puede Colombia, bajo el marco de la ISAF, realizar tareas de asistencia, entrenamiento y supervisión de misiones para consolidar las futuras fuerzas de seguridad de Afganistán?”

“¿Podría Colombia, como miembro de la ISAF, participar en actividades operacionales de mantenimiento de seguridad que involucren un posible uso de la fuerza legítima en Afganistán?”

“¿Se puede concretar esa participación mediante la suscripción de un acuerdo simplificado de carácter derivado en desarrollo de la Carta de las Naciones Unidas, en particular del Capítulo VII de ese instrumento y/o de la propia Resolución del Consejo de Seguridad que autorizó el establecimiento de ISAF?”

Por expreso mandato del artículo 43 de la Carta de la ONU, la participación del Estado colombiano en la ISAF sólo es posible mediante la celebración de un convenio especial el cual estará sujeto a ratificación de conformidad con el procedimiento establecido en la Constitución Política para los tratados, comoquiera que tal participación significa la asunción de nuevos compromisos internacionales.

“En sentido similar: ¿Podría interpretarse que la participación en ISAF se puede llevar a efecto en el marco de la Carta de Naciones Unidas en aplicación del artículo 23 de la Ley 137 de 1994?”

No. El artículo 23 de la ley 137 de 1994 establece que el envío de tropas al exterior está supeditado a los tratados o convenios internacionales celebrados por Colombia. Para el asunto sometido a consulta tales tratados son los previstos en el artículo 43 de la Carta de la ONU, que exige la celebración de convenios especiales para que un Estado aporte su fuerza armada a las operaciones que están bajo mandato de la ONU.

“¿Es posible formalizar la vinculación de Colombia a la referida fuerza internacional mediante un acuerdo de procedimiento simplificado que se suscriba al margen de un tratado solemne?”

No. En ningún caso es posible formalizar la vinculación de Colombia a la referida fuerza internacional (ISAF) mediante un acuerdo de procedimiento simplificado, y menos aún, los acuerdos simplificados pueden estar al margen de un tratado solemne.

“En el mismo sentido: ¿Cabe interpretar que la decisión de formar parte de la ISAF se puede llevar a efecto con la suscripción por parte del señor Presidente de la República de un acuerdo con fundamento en los numerales 2 y 3 del artículo 189 de la Constitución Política?”

Los numerales 2 y 3 del artículo 189 de la Constitución Política no facultan por sí mismos al Presidente de la República para suscribir tratados con el fin de enviar tropas al exterior. Para el efecto se requiere, además, el cumplimiento de los procedimientos constitucionales de aprobación del Congreso y revisión de constitucionalidad por la Corte Constitucional, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 150, numeral 16, y 241 de la Carta.

Por Secretaría transcríbese al Señor Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y 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. William Zambrano Cetina, Consejero. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Consejero. Jenny Galindo Huertas, Secretaria de la Sala.

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

Fecha: 02/11/2011

Consejero Ponente: *Augusto Hernández Becerra*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 7 de diciembre de 2015

El señor Ministro de Justicia y del Derecho, por solicitud del Presidente de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, eleva consulta a la Sala sobre la “procedencia de designar un Procurador Ad – Hoc en garantía del debido proceso” en la investigación que dicha Comisión adelanta en relación con la conducta de los Magistrados de la Corte Constitucional doctores Humberto Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, expediente N° 3195.

I. Antecedentes

Se extraen de la consulta los siguientes antecedentes:

1. La Fiscalía General de la Nación remitió a la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes el oficio 16290 del 7 de febrero de 2011, contentivo de la denuncia presentada por la Dra. Ilva Miryam Hoyos Castañeda, Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, en donde solicita se investigue el caso que dio lugar a la sentencia T – 585 de 2010, suscrita por los Magistrados de la Corte Constitucional doctores Humberto Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva.
2. En el oficio se sostiene que con los hechos que dieron lugar a la sentencia de tutela pueden “configurarse los punibles de aborto, fraude a resolución judicial, abuso de autoridad y favorecimiento”, tal como lo anunció el señor Procurador General de la Nación en la solicitud de nulidad interpuesta contra la sentencia T – 585 de 2010.
3. El representante investigador de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes dispuso adelantar investigación preliminar para evaluar la presunta comisión de “conductas punibles por parte de los señores Magistrados que produjeron el fallo”.
4. Si bien la denuncia fue presentada por la Dra. Hoyos Castañeda, “es claro que lo hizo acatando las instrucciones del Procurador General de la Nación quien respecto de los procesos que adelanta la Comisión ejerce el Ministerio Público”.

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

El artículo 237 de la Constitución Política asigna al Consejo de Estado la función de actuar como cuerpo consultivo del Gobierno “*en asuntos de administración*”. Esta función, desarrollada en el artículo 38-1 de la ley 270 de 1996 (Estatutaria de Administración de Justicia), consiste en que es atribución de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado “*absolver las consultas jurídicas generales o particulares, que le formule el Gobierno Nacional.*”

Dicha función consultiva en *asuntos de administración* constituye una herramienta constitucional de colaboración interinstitucional, orientada a que el Gobierno Nacional pueda contar con un criterio jurídico objetivo e independiente en la resolución de asuntos administrativos de carácter general o particular, para el mejor cumplimiento de la función administrativa a su cargo. Por consiguiente, es claro para esta Sala que, atendida la configuración constitucional y legal de sus funciones, no le compete emitir concepto sobre la forma como las autoridades judiciales adelantan los procesos a su cargo, ni menos aún emitir opinión en relación con las providencias que adopten dichas autoridades, cuya actividad se desarrolla por fuera de la administración.

Es por ello que, de manera reiterada, la Sala ha sostenido que sin perjuicio de que los asuntos sobre los cuales la Sala emite un concepto posteriormente puedan ser objeto de debate judicial, la función consultiva no procede en relación con controversias que son materia de un proceso judicial en curso, y cuya definición corresponde exclusivamente al juez. Al respecto, la Sala ha entendido que “no es procedente pronunciarse en asuntos que versen sobre la misma materia o una sustancialmente conexas, a aquellos que actualmente estén sometidos a una decisión jurisdiccional, pues la controversia debe resolverse mediante sentencia que habrá de cumplirse con efectos de cosa juzgada.”⁶³⁶ Por ello, ha señalado que cuando “el objeto de la consulta está siendo debatido actualmente a través de un proceso judicial que no ha finalizado”, la Sala “no puede pronunciarse sobre el particular, para no interferir en la decisión que corresponde tomar a la autoridad judicial competente de acuerdo con la Constitución y la Ley.”⁶³⁷

En síntesis, la función consultiva no puede activarse allí donde el objeto de la consulta no corresponde a un “*asunto administrativo*” que la Administración deba resolver o que, en cualquier caso, concierna a lo que sustancialmente se debe decidir en un *proceso judicial en curso*, el cual exige observar los márgenes de autonomía propios de la autoridad judicial competente.

En conclusión, la Sala se declarará inhibida para absolver la presente consulta, pues observa que ésta no corresponde a un *asunto administrativo* que el Gobierno Nacional requiera solucionar para la buena marcha de la Administración, sino a situaciones propias de una *investigación judicial* en curso, de carácter penal, a cargo

636 Cfr. Concepto del 19 de mayo de 2005. Rad. No. 1645, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Concepto del 15 de febrero de 2006. Rad. No. 1714, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Auto del 11 de marzo de 2010, Consulta 1991, M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

637 Concepto del 10 de julio de 2010, rad. 2006, M.P. William Zambrano Cetina.

de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, las cuales deberán ser definidas en su momento por esa Corporación y, de ser el caso, por el juez de la causa, esto es, el Senado de la República (arts. 174 y 175 de la Constitución Política).

En consideración a las razones expuestas,

La Sala se INHIBE para resolver la presente consulta

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Augusto Hernández Becerra, Presidente de la Sala. Enrique José Arboleda Perdomo, Consejero. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Consejero. Jenny Galindo Huertas, Secretaria de la Sala.

